

VNiVERSiDAD D SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
*Programa de Doctorado: Problemas actuales de Derecho penal,
dogmática penal y perspectiva político criminal*



TESIS DOCTORAL

BLANQUEO DE CAPITALS Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

AUTOR: JOSÉ FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES

DIRECTOR: Prof. Dr. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

SALAMANCA 2013

BLANQUEO DE CAPITALS Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El autor,

José Fernández de Cevallos y Torres

El director,

Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós

*«[...]el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos.
Verdad palpable como otras, y que no necesita para ser descubierta
cuadrantes ni telescopios, pues se presenta a primera vista de cualquiera
mediano entendimiento, pero que por una maravillosa combinación de
circunstancias no ha sido conocida con seguridad cierta, sino de algunos
pocos hombres contemplativos de cada Nación y de cada siglo.»*

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria: *De los delitos y de las penas*

*A mis padres:
Don Ramiro y Doña Rosalía*

*A:
Ramiro, Rosalía, Pablo y Paulina.
Renata, Renatita, Inés y Gabriela.*

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Pág.</i>
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	21

PRIMERA PARTE

LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

I. Aproximación a la teoría del bien jurídico.	27
A. Desarrollo histórico de la teoría del bien jurídico.....	32
1.- El antecedente ilustrado. (Feuerbach).	32
2.- La teoría del bien jurídico. (Birnbaum).....	36
3.- El Positivismo jurídico.	39
3.1.- El Positivismo jurídico-penal. (Binding).....	42
3.2.- El Positivismo jurídico-sociológico. (Liszt)	43
4.- El neokantismo. (Mezger)	45
5.- La negación del bien jurídico. (La Escuela de Kiel).	47
II. La Teoría del bien jurídico en la doctrina contemporánea.	50
A. Sobre la permanencia del bien jurídico.	51
1.- Teorías constitucionales.	57
2.- Teorías sociológicas.	61
3.- Integración de las teorías sociológicas y constitucionales en el Estado social y democrático de derecho.	63
B. Sobre la negación del bien jurídico.	68
1.- Planteamiento del funcionalismo sistémico.....	68
2.- Crítica al funcionalismo sistémico	71
III. Bien jurídico, toma de postura.	75
A. La crisis del Derecho, entre la hipertrofia legislativa y el Derecho penal simbólico.	75
B. El Derecho penal con base en el principio de lesividad.	80

SEGUNDA PARTE
BIEN JURÍDICO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

IV. El Derecho penal económico.....	87
A. Concepción en sentido estricto.....	91
B. Concepción en sentido amplio.....	93
V. Legitimidad del Derecho penal económico.....	95
A. Crítica a la intervención penal en el ámbito socioeconómico (La Escuela de Frankfurt).....	95
1.- Crítica a los bienes jurídicos colectivos que tutela el Derecho penal económico.....	100
2.- Crítica al peligro abstracto como técnica de tipificación empleada para la protección de los bienes jurídicos colectivos.....	102
B. Justificación de la intervención penal en el ámbito socioeconómico.....	103
1.- La necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos.....	103
1.1.- Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales.....	107
1.2.- La protección mediata o remota y la protección inmediata o próxima de bienes jurídicos, en los delitos socioeconómicos.....	111
2.- La necesidad de protección mediante la técnica del peligro abstracto... ..	113
2.1.- Bienes jurídicos colectivos y peligro abstracto.....	118
2.2.- El grado de vulneración a los bienes jurídicamente protegidos.....	119
VI. El blanqueo de capitales como conducta legítimamente sancionada por del Derecho penal económico.....	121
A. Fenomenología del blanqueo de capitales.....	121
1.- Precisión terminológica.....	121
2.- Concepto y fenomenología del blanqueo de capitales como proceso.....	124
3. - Fase externa del <i>iter criminis</i> en el blanqueo de capitales..	129

3.1.- Primera fase del proceso de blanqueo (Colocación).	129
3.1.1.- Colocación mediante establecimientos financieros.	133
a) Fraccionamiento (<i>structuring</i> / <i>smurfing</i>).	134
b) Participación de los empleados bancarios.....	135
3.1.2.- Colocación mediante instituciones financieras no tradicionales.	136
3.2.- Segunda fase del proceso de blanqueo (Conversión).	136
3.3.- Tercera fase del proceso de blanqueo (Integración).....	138
4.- Métodos generalmente empleados en el blanqueo de capitales.....	139
4.1.- Métodos ejecutados al interior de los países.	140
4.1.1.- Operaciones dentro del sistema financiero.....	140
4.1.2.- Operaciones fuera del sistema financiero.....	143
4.2.- Métodos ejecutados al exterior de los países.	145
4.2.1.- Operaciones dentro del sistema financiero.....	145
4.2.2.- Operaciones fuera del sistema financiero.....	147
4.3.- El uso de los avances tecnológicos e informáticos.	148
B. Sobre la necesidad de intervención jurídico-penal para las conductas de blanqueo de capitales.	152
1.- El crimen organizado y la globalización.....	154
1.1.- El fin de lucro en la criminalidad organizada. La « <i>empresa</i> » del crimen.	156
2.- Análisis de los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales.....	161
2.1.- Efectos perjudiciales del blanqueo de capitales en la economía.....	161
2.1.1.- Efectos microeconómicos.....	164
2.1.2.- Efectos macroeconómicos.....	168
a) Pérdida del control de la política económica.	169
b) Distorsión e inestabilidad económica.....	171
c) Inestabilidad financiera y riesgo para la inversión en el país blanqueador.	173
2.2.- Efectos lesivos del blanqueo de capitales en la política. Blanqueo de capitales y corrupción.....	175
2.2.1.- Consideraciones sobre la corrupción.....	181
a) Corrupción pública.	182
b) Corrupción privada.	184

2.2.2- Los efectos de la corrupción en el orden socioeconómico.....	186
a) Disminución de la inversión.....	188
b) Afectación del adecuado funcionamiento del mercado.....	189
c) Distorsión del sistema tributario y reducción del gasto público.	190
2.2.3.- Relación entre corrupción y blanqueo de capitales.....	191
2.3.- Efectos lesivos del blanqueo de capitales en la sociedad.	192
2.3.1.- El impacto social de la criminalidad que genera los capitales a blanquear.....	193
2.3.2.- El impacto social de las conductas de blanqueo de capitales... ..	197

TERCERA PARTE

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

VII. Los intereses que vulnera el blanqueo de capitales, su ponderación como bienes jurídicos – penales.	199
A. El blanqueo de capitales como delito pluriofensivo.	206
B. La Administración de Justicia.	208
C. El orden socioeconómico.	216
1.- El orden socioeconómico en sentido estricto.....	218
1.1.- La rectoría económica del Estado.....	219
2.-El orden socioeconómico en sentido amplio.	220
2. 1.- La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.....	221
2.1.1.- Inexistencia del acto jurídico.....	224
2.1.2.-Nulidad del acto jurídico.	228
a) Nulidad absoluta.	228
b) Nulidad relativa.	234
2.1.3.- Toma de postura.	235
2.2. - La estabilidad y solidez del sistema financiero.	237
2.2.1.- Confianza = Estabilidad y Solidez.....	240
2.2.2. - Toma de postura.	246

2.3.- La libre competencia.	250
2.3.1.- Crítica a la libre competencia como bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales.....	253
2.3.2.- Toma de postura.	255

VIII. Precisión de los bienes jurídicos que protege el blanqueo

de capitales.	260
A. Cuestiones previas.	260
1.- La relación entre bien jurídico, fases y métodos del blanqueo de capitales.	260
2.- Finalidad última y finalidad próxima en las conductas de blanqueo de capitales.	264
3.- Unidad delictual con pluralidad de acciones en el blanqueo de capitales.	265
B. El principio de lesividad en las fases del blanqueo de capitales, desde una perspectiva socioeconómica.	267
1.- Fase de colocación y fase de conversión.....	267
1.1.-Teleología de las fases de colocación y conversión en el blanqueo de capitales.	267
1.2.- Determinación de los bienes jurídicos que se protegen en las fases de colocación y conversión.	269
1.2.1.- El bien jurídico protegido, atendiendo a la finalidad última de las fases de colocación y conversión. ..	269
a) La Administración de Justicia.	269
1.2.2.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en las fases de colocación y conversión.....	271
a) La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado..	271
b) La estabilidad y solidez del sistema financiero.....	273
2.- Fase de integración.	275
2.1.- Teleología de la fase de integración en el blanqueo de capitales.	275
2.2.- Determinación de los bienes jurídicos que se protegen en la fase de integración.	277
2.2.1.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a la finalidad última de la fase de integración.	277
a) El orden socioeconómico (stricto sensu).....	277

b) La libre competencia.....	279
2.2.2.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en la fase de integración.....	282
a) La estabilidad y solidez del sistema financiero.....	282
b) La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.....	284
C. Determinación del delito de blanqueo de capitales con base en el orden socioeconómico.....	287

CUARTA PARTE

BLANQUEO DE CAPITALS Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD, ANALISIS DEL DELITO EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

IX. Constante indeterminación del principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales.....	291
A. Indeterminación legal.....	294
1.- La Ley Orgánica 1/1998 de 24 de marzo.....	294
2.- La Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre.....	301
3.- El Código Penal de 1995.....	306
3.1.- La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.....	309
3.2.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.....	312
B. Indeterminación jurisprudencial.....	314
C. Consideraciones sobre la indeterminación legal y jurisprudencial, del bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.....	321
X. Análisis del delito de blanqueo de capitales, desde la perspectiva del principio de lesividad.....	331
A. En cuanto a la autonomía del delito.....	331
B. En cuanto su sistematización en el Código Penal.....	335
C. En cuanto al Tipo objetivo.....	341
1.- El sujeto activo.....	341
1.1.- La responsabilidad de la persona jurídica en el blanqueo de capitales.....	342

1.2.- El autoblanqueo de capitales.	346
a) Criterios jurisprudenciales que permitían el privilegio del autoblanqueo.	350
b) Criterios jurisprudenciales que no permiten el privilegio del autoblanqueo.	353
c) EL autoblanqueo después de la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio.	355
2.- La conducta en el delito de blanqueo de capitales.	359
2.1.- Hipótesis normativa del artículo 301.1 del CP.	359
2.2.- Hipótesis normativa del artículo 301.2 del CP.	366
2.3.- Hipótesis normativa del artículo 301.3 del CP.	369
2.4.- Interpretación teleológica de la conducta descrita en el art. 301 del CP.	372
3.- El resultado.	376
4.- La actividad delictiva previa.	378
5.- El tipo objetivo agravado.	388
5.1.- Por la actividad delictiva previa.	388
5.2.- Por el sujeto activo.	391
5.2.1.- Análisis de las agravantes contenidas en el art. 302.1. CP.	392
a) Agravante por la pertenencia a una organización dedicada al blanqueo de capitales.	392
b) Agravante por ser jefe, administrador o encargado de la organización que se dedica al blanqueo de capitales.	403
c) Consideraciones a las agravantes contenidas en el art. 302.1. CP.	405
5.2.2.- Análisis de la agravante contenida en el art. 303 CP.	409
a) Agravante por el cargo, profesión u oficio de quien blanquea capitales.	409
b) Consideraciones a las agravantes contenidas en el art. 303 CP.	411
D. En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito.	414
1.- El principio de proporcionalidad de la pena.	414
2.- La punición del delito de blanqueo de capitales.	417
2.1.- La pena privativa de libertad.	418
2.2.- La pena de multa.	419
3.- Consideraciones sobre la proporcionalidad de la pena,	

en el blanqueo de capitales.....	421
3.1.- Sobre la pena privativa de libertad.....	422
3.2 Sobre la pena de multa.....	432
4.- Consecuencas accesorias del delito de blanqueo de capitales..	437
4.1.-El comiso	437
a) Consideraciones sobre el comiso en el blanqueo de capitales, su relación con el principio de lesividad.	447
CONCLUSIONES	455
BIBLIOGRAFÍA.....	471
ANEXOS.....	509
I.- Evolución de la regulación penal del blanqueo de capitales en el código penal español.....	511
II.- Resumen para la obtención del Doctorado Europeo.....	517
II.- Conclusiones para la obtención del Doctorado Europeo	559

ABREVIATURAS

AA. VV.:	Autores Varios
ADPCP:	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AFDUC:	<i>Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña</i>
AP:	<i>Actualidad Penal. Publicación semanal técnico-jurídica de Derecho Penal</i>
BCE	Banco Central Europeo.
BOE:	Boletín Oficial del Estado (español)
BMDC:	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
CCiv.	Código Civil
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
CE	Constitución española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cfr.	Confróntese
CJ	<i>Cuadernos Jurídicos</i>
coord. / coords.	Coordinador / Coordinadores
comps	Compiladores
CP	Código Penal
CPes.	Código Penal español
CPmex.	Código Penal Federal (mexicano).
CPit.	Código Penal Italiano
CPC	<i>Cuadernos de política criminal</i>
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
dir. / dirs.	Director / Directores
ed.	Edición
<i>et al.</i>	<i>et alii (y otros)</i>
DOF	Diario Oficial de la Federación (mexicano)
EPC	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAFI / FATF	Grupo de Acción Financiera Internacional / <i>Financial Action Task Force</i>
INACIPE	<i>Instituto Nacional de Ciencias Penales</i>
JD	<i>Jueces para la democracia</i>
LO	Ley Orgánica
NEJ	<i>Nueva Enciclopedia Jurídica</i>

<i>NFP</i>	<i>Nuevo Foro Penal</i>
<i>Noviss. Dig. It.</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIB	Producto Interno Bruto.
<i>RDPC</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología.</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>Rev. de Oc.</i>	<i>Revista de Occidente</i>
<i>Rev. IDPP</i>	<i>Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revista General de Derecho Penal</i>
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>RPJ</i>	<i>Revista del Poder Judicial</i>
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).
SEPBLANC	Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capitales en España
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (español).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (español)
<i>SWIFT</i>	<i>Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications</i>
trad.	Traducción
UE	Unión Europea
<i>UNODC</i>	<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>
<i>V.gr.</i>	<i>Verbi gratia.</i>
<i>Vid.</i>	<i>Véase</i>

INTRODUCCIÓN

Hace casi 25 años que el blanqueo de capitales apareció en la en la escena jurídica internacional, desde entonces hasta el día de hoy, se ha buscado —sin éxito—, dar respuesta a la interrogante sobre: qué bienes jurídicos son los que se protegen con el delito. Muchos esfuerzos doctrinarios al tratar de resolver la cuestión, llegan a resultados erróneos, y esto a mi juicio obedece a que: a) basan su análisis en una norma jurídica concreta y no en la realidad con la que se materializa el delito, con lo cual, su estudio tiene un vicio de origen consistente en tratar de determinar el ser con base en el deber ser; y b) en el análisis, se limitan a dar un catálogo de posibles bienes jurídicos, que en algunos casos pudieran ser lesionados o puestos en peligro, pero sin tomar en cuenta la fenomenología compleja del delito, con lo cual lejos de dar una respuesta satisfactoria que genere seguridad jurídica, contribuyen a la incertidumbre en el principio de lesividad del blanqueo de capitales.

El lavado de dinero, es el mecanismo por el cual el crimen económico da una apariencia de legalidad a los fondos de origen ilícito para reinvertirlos en los cauces de la economía formal; es la manera por la cual la delincuencia económica, puede disfrutar del producto de su actividad criminal. En este sentido, es dentro del crimen organizado donde se generan mayores capitales ilícitos —*v.gr.* el Consejo de Europa, con una estimación anual, considera que mundialmente el tráfico de drogas produce entre 450.000 y 750.000 millones de dólares de EE.UU.; el tráfico de armas reportaría 400.000 millones de dólares de EE.UU.; la prostitución genera beneficios netos de 8.000 millones de dólares de EE.UU., estimándose que cada persona que ejerce la prostitución reporta un beneficio de 100.000 euros al año; la piratería se considera como la responsable de la pérdida de 10.000 empleos anuales en la Unión Europea y representa pérdidas para la industria de 93.000 millones de euros—. Sin embargo, el blanqueo de capitales no es privativo de la delincuencia organizada, así —según la *UNODC*—, se estima que el lavado de dinero a nivel mundial en un año, oscila entre el 2 y el 5% del producto global bruto, lo cual fluctúa entre 800 billones y 2 trillones dólares de EE.UU.

Tal magnitud de capital ilícito, circulando dentro de la economía formal, produce graves efectos negativos tanto a nivel macroeconómico como a nivel microeconómico. Pero la gravedad del ilícito va más allá, el análisis de la fase externa del *iter criminis* delictual, demuestra que el reciclaje de activos, produce también graves efectos dañinos, en la política y en la sociedad de los países donde se efectúa; y si a dichos efectos, se añade la característica de supranacionalidad con el que tiende a materializarse el delito, se concluye que el blanqueo de capitales, es sumamente perjudicial en la comunidad internacional.

Por otro lado, potenciando éstos efectos perjudiciales del ilícito, hay que tener presente el oportunismo del sujeto activo del delito, en relación con la situación desfavorable de las economías de los países —ya sea por un panorama de crisis económica o por que se trate de economías poco desarrolladas—. En efecto, el blanqueador realizará sus operaciones en cualquier actividad que le represente el menor riesgo de ser descubierto; y ante una situación económica desfavorable, los gobiernos se ven en la necesidad de captar recursos, flexibilizando los controles y relajando las políticas de fiscalización, lo cual representa un terreno fértil para el delito. Y aunque en un primer momento el lavado de activos represente una mejora en la economía por el flujo de capital circulante, no se trata más que de un espejismo que en el mediano y largo plazo desaparecerá para producir sus efectos perjudiciales.

Los extremos de los efectos dañinos apuntados, son tangibles con casos actuales como el de la banca chipriota, o el llamado *offshoreleaks*. El caso de Chipre, un país de 800.000 habitantes, responsable de apenas el 0,02% de la producción europea y cuyo PIB anual no supera los 17.500 millones de euros. Este país —económicamente el tercer socio más pequeño de la UE—, esta sufriendo una crisis que tiene en vilo a la economía mundial. Se trata de un paraíso fiscal, que en los últimos años atrajo inversiones millonarias mayoritariamente rusas, chinas y griegas, tanto lícitas como ilícitas; de tales inversiones, se estima que para enero de 2013 los activos bancarios de la isla ascendían a 126.400 millones de euros (aproximadamente siete veces su economía), pero el manejo alejado de sanas prácticas financieras —pocas medidas de control, pago de muy altos intereses, endeudamiento—, mas el blanqueo de capitales, han provocado al día de hoy, un panorama gravísimo:

—Por un lado la consultora *Oxford Economics*, de la Universidad de Oxford, asegura que no salvar a Chipre podría costarle a las economías europeas unos 300.000 millones de euros, lo que equivaldría a 3% del PIB de la UE, como consecuencia de la mega crisis bancaria que se desataría. Pero su salida del euro podría resultar mucho más costosa, alcanzando al menos 10% del PIB europeo.

—Por otro lado las medidas exigidas por el BCE, el FMI y la Comisión Europea, para el rescate —medidas entre las que se encuentra el impuesto al ahorro con tasas de hasta 10%—, han provocado una convulsión social en la isla y un sentimiento antieuropeo que aviva la idea de convocar un referendo para retirarse de la UE.

El *offshoreleaks*, otro caso actual que refleja los alcances del blanqueo de capitales. Es el escándalo proveniente de una lista internacional de evasores fiscales dada a conocer por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ, por sus siglas en inglés), en dicha lista se relaciona a 170 países, con 130.000 políticos, empresarios, y personas del crimen organizado, que manejan aproximadamente 24 billones de euros —cifra equivalente a la suma del PIB de Japón y EE.UU.—, cantidad que es blanqueada mediante un gran entramado que incluye mas de 120.000 sociedades y testaferros. Dicha lista incluye entre otros, al actual primer ministro de Georgia (Bidzina Ivanishvili), así como a prominentes figuras políticas y empresariales de Estados Unidos, Rusia, Pakistán, India, Irán, Tailandia o Indonesia, además de una exministra del Gobierno tailandés ligada al dictador de Zimbabue (Robert Mugabe), a antiguos ejecutivos del oro de Wall Street (Paul Bilzerain y Raj Rajaratnam), a varios millonarios de Europa del Este, a traficantes de armas, a dirigentes de la gasista rusa Gazprom, y a algunos representantes de la clase media griega. (Diario el País, 4 de abril de 2013).

* * * * *

Tales efectos negativos en la economía, en la política y en la sociedad, no bastan para que una conducta sea considerada delito. Ciertamente, estos

efectos perjudiciales constituyen una aproximación que nos permite considerar que estamos frente a una conducta que debiera interesarle al Derecho penal; pero el jurista no debe dejarse llevar solo por ésta aproximación y erigir como delito la conducta, el análisis debe ir más allá y para eso está la dogmática penal, en concreto, una institución centenaria como el bien jurídico. Así, en la determinación de una conducta como delito, habrá que precisar que intereses son los que se pretenden proteger y después mediante una ponderación de los mismos, determinar si por su importancia y trascendencia en un momento y lugar determinado, pueden ser elevados a rango de bienes jurídicos penales. Por que solo en la medida que se respeten los principios que rigen el Derecho penal, se estará en presencia de un ordenamiento punitivo, respetuoso de los pilares fundamentales de un Estado social y democrático de derecho.

En la presente tesis doctoral, determinaré el principio de lesividad en el blanqueo de capitales; para esto, estructuro la investigación de la siguiente forma:

En cuanto a la metodología empleada: Realizo el estudio con base en un método inductivo, sintético y analítico; y ante la interrogante ¿qué bienes jurídicos se tutelan con el blanqueo de capitales? he desarrollado las tres primeras partes del presente trabajo, sin tomar en consideración ninguna norma jurídica, basándome únicamente en la Teoría del Delito y en el análisis fenomenológico del blanqueo de capitales en el mundo fáctico. Posteriormente en una cuarta parte, con una base sólida y habiendo solucionado la problemática del bien jurídico protegido por el delito, considero necesario cambiar la metodología, y en tal sentido, el estudio de la última parte es un análisis deductivo, que de manera crítica se realiza sobre la normativa española que rige la materia, haciendo especial referencia a las categorías del delito donde adquiere relevancia el principio de lesividad.

En cuanto al contenido de la investigación. Acorde a la metodología planteada, la presente tesis doctoral se estructura de la siguiente manera:

- a) Una primera parte, en la que haré referencia al desarrollo de la teoría del bien jurídico, señalando su trascendencia en la

dogmática penal actual, y la importancia de estructurar el Derecho penal con base en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos;

- b) Una segunda parte, en la que explicaré la importancia del Derecho penal económico, la necesidad de tutela de los bienes jurídicos colectivos y el desarrollo fenomenológico del blanqueo de capitales, explicando la finalidad de las fases del delito y los métodos empleados para alcanzarlas;
- c) Posteriormente en una tercera parte, sin tomar en cuenta ninguna norma jurídica, es decir, exclusivamente con base en la fenomenología del lavado de dinero, se determinarán los intereses que siendo vulnerados con las conductas de blanqueo, pueden ser elevados a la categoría de bienes jurídicos penales. Con base en lo anterior, se está en posibilidad de determinar con certeza al principio de lesividad en el blanqueo de capitales, y para esto, individualizaré los bienes jurídicos susceptibles de lesión o puesta en peligro, atendiendo a la finalidad y a los métodos empleados en cada fase del reciclaje de activos.
- d) En la cuarta parte, para completar el estudio, es necesario determinar la utilidad y valor práctico del análisis realizado, para lo cual, contrastaré las implicaciones del principio de lesividad en el blanqueo de capitales dentro del orden punitivo español.

* * * * *

En esta parte final de las notas introductorias, quiero agradecer a las personas e instituciones, sin las cuales mis estudios doctorales no hubieran sido posibles.

Así, quiero agradecer al gobierno de España, en específico al entonces Ministerio de Ciencia e Innovación, ya que la presente tesis la he realizado como becario (FPI) dentro del proyecto de Investigación SEJ2006-13439: *“El tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales a*

la luz de las iniciativas internacionales más recientes contra la corrupción.”

Agradezco también a la Universidad de Salamanca y a la Università degli studi di Trento, y a todos los Profesores de los cuales tuve el honor de recibir sus enseñanzas; especialmente agradezco a mi Profesor Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós, por sus consejos, apoyo y orientación —que no solo fueron en el aspecto meramente académico, sino que trascendieron a lo personal y profesional—, pero sobre todo por que ha sabido ser un buen amigo. Gracias Eduardo.

Agradezco a mis padres y a mis hermanos, por que con sus sinceros consejos, con su apoyo y su confianza, me han impulsado, dándome aliento para seguir adelante y superar los obstáculos que se han presentado. Les agradezco también, por que independientemente de la distancia siempre encontraron la forma de estar presentes en mi vida. De todo corazón muchas gracias.

Escribiendo estas líneas, me vienen a la mente tantas y tantas personas, que durante estos años he conocido y que de alguna forma han influido en mi vida; pero sobre todo, me vienen a la mente quienes me han brindado su amistad, me siento especialmente afortunado que nuestros caminos se hayan cruzado. A todos ustedes, mis amigos, mi más sincero agradecimiento.

PRIMERA PARTE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

I. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

Por el pensamiento jurídico liberal de la Ilustración, que al día de hoy continua permeando la dogmática penal¹, se considera que mediante el contrato social², los ciudadanos ceden al Estado, aquellas facultades que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica; el Estado, sólo intervendrá en ejercicio de la potestad penal que se le ha concedido, exclusivamente en la medida de que aquella finalidad de paz y libertad no se pueda conseguir por medios menos agresivos a los ciudadanos³.

Esta cesión de facultades, no solo faculta sino que constriñe al Estado, para invadir la esfera jurídica de los gobernados, siempre que eso constituya una medida extrema amparada por la ley, y con una finalidad de protección a aquellos principios indispensables para la vida en sociedad, los cuales la doctrina ha denominado como bienes jurídicos, que para JESCHECK, constituyen “aquellos bienes

¹ Pensamiento que en lo referente al Derecho penal comienza con la obra del Cesare Bonesana Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Vid.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 104 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J.: *Manual de derecho penal español parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 108 y ss.; SAINZ CANTERO, José A.: *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Boch, Barcelona, 1970, pp. 45 y ss.; PAGLIARO, Antonio: *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 7ª ed., Milano, 2000, p. 45.; ZAFFARONI, Eugenio R.: *Tratado de derecho penal, parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 1981, t. II, pp. 86 y ss.

² Sobre el Contrato Social Vid.: DE MONTESQUIEU, Charles L.: *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, *passim.*; ROUSSEAU, Juan J.: *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1966, ROUSSEAU, Juan J.: *El contrato social*, Edaf, Madrid, 1966, *passim.*

³ ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al.*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 446 y ss.

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”⁴.

Como señala ROXIN⁵, el estudio de los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho penal, necesita estar referido a un modelo de Estado⁶, puesto que dependiendo de dicho modelo es que se entenderá a los referidos bienes⁷; el presente estudio parte de un modelo de Estado cuya finalidad es dar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, y toda vez que las modernas democracias comparten las finalidades señaladas, se analizará el bien jurídico en el modelo de Estado social y

⁴ JESCHECK, Hans-H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (traducción y adiciones de Derecho español realizadas por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981, p. 9. Esta concepción del bien jurídico es de gran importancia para el orden punitivo, ya que como señala BERDUGO “el Derecho penal es un medio de control social, constituye uno de los instrumentos utilizados por la comunidad para mantener un determinado orden social. El penalista no debe actuar al margen de este dato, más aún, su toma en consideración condicionará su postura. Así, le podrá llevar a rechazar un ordenamiento jurídico como exteriorización de su rechazo a un sistema social, o a adoptar posturas que permitan, vía interpretación, paliar los negativos efectos del sistema que no comparte. Por el contrario, su conformidad con el orden social deberá quedar exteriorizada en la elaboración de construcciones, que contribuyan a la evolución y al desarrollo del mismo. La doctrina asumirá así, plenamente, su carácter de instancia de control social.” Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p.15.

⁵ ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho...”, *op. cit.*, p. 447.

⁶ Modelo basado en la Teoría General del Estado, y entendido como el orden jurídico que da unidad a los otros elementos que lo conforman (*territorio, población y gobierno*). Vid.: KELSEN, Hans. *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 1996, *passim*.

⁷ Son diversos los bienes jurídicos que se tutelan, ya que éstos consisten en la expresión de los intereses de la sociedad, que se corresponden con un modelo de Estado y por tanto son validos en un momento y un tiempo determinado. Además, como señala BERDUGO “la naturaleza del Estado no sólo determina la finalidad perseguida por la sanción penal, sino que, si como parece correcto esta ha de seguir exclusivamente planteamientos preventivos, condiciona a su vez cuales son a nivel general las conductas que quieren ser evitadas en el modelo social que se corresponde al Estado social y democrático de derecho constitucionalmente consagrado”. Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 37.

democrático de derecho⁸. En éste tipo de Estado, la legitimación del poder punitivo, se basa en que su intervención se produzca por la necesidad de protección de intereses fundamentales, los cuales son de distinto carácter, pero orientados siempre hacia el individuo y hacia la posibilidad de que éste participe en un determinado sistema social⁹; por tanto, el delito antes que la infracción de una norma, es lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad¹⁰.

La teoría del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho somete a un examen crítico el objeto protegido por la norma penal, en tal sentido afirma MIR PUIG que el concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal —*de lege ferenda*—, que hace referencia a lo que merece ser protegido por el Derecho penal; b) en el sentido dogmático —*de lege lata*—, que refiere el objeto efectivamente protegido por la norma penal¹¹.

Debemos identificar lo que protege la norma, pero también debemos constatar la vigencia de la necesidad de protección de dicho objeto. Ese carácter dinámico del bien jurídico es la fuente del permanente proceso de incriminación y desincriminación de conductas a que está expuesto el derecho penal. BUSTOS RAMÍREZ

⁸ Estado de Derecho es concepto amplio que tienen variadas connotaciones en la historia del pensamiento político: la idea, que se remonta a Platón y a Aristóteles con el gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres. Al Estado de Derecho se le han atribuido diversas categorías como la democrática, y lo social, precisando los intereses y objetivos fundamentales del mismo. Así el art. 1.1 de la CE de 1978 dice: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. (*et. al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰ MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: "Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, España, No. 1, 1991, p. 224.

¹¹ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2005, pp. 167 y 168.

sostiene que, afirmar que la norma penal protege un determinado bien jurídico, reafirma la protección de una determinada relación social concreta de carácter sintético que surge de la vida social¹², y que es eficaz, por que es necesariamente útil en ése momento jurídico. La ley penal no puede proteger valores eternos desvinculados de la estructura social y ajenos a un lugar y de un tiempo en concreto, pues según SILVA SÁNCHEZ el bien jurídico penalmente tutelado, si bien es cierto que en muchos casos constituye una realidad permanente, también es cierto que la misma está sujeta al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que en un espacio y un tiempo determinados¹³.

Los cambios en los intereses de la sociedad y su repercusión en el modelo de Estado, van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos que tutela el *ius puniendi*. En la actualidad es creciente la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de competencia económica, entre otros¹⁴.

Precisamente porque la intervención punitiva es la técnica de control social que más vulnera la libertad y la dignidad de los ciudadanos, y por el abuso tan lesivo que del ordenamiento jurídico se puede hacer¹⁵, se vuelve imperativo un principio rector de

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. (et. al.): *Lecciones de Derecho penal parte general*, Trotta, Madrid, 2006, p.179.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 288 y 289.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal...*, op. cit., p. 167; Vid.: *Infra* tema V), B) del presente trabajo, sobre la legitimidad de los llamados bienes jurídicos colectivos y su tutela por el Derecho penal.

¹⁵ La historia nos muestra diversos ejemplos, donde en regímenes totalitarios el Derecho se encuentra al servicio del poder estatal, produciéndose violaciones sistemáticas y reiteradas de derechos humanos, con la gravedad de que dichas violaciones han sido fundamentadas y justificadas por «leyes». Vid.: *infra*, tema I), 6.- del presente trabajo.

necesidad en el Derecho penal, por medio del cual se limita al Estado a utilizar la potestad punitiva como remedio extremo.

Afirma Beccaria “*Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico*”¹⁶, y en este sentido se fundamenta el principio de necesidad, por virtud del cual, la dañosidad social del ilícito, debe concretarse en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, convirtiéndose en uno de los principios centrales del Derecho penal. Se afirma entonces¹⁷, que la intervención penal significa una actuación de *extrema ratio*¹⁸, por tanto, debe estar regida por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁹; en relación a estos principios POLAINO NAVARRETE afirma que sin un bien jurídico susceptible de protección que esté contenido en la ley penal, el propio Derecho, resultaría materialmente injusto y ético-socialmente intolerable, en consecuencia carecería de sentido como Orden de derecho²⁰.

Semejante caracterización y función del bien jurídico es adoptada casi sin excepciones en el seno de la dogmática contemporánea²¹,

¹⁶ BECCARIA Cesare: *Tratado de los delitos y de las penas*, (trad. Juan A. De las Casas.), Tecnos, Madrid, 2008, p. 9.

¹⁷ Por todos, HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 99 y ss.

¹⁸ FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo: *Diritto penale parte generale*, 5ª ed, Zanichelli, Bologna, 2007 p. 2; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción...*, op. cit., pp. 107-108; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *Aproximación al derecho penal...*, op. cit., p. 267; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal...*, op. cit., p. 89.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 pp. 66 y 73; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel J.: *Derecho penal parte general*, Esplugues de Llobregat, Barcelona, 1986, p. 85.

²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Anales de la Universidad hispalense, Derecho, publicaciones de la Universidad de Sevilla, Nº 19, 1974, pp. 21 y 22.

²¹ La doctrina funcionalista en su expresión más extrema —funcionalismo sistémico—, cuestiona la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico, Vid.: JAKOBS,

que pone de relieve la importancia del concepto de bien jurídico para el derecho penal, no sólo en el ámbito político-criminal, sino también en el ámbito de la dogmática penal.

Por la importancia del tema, y para poder sostener una postura que fundamente la investigación, es necesario señalar aunque sea brevemente la evolución histórica del bien jurídico en el Derecho penal, hablando de su origen y de las principales corrientes en las que se ha desarrollado²², haciendo hincapié en el debate que se sigue actualmente, con lo cual, estaremos en posibilidad de dar una opinión sobre el contenido y alcance de éste elemento del delito; es de aclararse, que con lo mismo no se pretende desarrollar aquí una teoría sobre el bien jurídico, ya que no es materia de la presente investigación, lo único que se pretende es precisar cual es objeto de protección por parte del Derecho penal, lo que servirá de base para determinar cual es el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales.

A. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

1.- El antecedente ilustrado. (Feuerbach).

Los principios de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, influenciaban el pensamiento jurídico de la época y acotaban las prohibiciones de ley sólo a las acciones

Günther: *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., (trad. Joaquín Coello y José L. Serrano), Marcial Pons, Madrid, 1983, pp. 43 y ss.

²² Por principales corrientes, me refiero a los postulados científicos que estudiando el contenido y alcance del bien jurídico, han servido de fundamentación en el desarrollo del mismo. Por metodología, resulta innecesario a los fines de la investigación, el análisis de toda la doctrina que ha tratado de dar significado y contenido al bien jurídico, razón por la cual me referiré solo a aquellas corrientes científicas que han trascendido de tal manera, que inclusive han servido de base para ulteriores postulados, vigentes en la actualidad.

perjudiciales a la sociedad²³; con ésta base FEUERBACH, en 1832, desarrolla su teoría en la que considera que el delito es la lesión a un derecho subjetivo ajeno²⁴.

El pensamiento contractualista de la Ilustración, parte del reconocimiento de un estado natural en el cual todos los hombres gozan de libertad e igualdad, que pierden parcialmente por virtud de la cesión que de ellas hacen mediante el contrato social, pero que en cambio les hace ganar su libertad civil y la propiedad de todo lo que poseen²⁵. Es por lo que Feuerbach considerara materialmente al delito como una lesión de un derecho, como dice HORMAZÁBAL, su teoría consiste en la adecuación de la teoría del contrato social al Derecho penal, ya que, según esta teoría, los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, se organizan en sociedades y confían al Estado la conservación del nuevo orden creado, erigiéndose el Estado, en garante de las condiciones de vida en común²⁶.

Su pensamiento es iusnaturalista, es decir, que el derecho natural impera frente al derecho positivo; y por su racionalismo kantiano, concluye que la ley deriva de la recta razón²⁷, convirtiéndose así en el primero en construir un sistema a partir de la ley positiva²⁸; sistema en el cual concibió al Derecho penal como fruto del contrato social, por el cual el Estado, debe limitar su actuación a defender y

²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho el objeto protegido por la norma penal*, 2ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, p. 11.

²⁴ FEUERBACH, Paul J. A. R.: *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Hamurabi, 1989, *passim*.

²⁵ DE MONTESQUIEU, Charles L.: *El espíritu de las leyes...*, *op. cit.* libro 1, cap. II, p. 53; ROUSSEAU, Juan J.: *El contrato social...*, *op. cit.* cap. VI p. 21 y cap. VIII, p. 26.

²⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico...*, *op. cit.*, p. 11

²⁷ KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, (trad. Cortina Orts y Conill Sancho), Tecnos, Madrid, 2005, pp. 38 y 39. El autor precisa que la recta razón es el fundamento de la ley

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2005, pp. 129 y ss.

garantizar la esfera de libertades de los individuos sintetizadas en la figura de los derechos subjetivos²⁹, los cuales si son extralimitados en su libre ejercicio por su titular y con ello se lesiona un derecho de otro, traería como consecuencia una actuación contraria al fin del Estado³⁰.

Su concepto de ilícito, es la “...acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal”³¹, asentando el primer antecedente de la idea del bien jurídico, ya que, aunque no lo denominó expresamente, si lo refirió a un derecho subjetivo ajeno, dotando así de un contenido material a la ley penal, y designando el objeto protegido por el sistema penal³².

Por otra parte Feuerbach hablaba de los “*principios primeros del derecho punitivo*”³³ por los que toda pena es la consecuencia jurídica, que se funda por la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible. Y extrae de los anteriores principios los llamados “*principios derivados*”: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla pœna sine lege*). Por ende, sólo aquello que señala la ley tiene la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la realización de la acción señalada (*nulla pœna sine crimine*) en consecuencia, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente prohibido está condicionado por la pena (*nullum crimen sine pœna legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada³⁴.

²⁹ ALCACER GUIRAO, Rafael: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 100.

³⁰ FEUERBACH, Paul J. A. R.: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 58.

³¹ *Ibid.*, p.64.

³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. (et. al.): *Lecciones de Derecho penal parte general...*, op. cit., p.71.

³³ FEUERBACH, Paul J. A. R.: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 63.

³⁴ *Ibid.*, p. 65.

La acepción iusubjetivista trasciende a la aplicación de la pena, ya que la protección de derechos supone una limitación a la potestad punitiva del Estado, puesto que la pena únicamente se puede justificar en la medida que ésta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o que ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común³⁵. Si no hay una lesión a un “derecho subjetivo”, ya de un particular ya del Estado, no puede haber delito. Con esto, seculariza al delito, éste no es más asimilable al pecado, y la pena no corresponde a su expiación, sino que se trata de un atentado al orden social y su consecuencia es la retribución³⁶; el fin de la pena en una sociedad civil organizada no puede tener como fin sino el mantenimiento de esa vida en común organizada, lo cual solo se puede lograr en cuanto la pena sea la coacción psicológica de todos, esto es, tenga un fin preventivo general³⁷, así, la retribución moral, no es fin de la sociedad civil, máxime que sería “físicamente imposible”³⁸.

La teoría de Feuerbach, cumple una función limitadora, que se abate sobre los viejos delitos contra la religión y contra la moral, implica la más pura expresión del Derecho penal liberal y ejemplifica el pensamiento de la política criminal de la Ilustración, que reivindica una concepción del hecho punible basada en la violación de la libertad y procura adecuar la pena según su gravedad³⁹.

³⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p. 12.

³⁶ *Ibid.*, p. 12.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal...*, op. cit., p. 129.

³⁸ FEUERBACH: *Tratado...*, op. cit., p. 18.

³⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p. 12.

2.- La teoría del bien jurídico. (Birnbaum).

En 1834, Birnbaum, introduce en la doctrina penal el concepto de bien jurídico ⁴⁰ «*Rechtsgut*» ⁴¹ haciendo un análisis de la teoría subjetivista de Feuerbach, y realizando una crítica en el sentido de que el delito no lesiona derechos subjetivos, lo que lesiona son bienes «*Gutsverletzung*»⁴². Su teoría da una concepción trascendente del bien jurídico, ya que los bienes se sitúan en la naturaleza de las cosas, es decir no son creados por el Derecho, sino que son anteriores y preexisten a él, le han sido dados al hombre por la naturaleza o la sociedad y en tal sentido se puede distinguir entre delitos naturales o sociales.

Birnbaum tiene como ámbito sociopolítico el comienzo de la Revolución Industrial⁴³, época en la cual la teoría subjetivista de Feuerbach es considerada generalista, abstracta y excesiva⁴⁴, según el contexto de la época, que exige la intervención penal del Estado en forma más intensa que lo que pretendía la fórmula liberal de los derechos subjetivos⁴⁵. Como advierte Sina: “*Eran principalmente tres los factores que determinaban la postura de los criminalistas entre 1820 y 1840: el desencanto por el racionalismo especulativo de la dirección filosófica iluminista del cambio de siglo; la preocupación por*

⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. (et al.): *Curso de Derecho penal parte general...*, op. cit., p. 7.

⁴¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito*, B de F, Uruguay, 2004, p. 15

⁴² *Ibid.*, p. 15.

⁴³ Periodo conocido como Restauración, que es el periodo inmediato a la Ilustración y comienza en 1814 con la derrota de Napoleón y la restauración de la casa de Borbón en el trono francés; dicho periodo se caracterizó por la aguda reacción conservadora y el establecimiento de la Iglesia Católica como poder político. Sobre el marco sociopolítico de la época Vid.: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., pp. 17 y ss.

⁴⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p. 16.

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Manual de derecho penal español parte general...*, op. cit., pp. 10 - 13.

la inseguridad de la base en que se realizaba la praxis y el despertar de un sentido histórico positivista"⁴⁶.

Para entender a Birnbaum hay que hacer referencia al contexto jurídico de la época, durante la cual se siguen las ideas de la escuela histórica alemana de Savigny y Puchta, y si los iusnaturalistas ilustrados buscaban construir un nuevo orden, los de la escuela histórica buscan ese orden en el pasado, es decir, el Derecho es un producto histórico nacido del espíritu del pueblo. Sin embargo, no se trata de una ruptura, sino de una reacción contra el pensamiento de la Ilustración, como afirma GONZÁLEZ VICEN "*en realidad, una reacción contra una de las formas importantes de pensamiento de la época. Y lo que es más importante: una reacción que se instrumenta con categorías que había elaborado y formulado la reflexión sobre el mundo histórico de la misma Ilustración. Lo que aquí se da no es una cisura radical, sino más bien continuidad...*"⁴⁷. Se trata de buscar la reconciliación con la historia, la continuidad y la permanencia.

Con la Restauración, se da continuidad a la teoría Ilustrada que había concebido el delito como una lesión a un derecho subjetivo, lo cual se sustituye —con Birnbaum—, por el concepto de lesión a un bien jurídico. Señalando que los derechos como tales no son los que reciben una lesión, que éstos siempre se mantienen, lo que se lesiona desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas son determinados bienes, como la vida, la salud, el honor, que reciben una protección jurídica. Se trata de bienes que le han sido dados al hombre por la naturaleza, o mejor, bienes que son el resultado del desarrollo social y de la sociedad civil, en el primer caso se trata de bienes naturales y, en el segundo, de bienes sociales⁴⁸.

Como es comprensible, en el señalado contexto ideológico y político de la época, la tesis de Feuerbach, difícilmente podía sostenerse, ya

⁴⁶ Citado por: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p. 17.

⁴⁷ GONZÁLEZ VICEN, Felipe: "La Escuela Histórica del Derecho", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 18-19 (1978 - 1979), p. 4.

⁴⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., pp. 17 y ss.

que desde la abstracción y generalización que significan la lesión de un derecho subjetivo, no se podían justificar conductas que históricamente consistían meras infracciones policiales, así como los delitos contra la moral⁴⁹; para los ilustrados, con su perspectiva kantiana, éstas conductas quedan fuera del poder coactivo del Estado, mientras que en el nuevo contexto sociopolítico no queda tan claro. Así, se construyó un sistema del delito, partiendo de la base de que el delito constituye una insurrección consciente contra la voluntad general, concluyendo que el objeto de lesión, no es otra sino la lesión de dicha voluntad general, salvando con ello la problemática iluminista de la incriminación de conductas que no lesionaban un derecho subjetivo⁵⁰.

Birnbaum entiende al delito como la lesión a un bien al que se tiene jurídicamente derecho, y si dicho bien es sustraído o disminuido, el derecho no se verá disminuido ni sustraído⁵¹; entendiendo al delito como toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano y dichos bienes deben ser garantizados de forma equivalente a todos por el poder estatal⁵².

Se critica esta corriente de pensamiento por que no precisa un concepto de bien ⁵³, es una teoría, que intenta resolver la imposibilidad de incriminar en el periodo de la Restauración las conductas que no vulneran derechos subjetivos ajenos. Sin embargo como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE la determinación de que un cierto objeto resulta merecedor de protección penal, dependerá

⁴⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁰ *Ibid.*, p.19.

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal...*, *op. cit.*, p. 115.

⁵² FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, *op. cit.*, p. 15.

⁵³ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, *op. cit.*, p. 16; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, *op. cit.*, p. 28.

en última instancia de una decisión política, que inutiliza el concepto de bien jurídico como límite al *ius puniendi*⁵⁴.

No obstante lo anterior, son innegables los avances que la teoría de Birnbaum crea para la ciencia penal⁵⁵; en primer lugar logra concretar un concepto fundamental para la teoría del delito, que es la de bien jurídico. En segundo lugar, distingue entre lesión y puesta en peligro; además de que ayuda a diferenciar entre la tentativa y la consumación, lo que era imposible con la teoría Ilustrada⁵⁶. Con todo, su planteamiento no suscitó en el momento mayores repercusiones teóricas. Sólo sería retomado bajo el auge del positivismo, cuando en torno al debate Binding—Liszt, se desarrolla y expande el concepto de bien jurídico, demostrándonos que esta nueva categoría venía a significar una incorporación firme a la dogmática penal.

3.- El Positivismo jurídico.

Durante la primera parte del siglo XIX, se consideraban como ciencias únicamente las naturales y las matemáticas, puesto que en ellas era en las únicas que se podía verificar un método experimental con posibilidad de comprobación⁵⁷. La falta de respuestas universalmente válidas en las áreas sociales, aunado al cambio de modelo de Estado, propiciaba incertidumbre en el ámbito jurídico; si a ésta situación se le agrega los grandes logros alcanzados por las Ciencias de la naturaleza, se entiende que en la época, se generara un ambiente tal en las diferentes corrientes de pensamiento, que se llegó al extremo de considerar al método científico, como la vía adecuada para la solución válida de un conflicto, puesto que dicho

⁵⁴ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 104.

⁵⁵ Avances que han trascendido hasta la época actual y que siguen informando al Derecho penal, especialmente en la dogmática penal y en la política criminal.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Introducción al derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 109.

método, era el único que garantizaba certeza en sus conclusiones. Dicho con otras palabras, para el positivismo sólo había tautologías lógicas o proposiciones empíricas, y únicamente podían considerarse científicos los conceptos surgidos de la experiencia, es decir, los que pudieran ser reconducidos a conceptos empíricos elementales «sensaciones, impresiones, realidades, percepciones, etc.»⁵⁸. Este modelo implicaba, por consiguiente el rechazo de toda dependencia respecto de la filosofía, o lo que era lo mismo, de toda metafísica.

La Ciencia jurídica, no podía cumplir los requisitos de un objeto estable capaz de verificación, por lo que no podía ser considerada propiamente como Ciencia, incluso se descalificaba —basta dos palabras del Legislador para convertir en basura bibliotecas jurídicas enteras—⁵⁹. Así, se vuelve necesario un replanteamiento de validez en lo jurídico, tratando de aplicar al Derecho el método de las ciencias naturales.

El positivismo, como justificación propia de las ciencias naturales se adecuó para la justificación de las ciencias sociales; esta corriente de pensamiento, repercutió, en el cambio del método deductivo al inductivo y del objeto ideal al material, es decir, si anteriormente en el Derecho, de la realidad se derivaba la norma, ahora se crea la norma y se trata de aplicar a la realidad; y si el objeto, antes se consideraba como un derecho que servía de límite para las personas

⁵⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho..., *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁵⁹ Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 109. “En 1847, en el Berlín revolucionario, el fiscal Von Kirschmann negaba en una sonada conferencia el carácter científico a los estudios jurídicos. Las razones son conocidas: falta de objeto estable —en cuanto las Leyes cambian de acuerdo con la voluntad del legislador—, ausencia de progreso y su no contribución al desarrollo del progreso general de la humanidad. De ahí su descalificadora frase de que dos palabras del Legislador bastan para convertir en papel de viejo bibliotecas jurídicas enteras.”.

y el propio Estado, ahora es considerado como algo acrítico, exento de toda valoración⁶⁰.

En ésta etapa de la ciencia jurídica, se trató de adecuar al Derecho las teorías de Comte⁶¹ —se pretendían justificar filosóficamente al Derecho, con base en las ciencias experimentales. Para que tenga validez y rigor científico; lo jurídico, solo puede ser concebido exclusivamente como Derecho positivo⁶²—; caracteriza entonces, al positivismo la adecuación el método científico las ciencias sociales, sin cuestionar los fenómenos, limitándose a aceptarlos como realidades y tratando de explicarlos⁶³. Es importante señalar que el positivismo se divide en dos corrientes, que hasta hoy con sus matices sigue la doctrina: una concepción formal normativa del bien jurídico, sustentada por BINDING, al lado de la concepción naturalista, sociológica del bien jurídico, defendida por LISZT⁶⁴. Pero

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 210.

⁶¹ COMTE, Auguste: *Discurso sobre el espíritu positivo*, Atalaya, España, 1995. *passim*.; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael L.: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 81 y ss.

⁶² Se debe distinguir dos acepciones del positivismo la que se refiere a lo “apoyado por la experiencia”, y la que se refiere a lo “que está formalmente establecido”; y así, en el Derecho, el primero de los casos es el positivismo naturalista y el segundo el positivismo jurídico.

⁶³ MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209; MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Metodología y ciencia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990, pp. 139 y ss. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel J.: *Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p.186; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y Método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 38

⁶⁴ Estas teorías se desarrollará en las siguientes páginas, de cualquier forma conviene tener presente una síntesis de tales postulados, la cual radica en que “el concepto de bien jurídico se ha desarrollado en diversos sentidos. La opción fundamental en torno al mismo toma como base los planteamientos de Binding y Von Liszt: Para el primero, la determinación de qué es bien jurídico es inmaente al propio sistema penal, por tanto, una creación del legislador. Para Von Liszt, por el contrario, el concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al Derecho pudiendo desarrollar, por tanto, una función crítica y delimitadora, pues «este contenido material (antisocial) del injusto es independiente de su correcta valoración por el legislador, es metajurídico. La norma jurídica lo encuentra, no lo crea.» Cfr.:

ambos, cada uno desde su perspectiva, le proporcionan al Estado, un instrumento legitimador del *ius puniendi*.

3.1.- El Positivismo jurídico-penal. (Binding).

El positivismo jurídico surge en una Alemania, que para finales del siglo XIX, era un país desmembrado en numerosos estados con una estructura económica agraria poco sólida, escasa industria y con un gran retraso económico en relación con el resto de Europa; se buscaba la unificación del Estado alemán, su fortalecimiento, sobre todo por una exigencia de carácter económico⁶⁵. Así, el principio de que el fin del Estado es asegurar las condiciones de vida en común, deja de tener sentido. El Estado ya no tendrá fines, es en sí mismo un fin.

La preocupación por el fortalecimiento del Estado, trasciende al Derecho penal, puesto que amplía la intervención punitiva, a toda conducta que el Estado considere necesaria colocar bajo pena. Dentro de éste marco socio-político Binding retoma en 1872, la idea de bien jurídico, es decir, la teoría de Birnbaum renace y cobra utilidad treinta años después de que éste la elaborara⁶⁶.

El positivismo jurídico aspira a ser una teoría objetiva de la interpretación, derivada de la racionalidad interna del derecho. Para Binding el derecho penal está conformado por normas deducibles de la ley penal y conceptualmente consistentes en un imperativo. El positivismo normativo es una concepción permisiva para el Estado, puesto que éste tiene una delimitación apenas formal, ya que el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador, quien lo califica como tal, sin otro límite que su propia consideración valorativa. El bien jurídico no es algo natural, no constituye un ente

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de derecho penal, parte general I, instrumentos y principios básicos del derecho penal*, Praxis, Barcelona, 1994, p.11

⁶⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p.30.

⁶⁶ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p.19.

que vaya más allá del derecho, sino que traduce una pura creación del legislador⁶⁷.

Lo esencial, de ésta teoría es que el delito es, antes que anda, una infracción al deber de obediencia; de donde se fundamenta, la visión del injusto como violación de un deber jurídico. Bien Jurídico será todo aquello que el legislador encuentra valioso para el desarrollo de la vida comunitaria, sin importar su contenido, pues la norma refiere aquello que el Estado considera necesario para la consecución de sus objetivos; conforme a lo cual la ley expresa la voluntad del Estado, única susceptible de protección⁶⁸.

A éste pensamiento se le ha criticado el racionalismo y la positivización extrema que introduce en el derecho penal, ya que se considera que la norma es continente y no importa en nada el contenido. Se critica también el modelo autoritario de pensamiento, que concibe el delito como un acto de mera desobediencia, apenas matizado por el bien jurídico, pues tanto la creación misma de la norma, como el bien jurídico, dependen de una valoración privativa del legislador, lo que en a final de cuentas, responden a una decisión política⁶⁹.

3.2.- El Positivism jurídico-sociológico. (Liszt).

Para LISZT «un bien jurídico no es un *bien del Derecho* (como Binding y otros suponen), sino un bien *de los hombres*, reconocido y protegido por el Derecho⁷⁰»; considera que el bien jurídico es «el

⁶⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p.31.

⁶⁸ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp.20 y 21.

⁶⁹ Para profundizar sobre las críticas a la teoría de Binding sobre el bien jurídico, Vid.: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., pp. 32 y ss.

⁷⁰ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal* (trad. Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Derecho penal español de Q. Saldaña), 3º ed, Reus, Madrid, 1914, tomo II, p. 6, nota (1).

*interés jurídicamente protegido*⁷¹ », no es un concepto exclusivamente jurídico, no es una pura creación del legislador, sino que constituye una creación de la vida; es un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual con la protección del derecho, se le confiere, la categoría de bien jurídico⁷². Crea así una concepción trascendente del objeto de tutela penal, que sirve de base para el sistema jurídico penal ya que establece que la necesidad concreta de la sociedad y del Estado es la defensa de bienes jurídicos.

Es notoria la influencia de Ihering⁷³, quien había acentuado el concepto de *interés*⁷⁴, y aclara que éstos son los que mueven al mundo social, lo cual implica la tendencia a la consecución de un fin. Apegado a esta orientación, LISZT afirma que el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, o sea, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad, amparadas por el derecho. La norma penal y la pena pública, tienen por misión la de defender el bien jurídico, de manera que el bien jurídico expresa en el derecho penal la idea de fin de protección de los presupuestos del orden social, lo que se traduce a su vez en protección del Estado⁷⁵. Su razonamiento es completo para la fundamentación del Estado, ya que el Derecho penal está legitimado por el fin de la protección de intereses que expresan las condiciones necesarias de la vida en común, pero el interés que al ser objeto de protección se llama bien jurídico, está en la sociedad y lo crea la vida, por tanto, se trata de un juicio de valor del Estado, de un interés del Estado.

LISZT critica severamente a BINDING diciendo: “Mi punto de vista respecto de la teoría general del Derecho es, por tanto, el mismo que el de Binding. Pero en seguida separamos nuestros caminos...,”

⁷¹ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 7.

⁷² *Ibid.*, p. 6

⁷³ Así se desprende tanto de la bibliografía, como por la línea de pensamiento que Liszt emplea en el desarrollo de la lección 14 de su tratado. *Vid.*: VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 5.

⁷⁴ Para profundizar en el tema *Vid.*: RUIZ RESA, Josefa Dolores: “EL concepto de interés en Ihering” en *RFDUG*, n° 3 (2000), pp. 435-453.

⁷⁵ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., pp. 7 y ss.

Binding ha hecho, de un modo enteramente parcial y arbitrario, del concepto de la norma, el eje de todo el sistema jurídico penal, sin prestar, ninguna atención al bien jurídico, para servir a la protección del cual está llamada la norma. El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de la vida de la comunidad humana jurídicamente organizada[...]"⁷⁶.

Así, a partir de este momento, a la hora de delimitar el sustrato material del bien jurídico, se abre una disyuntiva: o bien se circunscribe a objetos ideales, o bien se vincula solo a situaciones materiales; línea esta última que reivindica LISZT, al articular su concepto de antijuricidad material, entendida como dañosidad social o nocividad social⁷⁷.

4.- El neokantismo. (Mezger).

El neokantismo, surge como una reacción al positivismo, es la oposición a la «cientificidad» y el rechazo a la filosofía que trabajaba bajo el paradigma de que los conceptos científicos son comprobables empíricamente, y que como hemos dicho, trasladaba el método experimental de las ciencias naturales a los fenómenos sociales y, lo que es peor, lo llevaba al extremo en el análisis de los fenómenos jurídicos⁷⁸.

En relación al concepto de bien jurídico, el neokantismo da un giro radical. Conforme lo explica HORMAZÁBAL, esta dirección

⁷⁶ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 7 nota al pie nº 2 y p. 8.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p.23.

⁷⁸ WINDELBAND rompe con el dogma positivista y sostiene que las ciencias del espíritu se rigen por el principio de *normatividad*, en tanto RICKERT, expresa que las ciencias culturales —en cuya categoría se incluye el derecho—, se explican por su contenido referente a un valor, es decir, son ciencias dotadas de intencionalidad valorativa, ciencias con una profunda estructura axiológica. Vid.: D. FERNÁNDEZ, Gonzalo: *Bien jurídico...*, op. cit., p.25

neokantiana renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico y, en su lugar, centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, en su capacidad de erigirse en un criterio de interpretación, a partir de su fin de protección o, lo que es lo mismo, del valor protegido⁷⁹.

La corriente neokantiana no entra al análisis del objeto material del bien jurídico, sus esfuerzos se centran en formalizar dicho concepto y otorgarle valor teleológico, constituyéndolo en una categoría ligada al fin de la norma, que se corresponde con la idea de *ratio legis*, con lo que determinan que el bien jurídico es un criterio de interpretación⁸⁰. Así, para Mezger, el bien jurídico representa una formación conceptual orientada por su fin, con lo que se determina que toda interpretación jurídica debe ser guiada desde el punto de vista de su fin⁸¹.

Con una marcada influencia metodológica de la filosofía neokantiana del Derecho, en el causalismo se renuncia a la función garantista y liberal del bien jurídico, equiparando las categorías valor y fin, con lo que se centra la atención del concepto en su orientación teleológica, es decir, el criterio de interpretación del bien jurídico es a partir del fin de protección que persigue⁸².

⁷⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p.63.

⁸⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp. 25 y 26. entendido así el bien jurídico, surge la cuestión relativa a su lesión para lo cual el autor señala que para la escuela neokantiana: “[...]WOLF dice que la lesión del bien jurídico, lejos de significar un cambio en el mundo exterior, una modificación de la realidad externa aprehensible por los sentidos, implica antes que nada un resultado jurídico, que es la lesión de una parte de la cultura, la *cultura social*. La protección de ella (donde se asientan los valores ético-sociales) es el fin del derecho y a través de la protección jurídica se constituyen los bienes jurídicos.”

⁸¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p.29.

⁸² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho ...*, op. cit., p.55.

5.- La negación del bien jurídico. (La Escuela de Kiel).

El sistema penal del nacionalsocialismo construye un sistema jurídico totalitario, basado en los criterios del sano sentimiento del pueblo alemán y de su voluntad (*Willensstrafrecht*)⁸³. La Alemania del tercer *reich* significó, desde el punto de vista político, la ruptura total del racionalismo iluminista y, por consiguiente, la negación de todos los valores liberales de la revolución burguesa y su reemplazo por la irracionalidad expresada en la exaltación de la nacionalidad y el patrimonio cultural, la superioridad de una raza y la supuesta atribución de un destino histórico al pueblo alemán. En éste contexto pierde importancia el ser humano para centrarse la atención en la comunidad, en específico la comunidad de sangre del pueblo ario⁸⁴.

Para la ideología nacionalsocialista el pueblo es el centro del pensamiento, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos. El elemento de cohesión del orden es la fidelidad y no persecución de intereses de la comunidad. El delito ya no podría entenderse como una lesión de intereses o como la lesión a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán⁸⁵.

Con este trasfondo socio-político, el concepto de bien jurídico, en cuanto tuviera la pretensión de constituirse en una restricción a la acción política del Estado, resultaría inadmisibles. Por eso con el

⁸³ GARCÍA-PABLOS DEMOLINA, Antonio: *Derecho penal: Introducción*, 1ª ed., 1ª reimp., Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 374. Así "La Ley de 28-VI-1935 reformó el parágrafo 2 del Código penal alemán con el siguiente contenido: «Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si al hecho no puede aplicarse directamente una ley penal determinada, será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él»." Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, España, 2012, p. 79, nota 116.

⁸⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho ...*, op. cit., p.60.

⁸⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico...*, op. cit., p.61.

objeto de dar fundamentación a una teoría del delito, precisaba la negación del concepto de bien jurídico en su contenido material, tal como en su momento lo advirtió LISZT.⁸⁶

Siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, los representantes más importantes de la escuela de Kiel fueron Georg Dahm y Friedrich Schaffstein; éste último sustituye el planteamiento del delito como un ataque a bienes jurídicos por el de una lesión del deber⁸⁷. Este planteamiento es conforme con el carácter autoritario propio al nacional-socialismo, así un concepto de bien jurídico de corte liberal, que tiene como característica limitar al poder punitivo, esto es, limitar al Estado resultaba inadmisibles en un sistema totalitario.

Tales planteamientos atacan la dogmática liberal y el orden, ya que lo fundamental es el pueblo, entendido como un ente con vida propia no una suma de individuos, el pueblo es una totalidad real: sangre, suelo, generaciones pasadas, presentes y futuras; el gran error de la escuela de Kiel, es que no hace una separación entre realidad y valor como hacían los liberales, los positivistas e incluso la escuela axiológica neokantiana. El Derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, el espíritu del pueblo es la fuente del Derecho; si el Derecho nace del pueblo el individuo le debe fidelidad a su pueblo y por tanto al Derecho, el delincuente es un traidor a su pueblo. El delito no es lesión de un bien jurídico sino lesión de un deber de fidelidad. Sin embargo la fidelidad sólo puede exigirse a quien tiene vínculos de sangre y un pasado común, este discurso cobró vida con la existencia de diversa normativa⁸⁸.

⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal...*, *op. cit.*, p. 188.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 188 y 189

⁸⁸ De la normativa del nacionalsocialismo, fundamento jurídico que sirvió de base para los hechos conocidos de la Segunda Guerra Mundial; dentro de dicha normativa se conocen por su mayor difusión las "Leyes de Nüremberg" de enero de 1936 y, la "Ley de registro del Reich" de enero de 1938; sin embargo, para un entendimiento del sentido de fidelidad a una Nación, que giraba en torno a la idea del "pueblo ario", señalamos a continuación algunos ejemplos de ley:

El 18 de marzo de 1933 "Acuerdo interestatal cooperativo para combatir la plaga gitana", que amplió la Ley bábara de 1926 y su aplicación prusiana de 1927, por la

En suma, el nacionalsocialismo representado por la escuela de Kiel en lo referente al Derecho penal, desarrolló la tesis del abandono de los principios liberales, lo que contribuyó para la severidad de la pena como instrumento de reforzamiento de la autoridad del Estado; todo con base en que el Derecho penal debe tener como fin la defensa del pueblo⁸⁹.

que se clasificaba a los gitanos como criminales habituales, inadaptados sociales y vagabundos.

Mayo de 1933 se introdujo la normativa que legalizaba la esterilización eugenésica en determinados supuestos relacionados con la asociabilidad. En julio, se aprobó la “Ley para la prevención de enfermedades hereditarias”, contra las “vidas indignas de ser vividas”, que ordenaba la esterilización, incluso contra su voluntad de determinadas categorías de personas, específicamente gitanos (medio-gitanos y gitanos en matrimonios mixtos); En abril de 1933 se aprobó la “Ley contra criminales habituales peligrosos”.

Marzo de 1934, la “Ley para la revocación de la ciudadanía” contra gitanos y judíos que no probaran haber nacido en Alemania.

En 1935, los representantes alemanes en la reunión internacional de fuerzas de policía en Copenhague, sugieren que los “gitanos incorregibles” pudiesen quedar sujetos a esterilización forzosa.

El matrimonio con arios quedaba prohibido, y por la Ley de Ciudadanía Nacional se privaba a los judíos, gitanos y negros de sus derechos civiles, considerándolos residentes de segunda clase.

La ley del 18 de octubre de 1935, sobre los matrimonios mixtos, por las mismas se volvía obligatorio para todos los matrimonios que obtuvieran permisos de los departamentos de salud, y se necesitaba que cada cónyuge obtuviera un certificado señalando que sus orígenes eran genéticamente adecuados. Se prohibía por tanto todos aquellos matrimonios que fueran en detrimento de la salud hereditaria de la nación. Información en: http://www.memoriales.net/zig/zig_3a.htm (última consulta de sitio web, abril de 2013).

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1958, p. 177, 178.

II. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA.

Para el último tercio del siglo pasado, después del periplo por el que ha atravesado el concepto del bien jurídico, parecía que por fin se había aceptado y era considerado en la doctrina como piedra angular del Derecho penal; nada más alejado de la realidad, puesto que la discusión en torno a éste concepto se ha retomado al día de hoy, y el debate ya no se centra sobre su contenido o significado para la Teoría del Delito, sino que, ahora se discute sobre las razones para seguir adoptando la teoría del bien jurídico o las razones para abandonarla.

La doctrina contemporánea ha debatido sobre la permanencia o no del bien jurídico como principio dogmático del Derecho penal, pasando desde las teorías funcionalistas a aquellas que apuestan por seguir las corrientes anglosajonas del daño representadas en el *harm principle*⁹⁰; en las siguientes líneas analizaremos la teoría del bien jurídico en la actualidad.

⁹⁰ SEELMANN, Kurt: "El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 373 y ss.; VON HIRSCH, Andrew: "El concepto de bien jurídico y el «principio del daño», en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 37-53; KAHLO, Michael: "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 53- 69.

A. SOBRE LA PERMANENCIA DEL BIEN JURÍDICO.

Hoy en día, la doctrina penal mayoritaria⁹¹, sigue la tesis de considerar al bien jurídico como punto de partida en la fundamentación e interpretación del Derecho penal; al mismo tiempo sirve como medida de evaluación del orden punitivo; y si bien es cierto que se considera la necesidad de completar éste orden con otros parámetros limitadores como los demás principios del Derecho penal, también es cierto que esto sería imposible sin el concepto de bien jurídico.⁹² Dentro del marco de un sistema

⁹¹ Así por citar algunos ejemplos ALCACER GUIRAO, Rafael: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?...*, op. cit. p. 100; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. (et. al.): *Curso de Derecho penal parte general...*, op. cit. p. 71; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal...*, op. cit. pp. 26 y ss.; FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp. 289 y ss.; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal...*, op. cit., pp. 92, 103 y ss.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., *passim*; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal parte general...*, op. cit., pp. 159 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal...*, op. cit., pp. 265 y ss.; BRICOLA, Franco: "Teoría générale del reato", en *Noviss. Dig. It.*, T. XIX, Utet, Turín, 1973, pp. 7-93; Muy ampliamente explicado y donde se expresan las diferentes posturas de la doctrina moderna que se sitúa a favor de la permanencia del bien jurídico, son los diferentes artículos contenidos en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, *passim*, en específico de ésta obra *Vid.*: HASSEMER, Winfried: "¿puede haber delito que no afecten a un bien jurídico penal?", en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 95 - 105; LAGODNY, Otto: "El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional", en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., pp. 129-137; BUNZEL, Michael: "La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información", en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., pp. 147-179; HEFENDEHL, Roland: "Bien jurídico como eje material de la norma penal", en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., pp. 179 - 197.

⁹² HEFENDEHL, Ronald. "De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de*

democrático, el Estado no puede actuar, únicamente con base en el ideal de justicia, sino que su actuación deberá realizarse en torno a lo objetivamente necesario para el grupo social determinado y en un momento histórico concreto⁹³.

A la cuestión sobre, cuándo cumple el Derecho penal su función, HASSEMER responde que sería: “cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger”⁹⁴. Ahora bien, estos bienes jurídicos deben ser tutelados a través de la norma jurídica formulada por el legislador, a lo cual apunta ROXIN, que existen muchas razones para que el legislador, aun cuando sus facultades se basan en una legitimidad democrática, no puede incriminar una conducta solamente por que esté en desacuerdo con la misma⁹⁵, es decir, la penalización del actuar humano debe tener necesariamente un fundamento superior que trascienda a la voluntad legislativa. Así ANGIONI al hablar de la teoría del bien jurídico lo refiere a un concepto cultural y liberal de los cuales debe estar provista la norma necesariamente⁹⁶. Por esto se afirma, que la legitimidad de la legislación debe juzgarse en función de los preceptos, los cuales en relación con sus finalidades, la configuración de la conciencia y la demostración favorable mediante un juicio de valor, se concluye que es necesario para la coexistencia pacífica en sociedad⁹⁷.

legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, (Edición española a cargo de Rafael Alcaer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 179 y 461.

⁹³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 169.

⁹⁴ HASSEMER, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en *NFP*, No. 51, enero 1991. p. 26.

⁹⁵ ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho...”, op. cit. p. 443.

⁹⁶ ANGIONI, Francesco: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, pp. 70 y ss.

⁹⁷ HEFENDEHL, Ronald. “De largo aliento: el concepto de bien jurídico...”, op. cit. p. 463, nota 21, donde se expresa en el mismo sentido que Roxin.

El reconocimiento del concepto de bien jurídico como base de argumentación, da al sistema jurídico el instrumento que permite su adecuada interpretación, así el valor específico del bien jurídico consiste en que aporta el elemento necesario a todos los niveles relevantes de argumentación jurídico-penal, esto es: a) en su interpretación y como referente del principio de proporcionalidad; b) en su determinación y vinculación con otras ramas del Derecho; c) en el desarrollo de la política criminal; y d) en el control por su adecuación a la Constitución⁹⁸.

Así por lo que hace a la interpretación penal, el bien jurídico sirve como base y referencia puesto que el juicio de valor constituyente de los bienes no se limita a la interpretación de la parte especial; precisamente como afirma AMELUNG la valoración que el legislador realiza trasciende incluso a la parte general del Derecho penal⁹⁹, puesto que se puede catalogar y clasificar los injusto e incluso la pena que ellos conllevan, ya que de lo contrario al momento de su análisis si únicamente se considera a la norma (carente de contenido), deberían corresponderles las mismas penas a los delitos, pues en ese caso todo ilícito sería en exclusiva la vulneración de la norma¹⁰⁰. En otras palabras el principio de proporcionalidad de las penas depende necesariamente del principio de necesidad, aquel no puede subsistir sin éste o lo que es peor puede subsistir con graves injusticias.

Esta función de carácter teleológico, que se emplea como criterio de interpretación de los tipos penales y que condiciona el sentido y alcance de los mismos conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico, constituye el objeto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y, es por tanto un importante elemento de interpretación¹⁰¹.

⁹⁸ Por todos: HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?...*, op. cit., passim.

⁹⁹ AMELUNG, Knut: "El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en HEFENDEHL Ronald: *La teoría del bien jurídico...*, op. cit. p. 229.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 229.

¹⁰¹ JESCHECK, Hans H.: *Tratado de derecho penal Parte general...*, op. cit., p.352.

Ahora bien, sobre la determinación y diferenciación en cuanto al contenido del bien jurídico protegido por los diferentes ordenamientos, hay que señalar, que el referido concepto se emplea en las diversas disciplinas jurídicas y por lo tanto debe ser considerado como parte de la Teoría General del Derecho, así, para diferenciar en cuanto el aspecto material de los intereses que protege el ordenamiento jurídico de un Estado, se emplea con acierto la terminología de bien jurídico penal¹⁰². Si profundizamos en este argumento y lo analizamos *a contrario sensu*, es decir, si partimos de la idea de la negación del bien jurídico penal, deberíamos concluir que no existe diferencia con las demás ramas del ordenamiento jurídico, ya que no tendría sentido distinguir en materias y principios de las mismas, puesto que siempre estaríamos en presencia solo y exclusivamente de normas, y la labor jurídica en cualquier ámbito como creación, interpretación y aplicación de las mismas, tendría que estar limitada a si se cumple o no el imperativo normativo sin importar —el contenido—, lo justo o injusto del mismo, lo cual como hemos dicho, ha producido consecuencias gravísimas por el abuso del Derecho que puede realizar el poder público¹⁰³.

Otro argumento de gran valía para apoyar la permanencia del bien jurídico, es el que se refiere a la necesidad de una función crítica cuando se habla del adecuado desarrollo de la política criminal¹⁰⁴, ésta idea, que parece haberse desarrollado en los últimos años,

¹⁰² *Ibid.*, p. 227.

¹⁰³ *Vid supra*, tema I. A. 6. del presente trabajo. En éste sentido FABIÁN CAPARRÓS señala: “Desprovisto de todo contenido real y efectivo, el bien jurídico es susceptible de convertirse en una suerte de «dogma polivalente» a través del cual cualquier tipo de Estado —ya sea democrático o totalitario— puede disfrazar de legitimidad cualquier decisión ordenada a tutelar mediante la amenaza de la pena aquellos bienes que estime más valiosos en perjuicio y exclusión de otros contrarios a sus intereses”. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁴ ANGIONI, Francesco: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico...*, *op. cit.* p.6. señala dentro de las diferentes funciones atribuidas al bien jurídico, la importancia de la función crítica, la cual permite determinar aquello que legítimamente puede ser objeto de la tutela penal, mediante la tipificación.

principalmente en la lucha contra la criminalidad organizada, ha dado importancia al concepto de seguridad en las sociedades occidentales, haciendo que se modifique el antiguo pensamiento relativo a la identificación de problemáticas y solución de las mismas, por la prevención de riesgos, para lo cual se crea un control anticipado¹⁰⁵. La función de política criminal trasciende a la sistematización del tipo, toda vez que el bien jurídico sirve de criterio para agrupar los diferentes tipos penales en la parte especial, así mismo, es la base para la jerarquización de los delitos, atendiendo a la importancia del interés que pretenden tutelar. Sin lugar a dudas la articulación de la parte especial es en exclusiva, fruto de la sistemática adoptada, en torno al bien jurídico siguiendo una política criminal concreta¹⁰⁶.

El bien jurídico penal, es pues, un límite al *ius puniendi* del Estado, es decir, sirve como una propuesta programática de carácter político criminal cuya observancia exige al legislador, que limite su actividad a la creación de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos. Lo cual se traduce en un elemento de garantía ya que en si constituye un límite a la dimensión material de la norma penal, que se traduce de *lege lata* en la revisión constante del ordenamiento jurídico y de *lege ferenda* en una barrera en cuanto al contenido del *ius puniendi* estatal¹⁰⁷.

Por otro lado, la garantía se refleja en los destinatarios de la norma penal, protegiendo la seguridad jurídica de los mismos, ya que sólo podrá calificarse de típica la conducta que, ajustada a la descripción legal, conculque además (ya sea mediante la lesión o puesta en peligro), el bien jurídico en concreto¹⁰⁸.

¹⁰⁵ HEFENDEHL, Ronald. "De largo aliento: el concepto de bien jurídico...", *op. cit.*, pp. 461 y 462.

¹⁰⁶ Citando a Rodríguez Devesa. *Vid.*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumido. Salud Pública y Alimentación*, Praxis S.A., España, 1991, p.32.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 pp. 66 y 73

¹⁰⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando: *Protección penal del consumido. Salud Pública y Alimentación...*, *op. cit.*, p.34.

Hoy en día, dentro de la doctrina generalizada que sostiene que la teoría penal no puede concebirse sin referencia a la protección de bienes jurídicos, se han desarrollado dos corrientes que tratan de explicar ésta vinculación, las teorías sociológicas y las teorías constitucionales. Estas teorías, como afirma HORMAZÁBAL, son en las que se pueden englobar la doctrina actual que trata de explicar el bien jurídico en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁰⁹.

La teorías sociológicas, determinan el contenido del bien jurídico con base en el referente de la realidad social, ya que ésta, constituye el sustrato en el cual el ser humano, despliega sus potencialidades, manifiesta sus necesidades y, en suma, desarrolla su personalidad. Por su parte, *las teorías constitucionales*, buscan en la Ley Fundamental la base de sustentación del referente material del delito, desde ésta óptica, la Constitución del Estado como norma suprema a la que se debe ajustar todo el ordenamiento jurídico, desplegaría su eficacia normativa y vincularía al legislador al momento de tomar cualquier decisión de orden político criminal¹¹⁰.

Esta nueva corriente de pensamiento, nos muestra que el debate ha cambiado, se han superado las llamadas teorías inmanentes al sistema, por las concepciones trascendentes¹¹¹. La pugna entre las llamadas teorías constitucionalistas y sociológicas del bien jurídico, va a depender de que se quiera justificar con la toma de postura, así quien acoja una tendencia orientada por el positivismo normativo aceptará que el marco de referencia de los bienes jurídicos dignos de tutela por el Derecho penal no puede exceder las pautas constitucionales; en otros términos, la determinación de los valores dignos de protección legal está condicionada por la Constitución

¹⁰⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p.81.

¹¹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 304.

¹¹¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: *Fraude informático y estafa: (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.202.

Política¹¹². Por otro lado en la perspectiva sociológica, el bien jurídico no es una entidad pasiva y predeterminada normativamente, sino que es cambiante según la dinámica social. Es por ello que la misión del objeto del delito, produce consecuencias en la interpretación y aplicación del derecho positivo, al igual que en su creación¹¹³, la cual no se limita al texto constitucional o a los principios que de él emanen.

Respecto de ésta pugna teórica, FABIÁN CAPARRÓS señala que “la concurrencia entre las posiciones sociológicas y constitucionales no es sólo posible, sino *absolutamente necesaria*. Ciertamente, en ellas reconocemos dos formas distintas de intentar explicar una misma cuestión, pero —cuando menos, desde los presupuestos políticos de los que participamos y de los que, así mismo, partimos— nos resistimos a admitir que ambas puedan ser incoherentes entre sí u ofrezcan resultados esencialmente diferentes.”¹¹⁴. Comparto esta postura, y para estar en posibilidad de explicar su integración en el marco de un Estado social y democrático de derecho, a continuación se exponen las características de éstas teorías trascendentes al sistema.

1.- Teorías constitucionales.

Las teorías constitucionales tratan de formular criterios capaces de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabará pronto porque realmente no hay mucho donde escoger, si se persigue un finalidad vinculante, es necesario acudir al fundamento último de validez del orden jurídico el cual se encuentra en la Norma Suprema claro que solo puede servir una fuente jurídica que sea

¹¹² BARBOSA CASTILLO, Gerardo (et al.): *Bien jurídico y derechos fundamentales sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. 1996. pp. 61 y 62.

¹¹³ *Ibid.*, p. 63

¹¹⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 171.

jerárquicamente superior y que se imponga por su propia naturaleza¹¹⁵.

Así con el fin de fijar una noción más clara del bien jurídico, los juristas penales buscan respaldarse en la Constitución; postura que da nacimiento a las teorías constitucionales del bien jurídico. La reacción es plausible y demuestra que una adecuada interpretación del *ius poenale* sólo logra consumarse, basándose en el programa penal de la Constitución. Si al bien jurídico se le asigna una función limitadora del Derecho penal y crítica del sistema, y con esto se pretende no sólo un postulado de política-criminal, sino un límite constitucional a la intervención penal, entonces se tendrá que fundamentar al bien jurídico desde la Constitución¹¹⁶.

Como fundamento del Derecho penal BRICOLA señala a la Constitución, hablando de una estrecha necesidad en la tutela penal¹¹⁷, señalando que la sanción penal puede ser adoptada solamente cuando la violación de un bien sea dotado —cuando menos—, de relevancia constitucional¹¹⁸, lo cual para FIANDACA en aras de una rigurosa sistemática pone en duda la efectividad del Derecho penal al aislarlo según el texto normativo de la Constitución¹¹⁹. Afirma ANGIONI, la vinculación del bien jurídico a la Constitución tiene una virtud esencial, que es situarlo en el terreno del derecho positivo y por lo tanto obligatorio¹²⁰. Esto es, que

¹¹⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*. Fundación Juan March, Madrid. 1983. p.24.

¹¹⁶ BÖSE, Martin: "Derechos fundamentales y derecho penal como «derecho coactivo», en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacér (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, p. 137.

¹¹⁷ BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato...", *op. cit.*, p. 14 y ss.

¹¹⁸ *Ibid.*, p 15.

¹¹⁹ FIANDACA, Giovanni. "Bene Giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale", en *Rev.IDPP*, 1982, vol I, p. 57.

¹²⁰ ANGIONI, Francesco: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico...*, *op. cit.*, p.153.

vincula desde un aspecto estrictamente legal, puesto que las leyes deben estar en relación con la Constitución.

Entonces, el poder punitivo del Estado, se encuentra condicionado a la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad, y es la Constitución la que, indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. Esto es así por la supremacía material y formal de la Constitución, la cual reside, en el reconocimiento de la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, de manera tal que su parte dogmática adquiere una importancia crucial, hasta el punto que condiciona la interpretación de la parte orgánica y de la legislación secundaria¹²¹.

Hay que señalar, que si se pretende evitar un abuso del Derecho, la fundamentación constitucional del bien jurídico, únicamente se puede lograr a partir de una concepción de Estado social y democrático de derecho, ya que de lo contrario se corre el riesgo de utilizar el Derecho penal como una vía de implantación y justificación de modelos políticos totalitarios no democráticos, como ya ha sucedido históricamente.¹²²

La utilización de la Constitución como norma fundante del bien jurídico, puede formularse a partir de una concepción «*estricta*» o una concepción «*amplia*», dependiendo del grado de sujeción al articulado de Ley Fundamental. Así, para las teorías «*amplias*», se remiten a la forma de Estado constitucionalmente establecida, generalmente mediante la vía de la deducción de los postulados que se consideran necesarios en un sistema penal acorde con el mismo. La fundamentación se limita normalmente a las características

¹²¹ Tal es el caso del Estado mexicano, en el cual se determina su forma de gobierno, por imperativo del Art. 40 CPEUM, que dice: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República *representativa*, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

¹²² GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: *Fraude informático y estafa...*, *op. cit.* p.202. En el mismo sentido FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 168.

básicas del Estado, del que se derivan una serie de postulados que se entienden de carácter necesario en el ordenamiento penal. Los partidarios de ésta teoría, apelan a la norma constitucional de forma genérica, como marco de referencia que contiene los valores que deben orientar los procesos de criminalización¹²³, es decir, apelarán a los principios que inspiran la norma fundamental y con arreglo a los cuales se reconstruye el sistema punitivo¹²⁴. En esta doctrina constitucional podemos situar a ROXIN, el cual precisa que un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental y con base en la libertad del individuo¹²⁵.

Por su parte la fundamentación constitucional de carácter «*estricto*», es compuesta por las teorías que firmemente apoyadas en el texto fundamental, a nivel de prescripciones específicas, deducen los objetos de tutela y la forma en que la misma debe producirse, circunscribiendo dentro de márgenes precisos las actividades del legislador penal ordinario. EL constitucionalismo estricto defiende “la exigencia de que toda decisión dirigida a penalizar un determinado comportamiento se encuentre firmemente anclada en una o varias disposiciones concretas del texto constitucional”¹²⁶. Dentro de éstas teorías el representante más destacado es BRICOLA, para quien no basta la sola compatibilidad del bien jurídico con la Constitución, sino que necesariamente se precisa que el mismo, se encuentre contemplado expresa o implícitamente en la norma fundamental¹²⁷.

Se ha criticado esta concepción, ya que en sistemas constitucionales dotados de una extensa parte Dogmática, la aplicación de las teorías estrictas es difícil, por que nunca consagrarán expresamente todos

¹²³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 170 y 171.

¹²⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien Jurídico y Constitución...*, op. cit., p24.

¹²⁵ ROXIN, Claus: *Derecho Penal...*, op. cit., p.56.

¹²⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 171.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 171, nota al pie nº30

los valores que podrían ser penalmente tutelados en cada momento concreto. La identificación del sustrato material de los bienes con los derechos y garantías constitucionalmente proclamados, como ya se ha criticado, conduce a un estancamiento en las posibilidades de criminalización de nuevas acciones socialmente lesivas pero que no están tuteladas expresamente en el texto constitucional y frenan por ende el proceso social¹²⁸.

2.- Teorías sociológicas.

El Estado social y democrático de derecho, reviste una concepción de profunda repercusión para la teoría del Derecho penal, ya que el mismo le otorga privilegiada jerarquía a la idea de dignidad humana; lo cual constituye un límite de toda coacción estatal. El centro es el individuo y, se le deben asegurar los medios idóneos de participación en el sistema, defendiendo los valores específicos correspondientes a la sociedad y Estado.

El exponente más destacado de las teorías sociológicas es AMELUNG, quien con base en la *dañosidad social*, proporciona al Derecho penal un sustrato legitimador de orden material. Así, a la hora de criminalizar una determinada conducta, el elemento decisivo no debe estar constituido por estimaciones éticas o morales, sino por la incidencia real sobre el adecuado funcionamiento del sistema social¹²⁹.

¹²⁸ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: *Fraude informático y estafa...*, op. cit., p206.

¹²⁹ FABIÁN CAPARRÓS señala lo paradójico de que toda la corriente de pensamiento de las teorías sociológicas tienen como punto de partida el pensamiento de AMELUNG, autor que considera necesario prescindir de la idea de bien jurídico —*el funcionalismo*—. Además señala el autor, que dentro de las principales críticas formuladas al pensamiento de AMELUNG, es la formulada por ROXIN en el sentido de que “si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo”. Vid.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales. Un estudio sobre su tipificación desde las perspectivas jurídica y político-criminal*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, inédito, p. 200 - 202 (se cita por el ejemplar dactilografiado).

En efecto, como dice HORMAZÁBAL con claridad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho la política criminal experimenta un notable resurgimiento. Ella introduce la necesidad de buscar, inexcusablemente, un nuevo fundamento que racionalice la coerción penal y de su monopolio estatal, lo cual determina que el derecho penal ni siquiera pueda ser pensado en forma separada de ella. En el análisis de éstas teorías el punto de partida es, sobre lo que puede prohibir el legislador a los gobernados, bajo la imposición de una pena; si se tiene en cuenta que la única finalidad es la de asegurar a las personas el libre desarrollo de su personalidad, que la Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna¹³⁰.

En las corrientes sociológicas, el juicio de valor vigente socialmente sobre los bienes y los comportamientos lesivos de los mismos en un momento histórico determinado constituyen un límite que el legislador debe respetar a la hora de disponer la tutela penal. Lo que importa, no es la posición objetiva del bien y del comportamiento lesivo, sino la estimación subjetiva de quien hace el juicio, con las variaciones del contexto cultural y social desde el que se estimen¹³¹. Los bienes jurídicos, tienden a visualizarse como estados de particular valor social, a los cuales se considera imprescindible tutelar penalmente, el bien jurídico, pasa a ser apreciado desde una óptica funcional y se entiende como situación fáctico-real positivamente valorizada¹³².

Siguiendo a HORMAZÁBAL, el modelo del Estado social y democrático de derecho vigoriza la política criminal como instrumento racionalizador de la coerción penal. La desesperada búsqueda de nuevos fundamentos de racionalización del sistema penal ya no proviene sólo del ámbito de la filosofía, como había sucedido en el pasado, sino que esta vez, la relegitimación busca

¹³⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho..., op. cit., p.81.

¹³¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien Jurídico y Constitución...*, op. cit., pp.22 y 23.

¹³² FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p.56.

apoyarse en un fundamento sociológico¹³³. Así, “en el fondo, aun desde el planteo inicial de Birnbaum, el concepto de bien jurídico no designa una entequeia abstracta, sino que —en última instancia— aparece siempre relacionado a las condiciones de la convivencia social”¹³⁴.

A pesar de las críticas realizadas a las teorías sociológicas, han sido consideradas por un importante sector de la doctrina, el cual entiende que el criterio de dañosidad social no es incorrecto, sino insuficiente¹³⁵.

3.- Integración de las teorías sociológicas y constitucionales en el Estado social y democrático de derecho.

Dentro de un sistema jurídico basado en una Constitución, que esté dotada de un inequívoco carácter vinculante y por consiguiente, no sea una mera colección de directrices programáticas, el legislador jamás podrá crear un Derecho penal contrario al orden dado por esa Ley Fundamental, ya que cualquier norma que colisione con alguno de los preceptos contenido en el Código fundamental deberá ser declarada nula por el tribunal correspondiente¹³⁶. Sin embargo, no puede admitirse que la vigencia de una Constitución sea meramente formal y su contenido fluya sin considerar a la sociedad que rige¹³⁷.

¹³³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, op. cit., p.93.

¹³⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p.57.

¹³⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales...*, op. cit., op. cit., p. 202.

¹³⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 171. El autor hace referencia a que tal situación responde al caso español, donde la Constitución de 1978 ocupa indiscutiblemente la mayor jerarquía y en consecuencia , despliega toda su eficacia sobre el resto del ordenamiento jurídico; siendo en éste orden jurídico, el Tribunal Constitucional el encargado de resolver sobre la permanencia o expulsión de las normas cuestionadas.

¹³⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 171, consideración hecha, por supuesto, sobre los modelos de Estado estructurados bajo los principios de la sociales y demócratas de Derecho.

En este sentido, HORMAZÁBAL dice que en el contexto del Estado social y democrático de derecho, para el análisis de éstas teorías, el punto de partida es sobre lo que puede prohibir el legislador a los gobernados, bajo la imposición de una pena; si se tiene en cuenta que la única finalidad es la de asegurar a las personas el libre desarrollo de su personalidad, que la Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna¹³⁸.

En las corrientes sociológicas, el juicio de valor vigente socialmente sobre los bienes y los comportamientos lesivos de los mismos en un momento histórico determinado constituyen un límite que el legislador debe respetar a la hora de disponer la tutela penal. Lo que importa, no es la posición objetiva del bien y del comportamiento lesivo, sino la estimación subjetiva de quien hace el juicio, con las variaciones del contexto cultural y social desde el que se estimen¹³⁹. No se puede pasar por alto que la realidad social es la que dota de contenido al bien jurídico y constituye su punto de contraste. Pero la valoración que todo bien jurídico implica, encuentra como marco de referencia ineludible el texto constitucional y el modelo de Estado consagrado en ella.

En este sentido afirma FABIÁN CAPARRÓS que la dañosidad social de una concreta posición subjetiva, en el contexto de una relación conflictual determinada, es uno de los presupuestos que el legislador deberá considerar antes de criminalizar una conducta; sin embargo el Derecho penal no puede constituirse exclusivamente con base en la realidad social inorgánica, carente de un mínimo grado de formalización, ya que la pura y simple constatación de la realidad social podría conducirnos a un Derecho penal espontáneo, carente de una estructura necesaria y lesivo en última instancia de las garantías individuales¹⁴⁰.

¹³⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho..., op. cit., p.81.

¹³⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien Jurídico y Constitución ...*, op. cit., pp.22 y 23.

¹⁴⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 173.

Así pues, para lograr una concurrencia de las referidas teorías, debemos de partir del tipo de Estado en el cual se pretende fundamentar el bien jurídico; resultando que si el tipo de Estado es de los conformados bajo los principios sociales y democráticos dentro de un marco de Derecho¹⁴¹, por definición ambas teorías se complementan. En efecto, en un tipo de Estado como el apuntado, la finalidad social es inherente al mismo, ya que la realidad de la sociedad, siempre va a ser el motor que impulse al Derecho, al extremo de que aquella realidad, siempre va a evolucionar de manera anticipada al ordenamiento jurídico, y es lo que va a determinar el sentido, contenido y alcance de la regulación normativa, la cual debe de estar de acuerdo con la Carta Magna¹⁴². Concluyo por tanto, que ambas teorías, lejos de excluirse se complementan, sirviéndose ambas como un sistema de equilibrio en la que una necesita de la otra para evolucionar, de una manera proporcionada y que garantice los valores de un modelo estatal como el apuntado. Siguiendo a HORMAZÁBAL la concepción de bien jurídico, aun y cuando busca apoyo en una teoría social, lo cierto es que permanece en el ámbito de lo formal. Su pretensión de darle un contenido material al bien jurídico, condiciona la concreción del concepto dentro de la realidad social, pero una realidad social entendida como sociedad estatal constitucional¹⁴³.

¹⁴¹ Tipo de Estado que como se ha venido explicando, es por su fundamentación y estructura, idóneo para evitar que el Derecho y más el Derecho penal se convierta en instrumento de poder abusivo, que pudiera derivar en un Estado totalitario. *Vid supra* tema I. y en especial apartado 6. del mismo.

¹⁴² Como señala SALINERO "La conexión material operada vía constitucional entre sistema social y bien jurídico como fórmula sintética concreta de lo que realmente se protege, lleva aparejada una doble valoración, a saber, la realizada por el constituyente que afirma la posibilidad de protección penal y la realizada por el legislador ordinario que eleva el bien jurídico a bien jurídico penal, en base como afirma MIR a su importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal, síntesis en definitiva de las tres condiciones que señalara M.E. MAYER: merecedor, necesitado y capaz de protección" Cfr.: SALINERO ALONSO, Carmen: *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997, p.169.

¹⁴³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho...*, *op. cit.*, p.124.

Ahora bien, refiriéndonos a ese ámbito constitucional, hay que tener presente que “es bien sabido, la expresión «bien jurídico» es totalmente ajena a la literalidad de nuestra Constitución. No obstante, ello no impide en modo alguno que el cumplimiento del principio de lesividad por parte del legislador penal haya sido considerado por diferentes autores como una regla de conformidad o discordancia con ella. En este sentido, merece destacarse la argumentación de Mir Puig, quien funda en el postulado social y democrático de Derecho recogido en el art. 1.1 del Código Fundamental la exigencia de que el Estado se abstenga de desplegar su *ius puniendi* si no es para proteger bienes jurídicos ante su lesión o puesta en peligro.”¹⁴⁴

El texto constitucional, establece límites con los que se pauta el desarrollo del sistema, a partir de una interpretación en su conjunto de la misma Norma Fundante. A mayor abundamiento, la Carta Magna de un país se forma como dice LA SALLE por “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”¹⁴⁵. Estos principios son el marco genérico que fundamenta una sociedad en un periodo concreto, sin los mismos, no puede existir orden ni fundamento de una sociedad, lo cual traducido al sistema penal, pone de relieve la importancia de la custodia punitiva de dichos principios, puesto que de lo contrario se atenta siempre contra la sociedad.

Ahora bien, para evitar que el Derecho únicamente represente los intereses que reivindican los grupos dominantes en la sociedad¹⁴⁶, el

¹⁴⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 173.

¹⁴⁵ LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, 3ª ed, México, 1996. p.45.

¹⁴⁶ “La Constitución tiene que tomar como punto de partida a los derechos individuales, por imperativo del Estado de derecho, para sobre esta base exigir a los poderes públicos una intervención sobre la sociedad que tenga como meta la búsqueda de la igualdad, lo que sería consustancial al Estado social y, finalmente, recoger aquellas reformas estructurales que posibiliten la participación de todos los integrantes de la comunidad y el respeto de las minorías lo que fundamentalmente se vincula al carácter democrático del Estado.” Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio:

Derecho penal protege a aquel mínimo de valores o intereses, coincidentes con los derechos humanos básicos. En un Estado social y democrático de derecho, uno de los ejes principales es el principio de igualdad, el bien jurídico, debe coincidir necesariamente con los derechos fundamentales del hombre, lo cual le marca un límite al legislador en la intervención de la vida social. Los derechos humanos son emanación de la idea de dignidad de la persona y, por consiguiente, es admisible tomarlos por valores aceptados unánimemente por el grupo social. Desde un punto de vista dinámico y funcional los derechos fundamentales, son los requisitos sin los cuales el ser humano no puede actualizar sus potencias, no puede desarrollarse en sociedad, le son necesarios tanto para su inserción como para su participación en sociedad¹⁴⁷.

De esta forma subsumir el concepto de bien jurídico a los principios de la Ley Fundamental importa formular el contenido del bien jurídico situando a los derechos humanos como baremo de limitación del derecho penal ¹⁴⁸. Además que el referente constitucional ejerce también una función crítica del concepto de bien jurídico, por que mediante sus disposiciones generales separa los objetos legítimamente tutelables de aquellos que no lo son y; una función dogmática por que al interior del Derecho penal, hace posible recabar los criterios generales para individualizar los objetos tutelables ¹⁴⁹. En este sentido, considero adecuado el «constitucionalismo estricto», pero siguiendo a FABIÁN CAPARRÓS “condicionado —eso sí— a la existencia de un Código Fundamental auténticamente democrático cuyos contenidos coincidan con la norma de actuación propia de un Estado que vive en un plebiscito diario y que encuentra su único sentido en este proceso de

“Presentación”, en PÉREZ PINZÓN, Álvaro O.: *Los Códigos penales iberoamericanos*, Universidad de Salamanca, Forum Pacis, Bogotá 1994, p.15.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp. 122 y ss.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo debate sobre el derecho y la democracia*, (trad. Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 2006, p. 67; FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000, p. 857.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: *Fraude informático y estafa...*, op. cit., p. 155.

renovación permanente”¹⁵⁰, es decir, condicionado a un Estado social y democrático de derecho.

B. SOBRE LA NEGACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

1.- Planteamiento del funcionalismo sistémico.

La corriente de pensamiento que en la doctrina penal se conoce como funcionalismo sistémico, tiene como exponente máximo a JAKOBS. Esta teoría se basa en la afirmación, de que el Derecho penal sirve para resolver una problemática del sistema social¹⁵¹, en tal virtud dice que es una teoría por la cual “el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”¹⁵². La dogmática tiene que mostrarse adecuada a la complejidad de la sociedad, y siempre habrá que tener presente el referente de la realidad social que fundamenta el derecho¹⁵³. Entender al Derecho como parte de un sistema social, tiene como consecuencia que los conflictos ocurridos en la rama penal, solo se resolverán acertadamente tomando en consideración los conocimientos derivados del sistema social y de la función de la norma jurídica¹⁵⁴.

¹⁵⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., p. 174.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

¹⁵² *Ibid*, p. 20.

¹⁵³ PRIETO NAVARRO, Evaristo: “Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt” en BACIGALUPO, Silvina / CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 51.

¹⁵⁴ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, palestra editores, Lima, 2000, pp. 22 y ss. Según el autor, los conflictos de naturaleza penal solo se podrán resolver mediante una perspectiva externa —norma y sistema social—, puesto que una perspectiva interna —los conceptos solamente penales—, no bastarán para resolver satisfactoriamente la problemática.

La sociedad se constituirá dentro de un Estado —como detentador de la potestad para la aplicación de la pena pública—, y solo subsistirá en la medida que se respeten las normas que la constituyen, las cuales, al poder ser disponibles subjetivamente, deben ser estabilizadas garantizando su vigencia a través de una sanción¹⁵⁵. En este sentido, para asegurar la vigencia de la norma resulta decisivo la asignación de un rol, solamente de los individuos que tengan capacidad jurídica, es de quienes existirá la expectativa normativa de que cumplan con sus roles —sin transgredirlos o sin asumir otros que no les correspondan—, ya que en caso de hacerlo, se tendrá que estabilizar el sistema mediante la reafirmación de la vigencia de la norma¹⁵⁶.

Para el funcionalismo sistémico, los aportes de la teoría del bien jurídico son mínimos ya que el Derecho penal se desarrolla bajo la teoría de la validez de la norma. La cual no deja de lado el concepto de dañosidad social de la conducta lesiva; la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastantes fiables sobre el Derecho penal¹⁵⁷.

En esta teoría no se reconoce que la misión del Derecho penal sea protección de bienes jurídicos por tanto, no plantea su legitimación material desde el bien jurídico¹⁵⁸, sino siempre desde la vigencia

¹⁵⁵ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal...*, *op. cit.*, p.25

¹⁵⁶ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal...*, *op. cit.*, p.38.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación...*, *op. cit.*, p. 48. "La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión [...] desde que punto de vista ha de establecerse que bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan [...] la respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva".

¹⁵⁸ La crítica de Jakobs estriba en que no queda claro lo que es un bien jurídico. Parafraseando a Welzel admite "El bien jurídico se ha convertido en un auténtico

efectiva de la norma. Así por ejemplo, lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte, ésta es simplemente lesión de un bien, sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarreará consecuencias en lugar de la alternativa inocua. "La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma [...] el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos"¹⁵⁹.

Dentro de las críticas que ésta teoría hace a la idea del bien jurídico, es la referente a la tentativa como anticipación de la punibilidad, ya que según JAKOBS, hay una tendencia a la subjetivación de los hechos, que se ve nutrida tanto por una tendencia a la anticipación, así como por razones preventivo-policiales y sobre todo por la teoría del bien jurídico. Con esto se concluye que, al considerar como legítimamente punible todo ataque peligroso a un bien jurídico, se cae fuera de la esfera jurídica del autor, ya que solo se atiende a la fuente de peligro para el bien jurídico, con lo cual no habría límites,

proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto" Cfr.: JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación...*, op. cit., pp. 47-48.

¹⁵⁹ Crítica a la doctrina que el Derecho penal protege bienes, y que éstos serían preexistentes al Derecho. El autor sostiene, que la gran mayoría de las ocasiones hay bienes jurídicos que no le interesan al Derecho Penal, y ejemplifica su postura con el hecho de la muerte natural, diciendo que la muerte natural es la pérdida de un bien, pero la muerte provocada por el asesino es una lesión de un bien jurídico, por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques. Vid.: JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación...*, op. cit., p. 46.

se podrían penar también los pensamientos peligrosos o las fuentes de estos¹⁶⁰.

Con tal concepción, la acción y la culpabilidad se encuentran estrechamente ligados, para JAKOBS, exclusivamente el responsable, es decir el culpable, es quien puede vulnerar la norma; y ante a esta vulneración normativa es donde se cristaliza la finalidad de la pena, ya que dicha vulneración a la norma, no es otra cosa que la lesión a la vigencia de la norma¹⁶¹.

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma¹⁶². El autor del delito afirma con su comportamiento la defraudación de la norma, y mediante la pena se hace una declaración en contra de dicha afirmación¹⁶³. Ante un quebrantamiento de la norma, el Derecho penal va a garantizar que esa acción con contenido defectuoso, va a ser contradicha con una pena¹⁶⁴.

2.- Crítica al funcionalismo sistémico.

No estoy de acuerdo con ésta teoría que niega al bien jurídico, por que como afirma BUSTOS RAMÍREZ, el hombre en el funcionalismo

¹⁶⁰ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal...*, op. cit., pp.210 y ss. EL autor considera que esto no ocurriría en el funcionalismo sistémico, ya que se partiría de una consideración de autor, como ciudadano, y así éste no sería considerado como peligroso, se le reconocería un status mínimo, de manera funcional, con base en la sociedad y según el ámbito que se trate, es decir, con base en un ámbito externo.

¹⁶¹ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal...*, op. cit., p.105.

¹⁶² JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación...*, op. cit., p. 15.

¹⁶³ JAKOBS, Günther: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 75.

¹⁶⁴ JAKOBS, Günter: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal...*, op. cit., pp. 154 y ss.

es considerado como un subsistema del sistema social, esto es, el ser humano estaría sometido a los roles que le son asignados por la sociedad¹⁶⁵, esto tiene como consecuencia el determinismo, basado en la simplificación del actuar humano al papel asignado en el guión social, el hombre como ser social no es un actor en función de un rol, sino que es protagonista de su propia vida con libertad, dignidad, derechos y obligaciones susceptibles de ser ejercidos¹⁶⁶.

La doctrina funcionalista sistémica, considera que el Derecho penal antes que bienes jurídicos se debe garantizar la vigencia de las normas, pues las mismas, se basan en la seguridad de que las personas actuarán conforme a su rol social. De esta forma el que comete un acto prohibido por la norma, abandona su rol, niega la vigencia normativa y en consecuencia, el Derecho penal mediante la pena, deberá garantizar la vigencia de la norma. “Esta teoría conduce en última instancia a una serie de argumentaciones circulares que encubren un decisionismo muy marcado, cuando no constituye “un callejón sin salida en la dogmática jurídico-penal” que, a ratos, da la impresión de situarla en un punto de no retorno, al ahogarla en un insondable mar de conceptos “renormativizados” que terminan dejando el discurso en el vacío; el tornado normativista, pues, si no se le pone coto, amenaza con llevarse todo el centenario edificio dogmático y arrojárselo en su propio torbellino de tormentas.”¹⁶⁷

Como sostiene VELÁSQUEZ, cuando se desvincula completamente la pena, de la protección de bienes jurídicos, dado que el delito no se define como lesión de estos, se cae en un sutil y pernicioso neorretribucionismo que antepone la preservación del sistema a los valores, derechos y garantías del individuo¹⁶⁸. Otra crítica, resulta de

¹⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 69.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.69.

¹⁶⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana...”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana” en *Iustel RGDP*, n° 3 mayo 2005, p. 8. En este sentido, el autor afirma que al individuo se le castiga no por el acto cometido “sino por ser visto

considerar que el funcionalismo “sólo tiene en cuenta los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función penal reporta para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional, pero omite considerar las consecuencias del sistema penal que pueden compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos.”¹⁶⁹

Con la idea de vigencia de la norma, el objeto de la tutela penal se desplaza de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del Derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el Derecho penal protege funciones¹⁷⁰. En este sentido, la posición de Jakobs es de una rigurosa visión normativista y antinaturalista, en los conceptos de la dogmática penal dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterio para una delimitación de la extensión de la respuesta penal, ya que se lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del *iuspositivismo*¹⁷¹.

Al considerar que el Derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. El Derecho Penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el desvalor de los actos, esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al Derecho¹⁷².

Otra crítica al funcionalismo sistémico es la que se refiere a su excesivo formalismo normativista, así como a su posición acrítica

como el sistema lo ve, puesto que en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es.”

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷⁰ BARATTA, Alessandro: “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” en *CPC*, nº 24, Madrid, 1984, p. 533 y ss.

¹⁷¹ *Ibid.*, p.240.

¹⁷² BARATTA, Alessandro: “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica...”, *op. cit.*, p. 242.

frente al Estado y a las sociedad; ya que de acuerdo con Jakobs, el jurista ante un sistema social dado, no debe cuestionarse la legitimidad o si el modelo es justo o injusto; así resulta que el modelo puede ser coherente y sistemático pero carece de consistencia en la realidad, ya que es un modelo cerrado al que el derecho únicamente sirve para garantizar su vigencia, independientemente de su contenido¹⁷³.

Se critica también esta teoría, ya que confunde el derecho y la moral, ya que se posibilita la intervención del Derecho penal en la conciencia moral de los ciudadanos, lo cual es intolerable dentro de un Estado social y democrático de derecho; máxime que dentro del concepto de prevención general positiva, para determinar el concepto de culpabilidad, se acude a la idea del “ejercicio en la finalidad del derecho”, idea tomada de las construcciones del Derecho penal de la época del Nacionalsocialismo¹⁷⁴.

Así mismo, siguiendo con las críticas que hace VELÁSQUEZ, está la referente a que “la intervención penal para la “garantización de las expectativas”, “es un concepto que se maneja olvidando la especificidad propia del Derecho Penal en cuanto instancia de control formal que está condicionado por múltiples límites y garantías” y que, con ello, “tienden a eliminarse las barreras formales entre el Derecho Penal y otros medios de control social menos traumáticos y estigmatizadores”, por lo cual el Derecho Penal “queda vacío de contenido y de funciones intrínsecas y específicas”. Por eso, se ha afirmado, esta construcción termina abogando por un *ius puniendi* limitado no sujeto a ningún control formal o material, lo

¹⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Nuevo sistema...*, op. cit., p. 70.

¹⁷⁴ “Desde luego, esta idea de culpabilidad —pese a las críticas que hace a las posturas psicologistas y ontológicas— no logra situarse en el plano estrictamente normativo y termina, paradójicamente, cayendo en lo que tanto cuestión: en el psicologismo [...]”. Cfr.: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana...”, op. cit., p. 12.

cual es coherente con una política criminal no legitimada democráticamente.”¹⁷⁵

Por último, se critica al funcionalismo sistémico diciendo que “La única diferencia ente la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la “razón de Estado”, que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal)”¹⁷⁶

III. BIEN JURÍDICO, TOMA DE POSTURA.

A. LA CRISIS DEL DERECHO, ENTRE LA HIPERTROFIA LEGISLATIVA Y EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.

Como señala BERDUGO “hoy vivimos en un tiempo de encrucijada donde la tensión eficacia-garantía consustancial al ordenamiento punitivo, se ha resuelto ocn excesiva frecuencia a favor del endurecimiento y de la expansión punitiva. Sin embargo, la realidad machaconamente nos demuestra que penas más graves, que más Derecho penal, no es necesariamente igual a menos delito, a una mayor eficacia.”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana...” *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana...”, *op. cit.*, p. 14. El autor para hacer esta crítica cita a Muñoz Conde.

¹⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: “Prólogo”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / SANZ MULAS, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, p. IX.

Siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ¹⁷⁸, las conductas que por su gravedad han sido consideradas como delitos, son propias de una Sociedad, por eso se debe entender que la criminalidad es un producto social, mismo que es determinado por factores de tiempo y lugar, es decir se encuentra limitado por el marco histórico-social concreto, en tal virtud éste fenómeno depende de que por un lado el grupo social considere como dañina una conducta; y por otro, y toda vez que nos encontramos inmersos en un sistema legalista, que dicha conducta se prohíba en una ley¹⁷⁹; ahora bien, éste segundo factor, la normativización, es lo que en la actualidad ha generado una diversa problemática que ha abierto el debate que ha llegado incluso a cuestionar la legitimidad del Derecho penal.

El abuso que los diferentes Estados hacen de su CP para reprimir hechos inofensivos que por medio de las muy recurrentes reformas legales se criminalizan, se vuelve preocupante ya que el Derecho penal ha sobrepasado sus límites, lo que provoca una serie de consecuencias adversas¹⁸⁰, la criminalización de hechos de escaso valor por parte del legislador es una práctica recurrente que se ha convertido en la estrategia para tratar de dar respuesta a las problemáticas concretas de una realidad social¹⁸¹; con medidas

¹⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001, p. 251.

¹⁷⁹ Esta "inflación legislativa" es el resultado de una evolución, ya que la creación de los sistemas normativos tiene su génesis en el siglo XVIII como fundamento de estabilidad de la sociedad capitalista, que actuaba por la necesidad de protección de los intereses de la burguesía triunfante. *Vid.*: FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, *op. cit.*, p132.

¹⁸⁰ Citando a Carl Ludwing Von Bar: "Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad -pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidos—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*" Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2006, p. 1.

¹⁸¹ Debemos recordar que el Derecho penal se ve siempre condicionado por la realidad social la cual crea la coyuntura que lo informa, SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*, *op. cit.*, p. 16.

elaboradas en ausencia de una política criminal adecuada, se han creado una infinidad de delitos, mismos que se encuentran en leyes especiales o en el ordenamiento penal sustantivo. Así el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, se está convirtiendo en *única ratio*, puesto que ante la gran cantidad de normas creadas *ex profeso* para tutelar casos de excepción, se ha dejado de lado materias que debieran corresponder a otras ramas del Derecho, como lo son la civil o la administrativa.

Ante éste panorama de exceso en el normativismo sancionador, nos encontramos ante una verdadera hipertrofia del Derecho penal¹⁸² sobre todo en áreas económicas¹⁸³; ante una expansión que intensifica los mecanismos represivos y anticipa el castigo al resultado mediante la prevención de peligros, y aunque entendemos que esto es necesario en muchos casos¹⁸⁴, se ha caído en un abuso del Derecho, lo que ha generado sentimientos de indefensión por parte de la ciudadanía, así como la deslegitimación de las instituciones¹⁸⁵, debido a una legislación simbólica con posibilidades

¹⁸² FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp. 132 y 133.

¹⁸³ FOFFANI, Luigi: "Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia itliana", en AA. VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos, BOE, Madrid, 1995, pp. 501 y 502

¹⁸⁴ Sobre todo en lo referente a los delitos de peligro abstracto y a las nuevas criminalidades como la económica que en su actuar vulneran diversos bienes jurídicos de nueva creación así como muchos otros considerados como bienes de naturaleza colectiva; las nuevas formas de delincuencia —ya por la importancia de los bienes que agreden, ya por la complejidad de su actuación— han creado la exigencia de anticipación a los resultados lesivos, así como la incriminación de nuevas conductas lo cual corre el riesgo de deslegitimar al Derecho punitivo si no existe como referente de dichas conductas prohibitivas, el bien jurídico. En éste sentido como afirma PÉREZ ÁLVAREZ el Derecho como un medio de protección del sistema social se encuentra en estrecha relación con la función del bien jurídico; lo cual resulta por que los diversos bienes jurídicos son el producto de las diferentes relaciones interpersonales que determinan el propio sistema social, por lo tanto la significación de bien jurídico debe estudiarse en relación con el orden social. Cfr.: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor...*, op. cit., p. 26.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio R.: *En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 42; FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., p13.

poco reales de aplicación; esto como advierte GARCÍA-PABLOS, lesiona los principios y garantías que debiera proteger el Derecho penal, lo cual tiene como consecuencia, la eventual creación de un ordenamiento punitivo autoritario con fundamento y para beneficio de los intereses del grupo político detentador del poder y el consecuente detrimento de los derechos del ciudadano que a fin de cuentas es fundamento del Estado¹⁸⁶.

Ante esta hipertrofia del Derecho penal, y si lo que se pretende es legitimar al Derecho y evitar los riesgos que corre el Estado, según decíamos en el párrafo anterior, se vuelve necesaria una desincriminación de conductas típicas, lo cual tampoco puede hacerse arbitrariamente¹⁸⁷, sino que debe partir de las siguientes interrogantes: ¿en verdad estamos ante nuevos tipos penales?, si la realidad social ha cambiado tanto y en consecuencia ¿es preciso para su conservación la incriminación de nuevas conductas?, o si por el contrario ¿estamos propiamente ante una manifestación del Derecho penal simbólico?¹⁸⁸.

Diversas causas que consideramos legítimas para la tipificación de nuevas conductas, ya que la realidad social es cambiante y por lo mismo los bienes jurídicos susceptibles de protección; dentro de éstas causas que han influido a la expansión del Derecho penal, se en

¹⁸⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho penal: Introducción...*, op. cit., pp. 189 y ss.

¹⁸⁷ Error en el que incurre la llamada escuela de Frankfurt la cual sin fundamentación racional alguna sostiene la limitación del Derecho penal a un minimalismo extremo, el que debería proteger la vida, la salud la libertad y la propiedad. Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, op. cit., p. 4.

¹⁸⁸ Entendiendo como Simbólico el Derecho penal en el cual “sus funciones latentes predominan sobre las manifiestas”, es decir, aquel derecho “del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella.” Entendiendo por funciones manifiestas las condiciones objetivas de realización de la norma, lo cual se traduce en la protección de bienes jurídicos; mientras que por funciones latentes, cualquier finalidad de la norma desde un paliativo al reclamo social hasta la demostración del poder estatal. Cfr.: HASSEMER, Winfried: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...” op. cit., p. 24.

encuentran: a) los llamados «nuevos intereses», ya que ante la aparición de nuevos bienes jurídicos por: la creación de nuevas realidades; por el deterioro de realidades antes consideradas como abundantes y que hoy se consideran como escasos; y por último hay que contemplar el incremento del valor que experimentan determinados objetos que existieron pero por un cambio en la cultura y sociedad ahora se consideran como superiores¹⁸⁹; y b) la aparición efectiva de nuevos riesgos¹⁹⁰.

Vemos pues que el principio de intervención mínima requiere de un estudio renovador a profundidad, puesto que en la actualidad el ordenamiento jurídico penal padece de un cuestionamiento implícito, que deriva de la potenciación de los efectos simbólicos del Derecho penal¹⁹¹ así como de la expansión legislativa. Solo dará frutos un replanteamiento del principio de necesidad, si nos basamos en una política criminal democrática, o sea, al servicio de la persona y cimentada sobre las ideas de dignidad, igualdad y de justicia, ya que los fundamentos dogmáticos deben residir no en mitos sino en categorías susceptibles de crítica científica; actuar sin ésta base creará la imposibilidad de limitar la arbitrariedad en la criminalización¹⁹².

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, op. cit., pp. 11 y 12.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 13 y ss.

¹⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "Bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista" en *JplD*, nº 30, 1997, p.12. Es de sumo interés ésta parte donde el autor hace una crítica a la aplicación de los principios estructurales del Derecho penal en una aplicación garantista; por metodología y en lo que importa a nuestra investigación solo nos referimos al principio de intervención mínima y el Derecho penal simbólico.

¹⁹² *Ibid.*, p. 71.

B. EL DERECHO PENAL CON BASE EN EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

El concepto de bien jurídico es trascendental y anterior al Derecho, implica consecuencias de gran importancia, bajo esta premisa, el bien jurídico es el punto de partida y la idea rectora que permite el establecimiento de los distintos tipos penales; su ausencia tiene como consecuencia la carencia de la norma respecto del contenido material y, por ende, de toda legitimidad, razones por las cuales toda tipificación resulta imposible o arbitraria si no se cimienta en el bien jurídico¹⁹³. En tal sentido, siempre que la dogmática penal analiza la cuestión del principio de necesidad, incluye en su estudio, la legitimación general del Derecho penal¹⁹⁴.

Ante la crisis del derecho penal de la modernidad, se vuelve necesario el replanteamiento de los principios ilustrados que constituían el derecho penal liberal, nos referimos entonces a la necesidad de una depuración del sistema punitivo que se centre en exclusiva en las conductas que realmente afecten al hombre en el desarrollo de sus potencialidades. Como afirman BUSTOS y HORMAZÁBAL debemos de partir de una política criminal al servicio de la persona, en ese sentido, construida con los principios de dignidad y de justicia, con una fundamentación sujeta a crítica científica¹⁹⁵.

La depuración penal de la que hablamos no puede ser arbitraria, ni puede estar sujeta a criterios subjetivos, so pena del abuso del derecho en beneficio de las clases detentadoras del poder; evitar esto supone entonces tener un referente en el tipificación de las

¹⁹³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p.165.

¹⁹⁴ LAGODNY, Otto: "El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007,

¹⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Nuevo sistema...*, op. cit., p. 71.

conductas que sean especialmente lesivas al ser humano y a la sociedad. Es precisamente por esto, por lo que la idea de bien jurídico como eje material; como contenido del derecho; como criterio de control y legitimidad del Derecho penal, no puede ser sustituido. Es cierto que el mundo y las sociedades actuales se encuentran condicionadas por una serie de avances tecnológicos y científicos que hacen muy diferente la realidad a la que se vivía en épocas de la Ilustración, sin embargo como afirma BERDUGO “los cambios [...] no deben implicar la renuncia a los principios sobre los que hemos construido nuestros Ordenamientos, que no son otros que el hombre y sus derechos, entendidos como una realidad dinámica con un contenido expansivo, guiado por el pensamiento, tal vez utópico, de lograr una libertad e igualdad real desde el pluralismo, cultural, ético y político.”¹⁹⁶

Así pues, limitado el problema, se debe buscar la solución adecuada, que será siempre referida a un principio que de las bases que sirvan de fundamento para depurar de los códigos, las conductas penales que no sean de gran dañosidad, buscando llegar a un derecho penal mínimo, pero eficaz ante una sociedad de riesgo y la consecuente criminalidad que esta produce.

En éste sentido, el derecho penal no debe tutelar las innumerables abstracciones catalogadas como delitos sino que debe proteger exclusivamente la vulneración de bienes jurídicos. Esto no significa, una drástica reducción de los delitos, exclusivamente a los ataques contra la vida y la integridad física, como podría pensarse a partir de una comprensión literal del planteamiento liberal. Pero, cuanto menos, ese criterio nos suministra una pauta de reducción cualitativa, en el sentido que vengo aquí defendiendo. No hay bienes jurídicos auténticos, si no pueden relacionarse con los derechos fundamentales¹⁹⁷ del hombre, mismos que sólo pueden ser objeto

¹⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: “Prólogo”, en BALMACEDA HOYOS, Gustavo (coord.): *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007, p. 15.

¹⁹⁷ Distinguiendo entre derechos fundamentales y derechos humanos; ya que los primeros se refieren, a todos aquellos derecho que de forma positiva se contemplan dentro del ordenamiento interno de cada país; mientras que los segundos hacen referencia a todo derecho contenido en declaraciones y convenciones

de protección penal, en tanto aparezcan relacionadas con la persona humana. En esta área no se protege el Estado como ente por sí mismo, sino en cuanto a su posibilidad de satisfacer los derechos de los ciudadanos a la prestación estatal.¹⁹⁸

Otra cuestión a considerar se refiere a la descalificación de esa pretensión de retorno al derecho penal liberal, que —a mi modo de ver—, tampoco invalida el planteamiento garantista en pos de un derecho penal mínimo. Por lo pronto, nadie duda de que el derecho penal liberal, como emanación del pensamiento ilustrado, inaugura la era del derecho penal moderno. Si hablamos del catálogo de bienes jurídicos, es obvio que ya no podrá retrocederse a la época del surgimiento del derecho penal liberal, y nadie sensatamente podría así pretenderlo, por la propia evolución y complejidad de la vida social contemporánea, incluso, por la aparición de un núcleo de derechos humanos de última generación, que transforman radicalmente el contexto.

Considero que a la política criminal debe actuar ante el cuadro de un derecho penal expansivo y viciado en su legitimación, ante tal realidad que afecta la legitimidad del Derecho penal, se debe realizar un replanteamiento del *principio de lesividad*, por lo que se llega a la interrogante de ¿cuándo se debe considerar como necesaria la intervención del Derecho penal? Como afirma MIR PUIG la respuesta se encuentra en el concepto de bien jurídico, por la función limitadora del mismo al sistema, sin embargo continúa diciendo que no todo bien jurídico debe ser protegido por el Derecho penal sino que se precisa que el mismo sea un *bien jurídico-penal*¹⁹⁹; para explicar su postura, habla de la importancia del concepto dogmático de bien jurídico, pero centra su atención en el concepto político

internacionales, así como toda regla básica relacionada con la dignidad, igualdad, libertad y demás principios, pero con la nota característica que dichas instrumentos internacionales no han alcanzado el rango de positivo en el ordenamiento interno. PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 44.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito...*, op. cit., pp. 138 y 139.

¹⁹⁹ MIR PUIG, Santiago: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*", en *EPC*, Universidad de Santiago de Compostela, nº XIV, año 1991, p. 205.

criminal, ya que como afirma en un Estado Social y Democrático de Derecho, se vuelve imprescindible dicho concepto; así considera que para que política-criminalmente hablando se pueda considerar a un bien jurídico como penal, debe de satisfacer dos condiciones: por un lado la “suficiente importancia social” y por otro la “necesidad de protección por el Derecho penal”²⁰⁰.

Por lo que se refiere a la importancia social, de ese bien del cual se busca la tutela de carácter jurídico-penal, se requiere que esté en relación con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, por lo tanto, importa una autonomía de la valoración jurídico-penal de dichos bienes siempre basada, la referida valoración, en que deben ser considerados como fundamentales para la vida social²⁰¹.

Se reconoce que la problemática surge cuando hay que considerar un interés como fundamental para la vida social, ya que dicha categoría siempre caería en el vicio de subjetividad que implica la cuestión valorativa, por lo mismo MIR PUIG da los siguientes lineamientos de política criminal para la valoración racional de su postulado: a) el reconocimiento constitucional del bien²⁰²; b) la comparación con los bienes jurídicos-penales que integran el núcleo

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 207 y ss.

²⁰¹ *Ibid.*, p.209.

²⁰² El autor reconoce que el criterio de reconocimiento constitucional es un elemento útil y de suma importancia al momento de determinar si un bien jurídico es susceptible de protección penal; sin embargo, afirma que no se trata de la *varita mágica* con la que algunos pretenden zanjar la discusión, puesto que a su entender se debe de tener presente que: 1.- La función de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino determinar sus derechos fundamentales y establecer los límites en las atribuciones de los poderes públicos; 2.- La existencia del conflicto que hay, ya que por un lado se exige respetar los derechos fundamentales, pero también se exige sancionar penalmente su vulneración, lo cual crea un conflicto de intereses no resuelto por la Ley Suprema; y 3.- El grado de vulneración requerido para la tutela de un determinado bien, puesto que por proporcionalidad no todo ataque debe ser sancionado penalmente. Cfr.: MIR PUIG, Santiago: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi...*”, *op. cit.*, p.210.

del Derecho penal²⁰³; y c) la importancia del concreto grado de afectación del bien jurídico²⁰⁴

Ahora bien por lo que hace a la necesidad de protección penal, no es suficiente que el bien jurídico posea importancia social para que sea susceptible de protección penal, sino que es indispensable que su protección no sea efectiva con otros medios de defensa menos lesivos —administrativos o civiles—; debiendo tener claro la medida del alcance requerido para lesionar o poner en peligro un bien jurídico.

Así el bien jurídico-penal como expresión del objeto de tutela legal, es la base de interpretación del sistema jurídico penal en la parte especial, el mismo no es decidido por el Derecho positivo, sino que, es anterior a él y se erige como un límite al legislador, que le impone la necesidad de únicamente elevar a rango penal aquel interés necesario de protección; así mismo, este límite debe buscarse en el terreno de la realidad social buscando que dichas condiciones sean concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos sociales²⁰⁵.

Con todo, como sostiene ROXIN, para las próximas décadas es muy grande la posibilidad de que lejos de consumarse la

²⁰³ Bajo el postulado de que en un análisis de los bienes jurídicos que se han protegido y que únicamente permanecen aquellos que afectan en mayor medida y directamente a los individuos; y en un contexto en el que se de bate la tutela de nuevos intereses colectivos, se plantea la cuestión de que si el conjunto social merece tanta o mayor protección que los individuos. Cfr.: MIR PUIG, Santiago: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi...*", *op. cit.*, pp.211 y ss.

²⁰⁴ Para una teoría del bien jurídico-penal, resulta de suma importancia el grado de concreción que delimite los objetos de protección, ya que la procedencia de la intervención penal depende de la determinación del bien afectado. Puede observarse en diversos bienes jurídicos que son graduables como la propiedad o la salud, que aunque se vulnere el mismo bien, no en todos los casos se requiere la protección penal, para salvaguardarlo. Cfr.: MIR PUIG, Santiago: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi...*", *op. cit.*, p.211.

²⁰⁵ En lo referente al bien jurídico como objeto jurídico del delito, *Vid.*: MIR PUIG, Santiago: "Objeto del delito" en *NEJ*, Francisco Seix, Barcelona, tomo XVII 1982, p. 770.

desincriminación abolicionista, se creará más Derecho penal²⁰⁶ ya que la sociedad actual se caracteriza por un proceso de incriminación, que si no se realizada bajo el eje rector del bien jurídico-penal, crea una crisis en las instituciones del Derecho penal.²⁰⁷

²⁰⁶ ROXIN, Claus: *Dogmática penal y política criminal* (trad. Manuel Abanto Vázquez), Idemsa, Lima 1998, pp. 444 y ss.

²⁰⁷ HASSEMER, Winfried: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico...", *op. cit.*, pp. 275 y ss.; DEL MISMO AUTOR: *Fundamentos del Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 36 y ss.

SEGUNDA PARTE

BIEN JURÍDICO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

IV. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

El Derecho económico como especie del orden jurídico, es producto de la preocupación que suscitó entre las dos Guerras Mundiales, el incremento de la actividad legislativa y reglamentaria en el campo económico, producto de la intervención Estatal en áreas que hasta antes habían sido desarrolladas entre particulares²⁰⁸. Sin embargo como señala MUÑOZ CONDE citando a Sutherland, la delincuencia económica se estudia desde que en los años treinta, se conceptuó como *white collar criminality*, describiendo la forma de actuar de quienes en uso de su cargo, relaciones, poder y demás ventajas dentro de grupos económicos, se valían de ellas para delinquir²⁰⁹.

Actualmente para la política-criminal, la delincuencia económica constituye un fenómeno complejo que no puede limitarse a aspectos exclusivos del derecho penal; las sociedades actuales han producido un aumento en la criminalidad tradicional que vulnera bienes jurídicos como la propiedad y el patrimonio, los cuales como se analizará, no en todo caso constituyen parte del Derecho penal económico, por otro lado, es innegable la multiplicación de las formas de delincuencia ya que desde un punto de vista criminológico, la expansión económica y en general la transformación de las estructuras socioeconómicas han aumentado la ocasión de delinquir²¹⁰. En un mundo globalizado²¹¹ y en la

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: "Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, AA.VV., BOE, Madrid, 1995, p. 265, nota 1.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 266.

²¹⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos: "Introducción al Derecho penal económico" en BACIGALUPO, Enrique (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2005, p. 19.

medida que la expansión del Derecho penal puede afectar a sus principios clásicos, tratando de adaptarse a las exigencias político, sociales y culturales de nuestra época, como es el caso de la discusión existente sobre el principio de necesidad —analizada en el capítulo precedente—; Con el marco señalado, corresponde al Derecho penal, definir los nuevos objetos de criminalidad y en consecuencia los nuevos bienes jurídicos penales²¹², para lo cual se debe desarrollar una dogmática que comprenda tanto los aspectos económicos en un sistema de libre mercado, como la intervención estatal en la vida económica, nos referimos tanto a los modelos económicos del libre mercado como a los modelos económicos dirigidos, y el llamado modelo mixto donde intervienen ambos esquemas en las relaciones económicas.

Es complejo determinar que delitos corresponden al estudio del Derecho penal económico sin un listado de los mismos, en éste sentido, la doctrina parte de la criminalidad de empresa, la cual es la célula estructural que permite el desarrollo económico ²¹³, planteamiento que se vuelve complejo cuando se toma en cuenta al individuo, sea como empresario por cuenta propia o sea como empresario dentro de una estructura societaria, con los consecuentes problemas derivados de esto²¹⁴; desde un punto de

²¹¹ “En la economía globalizada del nuevo milenio, la “*corporate criminality*” está viviendo un momento de especial actualidad: además, las extraordinarias oportunidades de la “*new economy*” han abierto nuevas posibilidades operativas a la criminalidad de guante blanco, acompañadas de márgenes de ganancias de una entidad y rapidez desconocidas en la economía tradicional.” Cfr.: FOFFANI, Luigi: “Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina M. (coords.): Poder y delito: escándalos financieros y políticos, Ratio Legis, Salamanca, 2012, p. 11.

²¹² *Ibid.*, pp. 22 y 23.

²¹³ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito*. (trad. Amelia Mantilla Villegas), Ariel, Barcelona, 1985, pp. 253 y 263

²¹⁴ A modo de ejemplo, mencionamos el discutido principio —superado en algunas legislaciones— de *societas delinquere non potest*, o como los temas referentes al elemento subjetivo en el tipo penal, es decir, el dolo y la culpa al momento de individualizar conductas cometidas por los integrantes de las empresas, por no

vista criminológico se alude, por un lado, al aumento de ocasiones para delinquir en una sociedad moderna, de tal modo que ciertas transformaciones sociales de la economía crearían un mayor número de oportunidades, por otra parte es indiscutible que el cambio de estructuras socioeconómicas implica que la delincuencia económica ha de desenvolverse a través de esas estructuras y que, en ocasiones, las mismas motivan nuevas formas de delincuencia. En este sentido no podemos ignorar los factores de la llamada “sociedad de riesgo”²¹⁵ y limitar el Derecho penal sin ésta nueva especialidad económica.²¹⁶

Este «aparente caos» no es óbice para sostener el principio de necesidad, considero que el criterio de selección adecuado, al momento de determinar cuales son los delitos que forman parte de esta criminalidad económica nos lo facilita el bien jurídico, ya que si nos basamos en un modelo de economía mixta, el cual establece dos columnas sobre las que se construye el sistema, el libre mercado y la función social del Estado, y dichos pilares son consagrados como principios constitucionales, la normativas que se derivan de estos

decir lo referente a los temas de autoría y participación en la llamada teoría del “levantamiento del velo”; temas todos éstos, que por metodología no trataremos en la presente investigación, ya que exceden al objeto de nuestro estudio.

²¹⁵ También llamada como sociología del riesgo, que consiste en la evolución de las sociedades postindustriales y en el correspondiente cambio de paradigma, ya que se pierden en la modernidad los componentes centrales de la sociedad tradicional, obligando a la reformulación, replanteo y creación de nuevas estrategias de control social. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, *passim*, donde el autor describe una serie de factores y cambios en los esquemas tradicionales sociales, los cuales no estaban siendo contemplados por las ciencias sociales en general y los mismos afectarían a las futuras generaciones; DEL MISMO AUTOR: *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002, *passim*; DEL MISMO AUTOR: “Teoría de la sociedad del riesgo” en BERIAIN RAZQUIN, Josetxo (coord.): *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, España, 1996, pp. 201 – 222; DEL MISMO AUTOR: “De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica” en *Rev. de Oc.*, nº 150, 1993, pp. 19 – 140; LUHMANN, Niklas: “El concepto de riesgo” en BERIAIN RAZQUIN, Josetxo (coord.): *Las consecuencias perversas...*, *op. cit.*, pp. 123 - 154

²¹⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos: “Introducción al Derecho penal económico...”, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

dos aspectos formara parte del ámbito de protección del Derecho penal económico. Se puede afirmar que si la *ratio legis* de un determinado tipo penal no es la protección de bienes jurídicos, que se vean afectados, por conductas implicadas específicamente con el modelo económico (libre mercado o función social del Estado), dichas conductas no formará parte del Derecho penal económico.

Ahora bien, por su función los bienes jurídicos correspondientes a los modelos económicos de cada Estado, no únicamente se encuentran ahí, estáticos, ni han sido elaborados para su contemplación como piezas de museo, sino que deben satisfacer necesidades concretas²¹⁷, en tal sentido, deben ser aptos para solucionar los problemas del momento histórico en el que pretenden actuar y siempre según el modelo económico que rija en cada Estado. Así, el marco normativo que fundamenta dicho orden, tiene por principio de supremacía constitucional su origen en la parte que se ha denominado Constitución económica, la cual marca las pautas a seguir dentro de un país, por lo que se refiere al orden socioeconómico, y de la misma es de donde debemos derivar los bienes jurídico penales con contenido económico. Así, aunque algunas corrientes doctrinarias discuten sobre la legitimidad de la existencia y actuación de un Derecho penal económico²¹⁸, los cierto que el mismo ya no es una cuestión de *lege ferenda* por el contrario, se trata de una realidad jurídica vigente.²¹⁹

²¹⁷ GARCÍA MARTÍN, Luis: *Fundamentos de dogmática penal, una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atalier, Barcelona, 2006, p.219

²¹⁸ Tal es el caso de la llamada escuela de Frankfurt, que abogando por un Derecho penal mínimo, sostiene la desincriminación de toda conducta que no proteja intereses fundamentales del ser humano como lo son la vida, la libertad y la propiedad, consecuentemente, sostienen la falta de legitimidad del Derecho penal económico.

²¹⁹ Refiriéndose al caso español, en concreto al Título XIII del Cp. es., GARCÍA MARTÍN, Luis: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 35; Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico mexicano.

Con los anteriores datos estamos en posibilidad de decir que por Derecho penal económico, se entiende el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico constitucional²²⁰; para desentrañar el sentido y alcance de la anterior definición debemos de centrarnos en el objeto de protección, es decir, en el orden económico, el cual debido al equilibrio que se intenta mantener en la defensa de valores patrimoniales individuales y otros de carácter público, o entre la Economía de mercado libre y la Economía dirigida, permite concebir el orden económico desde una doble perspectiva dando lugar a dos concepciones de Derecho penal económico: una estricta y otra amplia. De no hacerse dicha distinción se puede caer en conceptos tan vagos e inútiles como el considerar el objeto de protección la economía²²¹.

A. CONCEPCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.

El Derecho penal económico en su acepción estricta es "*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendiendo como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía*"²²² Así, en esta rama del Derecho penal económico, lo que se va a estudiar son las facultades de los diferentes órganos de gobierno que forman el Estado, siempre que dichas facultades actúen o incidan en la economía.

²²⁰ MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 130. Adopto la referida definición, por imperativo del principio de Supremacía Constitucional, ya que acota el objeto de estudio al contenido de la Ley Fundamental.

²²¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: "Concepto y contenido del Derecho penal económico", en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir Puig, Santiago (coord.), Livrosca, Caracas, 2002, pp. 3 y 4.

²²² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, CEURA, Madrid, 2001, p. 13.

Que el Derecho tenga que especializarse en tal sentido, corresponde a la realidad actual, ya que si a principios del siglo XIX, la doctrina dominante en occidente sostenía una concepción liberal de la economía con su *laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*, ahora, se habla de la economía social de mercado; el intervencionismo es el resultado de la concepción social en un Estado de Derecho y del cambio de paradigma económico que va de la economía individual a la economía dirigida²²³. Actualmente se le exige al Estado más que una garantía de seguridad en las transacciones, la realidad demuestra la necesidad en la defensa de los bienes de la comunidad, así como el mantenimiento de equilibrios que son afectados por presiones económicas, de tal manera que las zonas antes abandonadas a la iniciativa privada hoy son por necesidad protegidas por el intervencionismo estatal²²⁴.

La finalidad es la permanencia de las funciones intervencionistas, que básicamente se caracterizan por cumplir las nuevas exigencias de una valoración respecto al imperativo de Justicia en las relaciones sociales y económicas, las cuales son reflejo de la necesidad de protección a la economía, al orden económico, a la economía nacional en un marco de un intervencionismo estatal, entendido como intereses diversos a los particulares de propiedad o patrimonio²²⁵.

Es por lo anterior que BAJO FERNÁNDEZ entiende como delito económico en sentido estricto a “*la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país*”²²⁶. Dentro de esta concepción estricta se debe de encontrar contenido el blanqueo de capitales precisamente por los bienes

²²³ *Ibid.*, p. 12.

²²⁴ HERRERO HERRERO, Cesar: *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior, Madrid, 1992, pp. 34 y 35.

²²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 13.

²²⁶ *Ibid.*, p. 14.

jurídicos que protege cuando los mismos son correspondientes al orden económico del Estado.

En la realidad económica de cualquier sociedad, es válida la concepción estricta del Derecho penal económico ya que independientemente del sistema que rija, hay un sistema económico a proteger, sin importar el grado de intervención del Estado en la economía²²⁷.

B. CONCEPCIÓN EN SENTIDO AMPLIO.

Se entiende por Derecho penal económico en su acepción amplia “*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”²²⁸.

Como puede verse el objeto de protección ya no es el derivado del papel que juega el Estado en la actividad económica; lo que busca proteger el Derecho penal económico *lato sensu*, es la actividad que se desarrolla durante todo el proceso productivo.

MARTOS, cita la precisión que al respecto hace Beristain con relación a la definición apuntada sobre Derecho penal económico en sentido amplio, y dice que se debe contener en ésta clasificación la conservación de los bienes y servicios, en atención a la lista de delitos económicos señalados en el anexo de la Recomendación R(81) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros²²⁹.

²²⁷ *Ibid.*, p. 14.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 14 y 15.

²²⁹ Recomendación sobre la resolución adoptada por el Comité de Ministros del 25 de junio de 1981; *Council of Europe, resolutions by the Comité of Ministers Relating to crime problems*, IV, Strasburgo, 1981. Cfr.: MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: *Derecho penal económico...*, *op.*, *cit.*, p. 129, nota 38.

Con éstos lineamientos por delito económico se deberá entender “*las acciones u omisiones que atenten o pongan en peligro, en primer lugar, un bien jurídico patrimonial individual y, en segundo término, la normativa que regula la producción, la distribución, el consumo y la conservación de los bienes y servicios*”.²³⁰

Así, esta concepción responde a la tendencia internacional, que permite considerar como delitos en el ámbito económico, no únicamente los hechos punibles que atentan contra la planificación que el estado hace de la economía, sino todos los delitos relacionados con la actividad económica y contrarios a las normas estatales que organizan y protegen el orden socioeconómico²³¹.

²³⁰ *Ibid.*, p. 38.

²³¹ En éste sentido, siguiendo lo dicho por TIEDEMANN y en relación con los criterios del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, sobre “El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa” que se celebró en El Cairo en 1984. Cfr.: MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: *Derecho penal económico...*, *op., cit.*, p. 133.

V. LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

A. CRÍTICA A LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO (LA ESCUELA DE FRANKFURT ²³²)

El debate sobre la legitimidad del Derecho penal económico gira en torno a diversas críticas: la primera como señala GARCÍA CAVERO es la que versa entre la eficacia y la vulneración de principios del Derecho penal, en tal sentido se discute que el Derecho penal tradicional debe adaptar sus estructuras de imputación en relación con la realidad de la criminalidad socioeconómica de la

²³² MUÑOZ CONDE ha dicho: “[...]entendiendo como tal, al grupo de profesores que hace casi treinta años se ha formado en torno a Naucke, Lüderssen y Hassemer Catedráticos de Derecho penal de la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de la ciudad de *Frankfurt am Main*, quienes se han caracterizado científicamente por mantener al Derecho penal dentro de los límites del Estado de Derecho y del principio de *ultima ratio*.” Cfr.: MUÑOZ CONDE, Francisco: “Conclusiones finales” en AA. VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (coord. ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / NIETO MARTÍN, Adán), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 301; Sin embargo también se sostiene que la denominada *Frankfurter Schule* no existe como escuela propiamente, como es sabido en el grupo de profesores de Frankfurt se dan evidentes diferencias tanto de carácter ideológicas como metodológicas, sin embargo, el *institut für Kriminalwissenschaften* constituye un marco de discusión con gran producción intelectual y se ha situado como uno de los ejes principales dentro de la discusión alemana y mundial respecto de las cuestiones relativas a la política-criminal. Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: “Prólogo a la edición española” en AA. VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. XII; HASSEMER por su parte sostiene que los que asisten y participan a los seminarios que se practican en la Universidad de Frankfurt, incluyéndolo, siempre han negado el sentimiento de pertenencia a una escuela pero también reconoce que su línea de pensamiento encuentra similitudes que los vinculan en la tradición científica basada en principios del Derecho penal como considerarlo *ultima ratio*, la conservación de su carácter fragmentario y la protección de bienes jurídicos. Cfr.: HASSEMER, Winfried: “Presentación” en AA.VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (coord. ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / NIETO MARTÍN, Adán), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 11 y 12.

modernidad²³³, pero en dicha adaptación del sistema, se comprueba la inobservancia siquiera parcial, de los principios del Derecho penal en el ámbito económico²³⁴, lo que tiene como consecuencia que en la búsqueda de soluciones se vulneren garantías como ocurre con el principio de oportunidad, los acuerdos procesales y la atribución de competencias penales a autoridades administrativas²³⁵.

La criminalidad económica actúa de forma diversa a la que actúa la criminalidad tradicional, es decir, el *modus operandi* ha cambiado y si antes en un esquema del Derecho penal un sujeto concreto, mediante una acción concreta, lesionaba un bien jurídico concreto, de una víctima determinada; ahora en las sociedades del riesgo se debe considerar que la delincuencia económica opera de forma diversa mediante la preponderante participación de personas jurídicas, con actividades criminales producto del sistema económico moderno, dentro del cual el actuar es en extremo complejo²³⁶. Ante tal cambio en el esquema operacional de la

²³³ GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico parte general*, Ara, Perú, 2003, p.93

²³⁴ En ésta segunda crítica GARCÍA CAVERO, habla de la inobservancia de los principios garantistas del Derecho penal, no estamos de acuerdo con el autor citado y en consecuencia señalamos la crítica sin el calificativo de garantistas a los principios que puede vulnerar el Derecho penal económico, esto es así, por que si bien es cierto que el garantismo defiende los principios de estricta legalidad y los demás derivados del mismo, también es cierto que esos principios no son originarios del garantismo, sino que, como señalamos en el apartado primero del presente trabajo, son consecuencia de las ideas que tienen su origen en la Ilustración principalmente con la obra de Beccaria. Cfr.: GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico parte general...*, *op. cit.*, p.93.

²³⁵ CASTRO CUENCA, Carlos / HENAO CARDONA, Luis F. / BALMACEDA HOYOS, Gustavo: *Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ibáñez, Bogotá, 2009, p.105.

²³⁶ “La sociedad actual se caracteriza por su capacidad para generar riesgos que escapan a un control basado en los mecanismos tradicionales de la previsión razonable y el cálculo de probabilidades de las ciencias naturales. Los cambios tecnológicos y sociales tan vertiginosos de los últimos tiempos nos sitúan ante una perspectiva de riesgos incalculables[...] Muchos de esos riesgos, están presentes en la producción industrial que se realiza en la actualidad a través de organizaciones empresariales complejas. En nuestra sociedad postindustrial, la empresa constituye uno de los principales entes generadores de riesgos”. Cfr.: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación

delincuencia, la política-criminal plantea modelos dogmáticos acordes a las características propias de esta criminalidad que sean eficaces en la práctica²³⁷; pero paradójicamente, es la necesidad de eficacia la que origina que en determinados casos se pueda llegar a vulnerar los principios fundamentales del Derecho penal, lo que hace controvertida su aplicación.

Para sostener que el Derecho penal económico no es legítimo, los de Frankfurt y quienes siguen la idea de un Derecho penal liberal, han argumentando que esta subespecie jurídico-penal es una legislación arbitraria que debería formar en todo caso, parte de otra rama del Derecho con principios diversos a los penales; en tal sentido, doctrinarios como HASSEMER quien ha expuesto su crítica a la eficacia del Derecho penal moderno, en especial por lo que hace a los bienes jurídicos colectivos relacionados con la protección del orden socioeconómico, cuestiona también la legitimidad del peligro abstracto como técnica de tipificación en los delitos que tiene como marco orden económico.²³⁸

Bajo esta corriente de pensamiento, se sostienen además que el Derecho penal moderno no es homogéneo, sino que sus características únicamente son sensibles respecto de un grupo limitado de delitos que se circunscriben al medio ambiente, a la economía, narcotráfico, impuestos, mercado exterior y delincuencia organizada, y se critica la protección a estos bienes que son ambiguos e indeterminados²³⁹.

ALBRECH ejemplificando con lo que considera mitos, tales como “la explosión de la criminalidad violenta” y “la criminalidad extranjera”, con el correspondiente abuso del Derecho penal por parte de la política, la cultura y los medios de comunicación, factores que

penal” en RUIZ RENGIFO, Hoover W. (coord.) AA.VV.: *Criminalidad organizada y Delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 61.

²³⁷ GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p.94.

²³⁸ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 52 y 53.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 26 y ss.

culminan en una hipertrofia legislativa que conlleva a una flexibilización de la parte adjetiva y la falta de contenido material en la sustantiva con el peligro abstracto²⁴⁰. MÜLLER-TUCKFELD sostiene que se vuelve irrelevante el concepto de bien jurídico pues la realidad hace que sean tutelados con la tipificación mediante el peligro abstracto, con lo cual se protegen conceptos jurídicos indeterminados que atentan contra la causalidad y el Derecho Administrativo sancionador²⁴¹.

Existen diferentes ámbitos en los cuales el Derecho penal se instrumentaliza desde la política y en los cuales se le exige más de los fines que persigue, en dichos ámbitos los esfuerzos del legislador mediante el empleo del Derecho penal resultarían inútiles y equivocados, puesto que se limitarían a una aplicación absurda y simbólica ya que tiene como base un contexto de imputación individual cuando se trata de contextos sociales complejos, con lo cual no se puede imputar al individuo problemas del sistema puesto que estos problemas escapan a la causalidad, además de que no solucionan problemas sociales en áreas judiciales. Estos ámbitos ALBRECH los agrupa de la siguiente manera: “1.- Las consecuencias sociales de una diferenciación de la sociedad en cuasiesferas de intereses cerrados, por el pensamiento dominante coste beneficio del sistema económico, que descuida los intereses de otras esferas (comprendiendo penalmente la criminalidad económica y la del medio ambiente).... 3. Situaciones de conflicto socioeconómicas o políticas, que conducen a una criminalidad violenta o al terrorismo. 4. Un desarrollo técnico y científico impulsado económicamente que conduce a incalculables riesgos

²⁴⁰ ALBRECH, Peter A.: “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 482 y ss.

²⁴¹ MÜLLER-TUCKFELD, Jens C.: “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, en AA.VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 509 y ss. aunque su crítica la basa en los delitos ambientales, las mismas son válidas aplicándose al Derecho penal económico, ya que aquí nos centramos en la crítica que hace a la tipificación mediante delitos de peligro abstracto.

(criminalidad del medio ambiente, uso indebido de genes y embriones)”²⁴².

Algunas de las críticas de la escuela de Frankfurt son compartidas por SHÜNEMAN, aunque señala la imposibilidad de aplicación de sus conclusiones puesto que por razones político-criminales las últimas reformas del Derecho penal han sido orientadas a incriminar las conductas contrarias a la clase alta y la clase media alta, mediante la tipificación de los delitos económicos, de la corrupción y ambientales; mientras que el Derecho penal clásico reprimía generalmente a la criminalidad de la clase baja; con tal hipótesis propone la perfección con base en el principio de *ultima ratio* en el cambio del sistema al Derecho penal de la clase alta²⁴³. Sin embargo rechaza la crítica que se hace a los delitos económicos y del medio ambiente, y rechaza lo sostenido por Albrecht, ya que la criminalidad económica atiende las consecuencias sociales como una diferenciación de la sociedad en esferas de interés casi cerradas «precisamente el pensamiento dominante coste-rendimiento del sistema económico» en consecuencia, en vínculos causales complejos cuya imputación al individuo culminaría en el absurdo de una imputación individual por los problemas del sistema; ejemplifica lo anterior diciendo que lo mismo se puede decir del robo ya que criticando al sistema se puede criticar la distribución desigual del patrimonio²⁴⁴.

El orden socioeconómico ha sido descalificado por la escuela de Frankfurt como merecedor de la tutela jurídico penal, HASSEMER afirma un Derecho penal liberal que reduzca su objeto a lo que llama Derecho penal nuclear, y al referirse a las nuevas infracciones relativas a estos nuevos bienes jurídicos como el orden socioeconómico, considera que podrían ser regulados a través de lo que llama un Derecho de la intervención, que tendría que ser configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino

²⁴² SCHÜNEMANN, Bernd: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 56.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 68 y 69.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.63

entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones del orden, entre el Derecho público y el Derecho civil; el Derecho de la intervención se caracterizaría por un contenido material y procedimental menos riguroso y exigente que el Derecho penal y, como equilibrio, sanciones menores que fueran menos lesivas para los Derechos individuales²⁴⁵.

En España SILVA SÁNCHEZ analiza el Derecho penal en tres velocidades donde la primer velocidad se traduce en el tradicional Derecho punitivo que conlleva pena de prisión y donde los principios y garantías penales deben cumplirse inexorablemente; la segunda velocidad corresponde a los casos en que la pena no es privativa de libertad, donde los principios referidos se pueden flexibilizar atendiendo a la menor proporcionalidad del castigo; la tercera velocidad corresponde a la relativización absoluta de las garantías y principios penales, ante una pena privativa de libertad²⁴⁶.

En suma, legitimidad del Derecho penal económico, con la propuesta desincriminadora de los tipos penales que no atenten contra bienes jurídicos individuales, se centra precisamente, en la crítica que se hace a los bienes jurídicos colectivos que pretende proteger ésta rama del Derecho penal y al peligro abstracto como técnica en la elaboración de los tipos penales que los contienen:

1.- Crítica a los bienes jurídicos colectivos que tutela el Derecho penal económico.

Dentro de las principales críticas que se hacen a la legitimidad de la existencia de un Derecho penal económico están las referentes al bien jurídico protegido por éste tipo de criminalidad; los abolicionistas, comparten la idea de la necesidad de referir el Derecho penal a la exclusiva protección de los bienes jurídicos

²⁴⁵ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal...*, op. cit., pp. 43 y ss.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, op. cit., pp. 163 y ss.

considerados como nucleares ²⁴⁷ , pero sostienen que el ordenamiento penal al ser referido al ámbito socioeconómico no satisface los criterios de determinación de un bien jurídico-penal, lo que se traduce en un abuso político y en una expansión incontrolada del Derecho de la modernidad²⁴⁸.

El utilizar el Derecho como un medio de protección del buen funcionamiento de sectores generales como (el orden económico o el medio ambiente), y basarse en ese adecuado funcionamiento como fundamentación de la criminalización en los referido ámbitos, constituye para los de la escuela de Frankfurt un abuso del Derecho por la manipulación política de los principios jurídico – penales²⁴⁹.

HASSEMER ha dicho que mediante la llamada funcionalización del bien jurídico se pretende hacer ver como moderno un proceso injustificado de criminalización que tiene como fundamento una política populista con finalidad de mantenimiento en el poder.

Ante este panorama la escuela de Frankfurt sostiene una política criminal que oriente al Derecho penal por los resultados obtenidos con base en las ciencias empíricas del comportamiento individual, así el bien jurídico debe limitarse a los que es aprehensible y empíricamente medible, lo que para HASSEMER solo puede ser un interés humano necesitado de protección jurídico-penal. Así en primer lugar se encontrarán los bienes jurídicos individuales, mientras que los universales únicamente podrán ser objeto de tutela si son referidos a bienes individuales y si la protección se oriente a estos.

Al no considerarse como bienes jurídico-penales los contenidos en el orden socioeconómico, la crítica que se hace a esta rama del Derecho penal, sostiene que se debe dejar su protección al Derecho administrativo sancionador, o a una tercera vía que constituya un modelo intermedio entre lo penal y lo administrativo que

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal...*, op. cit., p. 43.

²⁴⁸ GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico...*, op., cit., p.105.

²⁴⁹ *Ibid.*, p.107.

HASSEMER denomina derecho de intervención. Pero en todo caso, la postura es tajante, la regulación jurídica que proteja el orden económico no puede realizarse desde el Derecho penal²⁵⁰.

2.- Crítica al peligro abstracto como técnica de tipificación empleada para la protección de los bienes jurídicos colectivos.

La otra crítica que se hace a la legitimidad del Derecho penal económico es la que versa sobre el empleo del peligro abstracto como técnica de tipificación de los ilícitos que regula. Se cuestiona la vigencia del principio de ofensividad en estos delitos ya que el ordenamiento punitivo está solamente para la tutela de bienes jurídicos y su intervención solo podrá verificarse cuando aquello que se considere merecedor de pena haya sido realmente dañado u ofendido, lo cual proviene desde el antiguo *nullum crimen sine iniuria*, único criterio compatible con la premisa de *ultima ratio*²⁵¹.

Dentro del marco de las sociedades postindustriales y concretamente por lo que hace a la llamada sociedad de riesgo, es el marco donde ha surgido la tipificación del peligro abstracto, delitos que para los teóricos de Frankfurt no tiene justificación empírica desde un punto de vista científico, pues constituyen un abandono al principio de necesidad por que no los rige, lo que se sanciona son los comportamientos considerados como socialmente negativos.

Se cuestiona el argumento de que al adelantar las barreras de protección, el Derecho penal pretende evitar riesgos sociales, así HASSEMER afirma que estudios empíricos muestran que en el tráfico de drogas, donde la legislación en general recurre al peligro

²⁵⁰ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: La responsabilidad por el producto en el Derecho penal..., op. cit., p. 45.

²⁵¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en AA.VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 242.

abstracto, no se ha reducido sustancialmente la criminalidad sino que por el contrario ha aumentado²⁵².

Así, tanto por los bienes jurídicos colectivos como por la técnica del peligro abstracto, se ha creado un Derecho penal simbólico que no reduce la criminalidad y se limita a actuar como placebo ante los miedos y exigencias sociales; creando con esto una violación del principio de subsidiariedad, ya que se utiliza al Derecho penal no como última ratio sino muchas veces como prima ratio y lo que es peor como única ratio.

B. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO.

1.- La necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos.

De las críticas expuestas, vemos que continúa en vigor lo dicho hace años por TIEDEMANN en el sentido de que a pesar de los numerosos esfuerzos científicos realizados por la Criminología, la Política Criminal y la Dogmática penal, el Derecho penal económico y el delito económico, no solamente no son aceptados unánimemente como legítimos dentro del ordenamiento punitivo, sino que los propios conceptos no son claros ni unívocos lo cual se pone de relieve en la investigación comparada, con la problemática que eso conlleva²⁵³.

²⁵² HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: La responsabilidad por el producto en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 50.

²⁵³ Así por mencionar un ejemplo cuando en España se habla de “delitos económicos”, en Inglaterra de “*business crimes*”, en Francia de “*délits d'affaires*”, en Suecia de “*ökonomisk brotsliget*” y en Alemania de “*Wirtschaftsdelikte*” no se hace referencia a lo mismo, lo cual es una discrepancia que dificulta el desenvolvimiento del pensamiento científico, y el desarrollo de las reformas penales en el plano internacional (puesto que no hay que perder de vista que la criminalidad económica trasciende fronteras). Cfr.: TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito...*, op. cit., p. 9.

Para salvar las críticas y sostener la legitimidad del Derecho penal económico, debemos comenzar precisando, como lo hace MARTÍNEZ-BUJAN, que cuando la doctrina habla de Derecho penal económico, de la economía o del orden socioeconómico, no está refiriéndose a un Derecho penal diverso, únicamente se hace una acotación sobre la específica naturaleza del objeto que se pretende tutelar²⁵⁴; por otra parte el Derecho penal económico no debe ser erróneamente entendido como un simple instrumento para mantener un orden económico y los subsistemas que de él devienen, sino que debe entenderse en la medida que persigue los fines del Derecho penal, puesto que se rige por sus principios, en consecuencia el Derecho penal económico es legítimo cuando cumple los criterios de legitimidad del Derecho penal clásico o tradicional²⁵⁵. Esto no quiere decir que no nos encontremos en presencia de un Derecho, que por los bienes jurídicos que tutela, posee un cierto grado de autonomía frente a las demás ramas del Derecho penal, ya que como afirma TIEDEMANN es inadmisibles e injusto negar la autonomía, en todo caso parcial, de los intereses que protege el Derecho penal económico²⁵⁶.

Dada la primer premisa de legitimidad hay que considerar como segunda, la dañosidad propia de la sociedad actual y como afecta a toda la colectividad; la realidad social le impone al Derecho penal actuar frente a problemáticas globales y masificadas que se presentan en ámbitos generales como lo es el orden socioeconómico y que no afectan en exclusiva bienes jurídicos individuales, siguiendo a MÉNDEZ RODRÍGUEZ el proceso de industrialización y los avances técnicos y científicos, así como el desarrollo en las áreas

²⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 19 y 20. El autor resalta que es lo mismo que ocurre en otras ramas del Derecho penal, como cuando nos referimos a un Derecho penal sexual o un Derecho penal de la circulación.

²⁵⁵ KINDHÄUSER, Konrad: "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico" en AA. VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 441 y 442.

²⁵⁶ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito...*, *op. cit.*, p. 13.

sociales y económicas de las sociedades actuales, han producido problemáticas mayores; mientras que por otro lado el Estado se ha visto compelido a actuar en ámbitos tradicionalmente reservados a los particulares²⁵⁷. Así la criminalidad económica comprende en primer lugar las violaciones al ámbito de la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía y, trasciende a las infracciones en el campo de los demás bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica, los cuales, por necesidad, trascienden también a los bienes jurídicos individuales²⁵⁸; luego entonces, la criminalidad económica comprenderá los delitos patrimoniales clásicos (robo, fraude, abuso de confianza, etc.) cuando éstos se dirigen contra patrimonios supraindividuales (como la libre competencia), o cuando constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (cuando se atenta contra el sistema financiero).

Debemos resaltar entonces que la legitimidad del Derecho penal económico se debe de abordar desde una perspectiva que ponga de relieve la necesaria protección de bienes jurídicamente protegidos²⁵⁹; éste postulado es la base de su legitimidad. Y en el caso de los bienes jurídicos colectivos, se debe resaltar que sólo tienen sentido como concepto material, para lo cual debemos comprender las transformaciones del Estado y las implicaciones de su caracterización como social y democrático de Derecho, es decir, el Estado hoy por hoy debe satisfacer las necesidades y eliminar las disfuncionalidades económicas y sociales. Así el bien jurídico colectivo aparece como una consideración macrosocial, que siempre esta en función de todos los miembros de la sociedad, con lo cual se

²⁵⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 31.

²⁵⁸ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito...*, *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁹ FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 48.

entiende que materialmente son complementarios de los llamados bienes jurídicos individuales²⁶⁰.

Es cierto que la escuela de Frankfurt, ofrece ventajas con sus teorías sobre un Derecho penal reducido al mínimo nuclear y con su propuesta de regulación y persecución retomada por SILVA SÁNCHEZ bajo el modelo de un Derecho penal en tres velocidades; sin embargo su consideración puede generar en la problemática expuesta por SCHÜNEMANN por lo que se refiere al Derecho penal de la clase alta, puesto que las diversas modalidades o velocidades del Derecho penal, trascienden en una vulneración a la garantía de igualdad, puesto que a fin de cuentas se crea un Derecho clasista en el cual los poderosos, aquellos que se sitúan en la delincuencia propia de los delitos de segunda velocidad, no podrán ser privados de la libertad, lo cual constituye un retroceso en la lucha contra la criminalidad de cuello blanco²⁶¹; además que tal concepción tiene un efecto social adverso, puesto que la pena mas que cumplir sus efectos preventivos (generales y especiales), constituye un aliciente para delinquir.

Es cierto que en el Derecho penal económico se pone de manifiesto de forma más acentuada la problemática que envuelve el bien jurídico, máxime cuando hablamos de peligro abstracto y de bienes jurídicos colectivos; se necesita por un lado buscar la efectiva tutela del orden socioeconómico, pero a la vez evitar excesos represivos que culminarían en efectos paralizadores del desarrollo económico, que incluso llevarían a la inobservancia de la ley²⁶². Así pues para fundamentar la legitimidad del Derecho penal económico debemos basarnos en la legitimidad de los delitos de peligro abstracto y de la necesidad de tutela de bienes jurídicos colectivos.

²⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 196 y 197.

²⁶¹ CASTRO CUENCA, Carlos / HENAO CARDONA, Luis F. / BALMACEDA HOYOS, Gustavo: *Derecho penal en la sociedad...*, *op. cit.*, p.107.

²⁶² FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios...*, *op. cit.*, p. 1996, p. 50.

1.1.- Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales.

Los bienes jurídicos, que como hemos dicho²⁶³ siguiendo a JESCHECK son “*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*”²⁶⁴, contienen *per se* condiciones jurídicamente garantizadas, para el libre desarrollo del individuo en una sociedad determinada; en tal virtud, si dichos bienes garantizan primariamente a un concreto detentador, estaremos en presencia de un bien jurídico individual «dentro de los que se encuentran *v.gr.* los tradicionales bienes de vida, patrimonio, integridad física o libertad sexual, entre otros», si por el contrario sirve al desarrollo libre y trasciende indistintamente a la individualidad, estaremos en presencia de un bien jurídico colectivo²⁶⁵ «que tutelan intereses generales *v.gr.* lo son el orden económico, el medio ambiente, el mercado, la salud pública, etc.».

Se ha insistido que la dañosidad propia de la sociedad de riesgo afecta a toda la colectividad, por lo cual es dable sostener, que la lesividad propia de la criminalidad producto de la sociedad de riesgo no solo afecta bienes jurídicos individuales sino bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

No se puede pasar por alto que, para que puedan existir legítimamente los bienes jurídicos colectivos, se necesita su referencia a un bien jurídico de carácter individual²⁶⁶, ya que de

²⁶³ Vid., Tema I. del presente trabajo.

²⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 9.

²⁶⁵ Vid.: Tema I. del presente trabajo; Cfr.: KINDHÄUSER, Konrad: “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico...”, *op. cit.*, p. 444; como resultado de la no distributividad, por la cual un bien será colectivo siempre que conceptual, real y jurídicamente sea imposible dividir dicho bien en partes y asignar una porción del mismo a una persona. Cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Nuevo sistema de Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

²⁶⁶ Acertadamente MARTÍNEZ-BUJÁN dice “[...] aunque se sostenga (como creo correcto), que el bien jurídico técnicamente protegido en esta clase de delitos sea en

nada sirve proteger la vida, si permitimos por otro lado la contaminación libre de los mantos acuíferos, BUSTOS RAMÍREZ afirma que los bienes jurídicos siempre son personales, ya que siempre estarán ligados a las condiciones de existencia o funcionamiento del sistema social lo que se traduce en última instancia al individuo²⁶⁷. MARTÍNEZ-BUJAN especifica que entre los delitos socioeconómicos en sentido amplio, podemos encontrar tanto delitos que tutelen directamente un bien jurídico individual y que tutelen de manera remota el orden socioeconómico; como delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales o colectivos que tutelen, igualmente de manera remota, bienes jurídicos genéricos del orden socioeconómico²⁶⁸.

Por otro lado los bienes supraindividuales o colectivos admiten una subdivisión, entre generales y difusos, los primeros corresponden a los intereses de las todas las personas que pertenecen a la sociedad y los segundos no afectan a la totalidad de los individuos²⁶⁹.

Estos intereses difusos son un concepto acuñado en la doctrina italiana por SGUBBI quien se refiere a la necesidad de que el Derecho penal proteja intereses que no son en exclusiva individuales pero que son importantes para amplios sectores de la población; no se trata de intereses individuales pero tampoco de intereses sociales

última instancia reconducible a una dimensión individual, la perspectiva que ofrece el hecho de que el injusto típico se construya conceptualmente sobre la titularidad de un sujeto pasivo colectivo, con una técnica de tipificación diferente y con problemas específicos de legitimidad, obliga a incluirlos en una categoría diferente a la de los tradicionales delitos contra bienes jurídicos individuales cuyo portador es conceptualmente una persona determinada." Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 168.

²⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Introducción al derecho penal...*, *op. cit.*, p.34.

²⁶⁸ Se sostiene la identidad de significado entre bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos, ya que independientemente de las diferentes argumentaciones que en doctrina existen, lo cierto es que gramaticalmente ambos términos hacen referencia a lo relativo a un grupo o agrupación de individuos. Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte general...*, *op. cit.*, p.164.

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 165 y 166.

generales ²⁷⁰; estos intereses colectivos de amplia difusión, subjetivamente se refieren a intereses poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados aunque, con dificultades determinables; también desde una perspectiva objetiva son imprecisos o difusos, puesto que las prestaciones debidas para su satisfacción y la determinación del sujeto o sujetos que tiene a su cargo el deber de satisfacerlos también son imprecisos²⁷¹.

²⁷⁰ SGUBBI, Filippo: "Tutela penale di interessi diffusi" en *La questione criminale*, 1975, pp. 439 y ss.

²⁷¹ ALMAGRO NOSETE, José: "La protección procesal de los intereses difusos en España", en *Justicia*, nº 1, 1983, pp. 70 y ss. El caso del Derecho penal, plantea problemas sobre delimitación conceptual: La complejidad originada por la temática de las técnicas de tutela de los *interessi diffusi* inicia por la acotación del propio concepto: difuso puede significar a ancho o dilatado, sin embargo también puede expresar lo excesivamente dilatado, o bien lo poco o difícilmente identificable o susceptible de concreción. "Estimo que cuando los penalistas acudimos a esta expresión, lo hacemos para referirnos a nuevos intereses colectivos, a nuevos intereses de la mayoría de la población, con respecto de los cuales se constatan las siguientes características: 1.º) No operan sobre los mismos las técnicas de tutela tradicionales; 2.º) Su efectiva protección penal precisa de un complejo entramado institucional de organización y control; 3.º) Los focos o fuentes de peligro para los mismos emergen por lo común de sectores de actividad socialmente necesaria y, en cualquier caso, no es posible establecer un juicio hipotético tendente a su supresión; 4.º) La vulneración de esos intereses es presentada como una disfuncionalidad del sistema. En modo alguno su tutela pasa por un programa institucional orientado a la desaparición o erradicación de la actividad sectorial que genera las fuentes de peligro". La categoría *interessi diffusi* desborda los criterios tradicionales de clasificación de los bienes jurídicos, para proyectarse sobre intereses de contenido diverso; así intereses tan plurales como los relativos al ambiente, e información privilegiada (bursátil, financiera o administrativa), reglas societarias o económicas o los relativos a la intimidad-libertad informática ('habeas data'), pueden ser englobados conceptualmente por los *interessi diffusi*"; MORALES PRATS, Fermín: "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en AA.VV.: *Intereses difusos y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, vol. 36, Madrid, 1994, pp. 73 ss., quien se refiere también a los presupuestos para la tutela penal de estos intereses y a la necesidad de encontrar un modelo de intervención equilibrado en la tutela penal de los mismos, tutela que presenta muy singulares dificultades, pues en ocasiones "se sitúa en ámbitos donde aún no está esclarecida la *prima ratio jurídica extrapenal* (por ejemplo, la legislación del *insider trading* o la relativa a la limitación del uso de la informática), con lo que difícilmente puede establecerse la función de *ultima o extrema ratio* que debe desempeñar el Derecho penal.

Es por esto, que cuando se habla de economía nacional o de orden económico, no se puede sostener que representen un interés difuso, puesto como hemos analizado se debe precisar si nos encontramos ante un Derecho penal económico en sentido amplio o en sentido estricto. Si hablamos del orden económico en sentido estricto, es decir la regulación jurídica de la participación estatal en el orden económico, no podemos afirmar la existencia de un interés difuso, puesto que dicho orden representa un interés social general. Por el contrario, cuando analizamos el Derecho penal económico en sentido amplio, es decir, la regulación de la actividad relativa a la producción distribución y consumo de bienes y servicios, en este caso, el orden socioeconómico nunca podrá ser objeto directo de protección, siempre lo será mediato, mientras que el objeto directo de protección sí podrá ser un interés difuso siempre y cuando se trate de un interés económico sectorial²⁷².

Hecha la distinción sobre los diferentes bienes susceptibles de protección por el Derecho penal económico, se concluye en el sentido que lo hace MARTÍNEZ-BUJÁN, diciendo que los intereses jurídicos protegidos podrán ser de naturaleza individual o de naturaleza supraindividual o colectiva «según si tutelan intereses personales o del grupo social», y a su vez, éstos últimos podrán dividirse en intereses sociales generales «si se trata de bienes jurídicos que importan a la colectividad en conjunto» o intereses difusos «si se trata de bienes jurídicos que importan a un sector social»²⁷³.

Por lo que se refiere a la protección de los bienes jurídicos, dentro de la norma penal, se encuentran delitos simples que tutelan un solo bien jurídico; pero también se encuentran los llamados delitos pluriofensivos, pluricomprendidos o complejos, los cuales

²⁷² “si, podrá hablarse con rigor de la tutela de bienes jurídicos difusos en algunos casos, esto es, en la medida en que se acredite que en una determinada figura de delito estemos ante un interés económico sectorial de un grupo interviniente en el mercado; ese será el caso, v. gr., de los genuinos delitos económicos de consumidores.” Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 169.

²⁷³ *Ibid.*, p. 169.

incorporan dentro de su ámbito de protección una serie de bienes jurídicos, y aunque no se puede negar la relación entre los bienes jurídicos tutelados por la misma norma, se admitiéndose la posibilidad de que la afectación de uno no implica la necesaria afectación de los otros²⁷⁴.

1.2.- La protección mediata o remota y la protección inmediata o próxima de bienes jurídicos, en los delitos socioeconómicos.

Lo hasta ahora expuesto sobre la Teoría del bien jurídico, corresponde a la noción doctrinal del bien jurídico inmediatamente protegidos por la norma penal, que como dice MARTÍNEZ-BUJÁN se le ha denominado como bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado. Se distingue así, del bien jurídico mediato, el cual posee un significado diverso, relacionado al concepto de *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma, esto es, hace referencia a las razones que motivaron o condujeron a legislador penal a incriminar un determinado comportamiento²⁷⁵.

Existen delitos, y para el caso que nos ocupa, muy especialmente dentro de los protegidos por el Derecho penal económico, en los cuales se protegen tanto intereses supraindividuales como intereses individuales, se trata de delitos que por un lado ponen en peligro bienes jurídicos como el orden socioeconómico y que por otro lesionan bienes de naturaleza individual,²⁷⁶. Es por esto, que MUÑOZ CONDE dice que en los delitos societarios, la problemática surge desde el momento mismos de su tipificación, puesto que en un primer momento, únicamente lesionan intereses patrimoniales

²⁷⁴ VARGAS PINTO, Tatiana: Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, pp.128 y 129.

²⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte general...*, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

²⁷⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (—tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico—)*, Comares, Granada, 1997, p. 64.

individuales, pero la ratio de su incriminación autónoma tiene también en cuenta otros intereses supraindividuales de carácter socioeconómico; con lo cual los delitos de lesión, son el modelo adecuado para la protección de los derechos patrimoniales individuales, mientras que cuando se busca la protección de intereses colectivos, no resulta imaginable otra configuración típica que no sea la del delito de peligro, puesto que los daños a estos bienes no son fácilmente mesurables²⁷⁷.

Es el bien jurídico protegido inmediatamente el que sirve como principal referencia para designar las diversas funciones que se le han atribuido, en especial la función interpretativa, ya que es la base para la determinación del sentido y alcance del tipo penal. Por el contrario, la vulneración del bien jurídico protegido mediatamente, no se encuentra incorporada dentro del tipo de injusto, en consecuencia, el intérprete no debe de probar la lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni mucho menos que la conducta iba dirigida al menoscabo del mismo²⁷⁸.

Sin embargo el bien jurídico mediato, toda vez que como ya dijimos es parte de la *ratio legis*, adquiere relevancia en el plano de la legitimidad de la intervención penal, es decir, lo que tradicionalmente se ha definido como función de límite y orientación del *ius puniendi*; por otro lado importa para la función sistémica en cuanto es el marco de referencia para la clasificación y sistematización de los grupos de delitos²⁷⁹.

La importancia de esta distinción, además de las funciones señaladas, trasciende al plano práctico especialmente por lo que hace a los delitos socioeconómicos, ya que en la gran mayoría de los tipos, se puede diferenciar un bien jurídico en sentido estricto y un bien jurídico mediato; con lo cual, la trascendencia deriva del hecho de que en los delitos socioeconómicos en sentido amplio algunas

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal...*, op. cit. pp. 459 y 460.

²⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa...*, op. cit., pp. 160 y 161.

²⁷⁹ *Ibid.*, pp. 162 y 163.

figuras delictivas que tutelan un bien jurídico individual tienen cabida en esta categoría precisamente por su referencia mediata sobre el orden económico²⁸⁰.

En suma, por las diferentes funciones que se materializan en el bien jurídico mediato, así como por los presupuestos de legitimidad que se observa en los delitos del Derecho penal económico, es necesario, distinguir los bienes jurídicos tutelados inmediatamente, del bien o bienes jurídicos tutelados remotamente.

2.- La necesidad de protección mediante la técnica del peligro abstracto.

En atención a la modalidad de ataque al bien jurídico, la doctrina distingue entre los delitos de lesión y los delitos de peligro²⁸¹. La distinción radica en la forma de ataque al bien jurídico protegido²⁸²; los delitos de peligro se dividen—en peligro concreto y en peligro abstracto—. Así, son tres formas de menoscabo a los bienes jurídicos, que contienen una genuina lesividad: a) la lesión, que es un

²⁸⁰ Se advierte sobre la inseguridad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de señalar en determinadas figuras delictivas, el bien jurídico inmediato y el bien jurídico mediato, y la problemática se acentúa puesto que el bien jurídico remoto siempre será de naturaleza colectiva con lo cual cabría la distinción entre un bien difuso o general. Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 164; quien además y por lo que se refiere al Derecho penal español cita “cabe recordar que, asumida la amplia caracterización del grupo de los delitos socioeconómicos, hemos partido de la base de que podremos reconducir a esta categoría delitos que, a pesar de afectar en primera línea a un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual (ej. Delitos relativos a la propiedad industrial, delitos referentes a secretos empresariales, delito societario de administración fraudulenta), poseen la aptitud para proyectarse mediatemente sobre un interés de índole supraindividual; peor, a su vez, será factible comprobar también cómo en delitos (v.gr., delito de defraudación tributaria) en los que técnicamente se preserva un bien jurídico supraindividual podrá existir a demás un bien mediato (de carácter inmaterial éste) diferente”.

²⁸¹ Por todos *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 209.

²⁸² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 13.

menoscabo o destrucción de la integridad del bien; b) el peligro concreto en el cual desde la perspectiva del bien, es posible una lesión que no puede ser evitada de otra forma; y c) el peligro abstracto, cuando se ven afectadas condiciones de seguridad imprescindibles para el disfrute pleno de los bienes, es abstracto el peligro puesto que se trata del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es esencial para el aprovechamiento de los bienes²⁸³.

De esta forma, la distinción entre el peligro concreto y el peligro abstracto, radica en que para los primeros, el tipo penal requiere de la concreta apuesta en peligro del bien jurídico; mientras que para el peligro abstracto, solo se requiere una acción sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. Un criterio diferenciador es la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro²⁸⁴. Así la consumación de un delito de peligro concreto necesita de la comprobación por el Juez, de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, es decir, de la capacidad lesiva de la conducta, en este sentido el peligro concreto es siempre de resultado; por otro lado, el peligro abstracto es un delito de mera actividad, el juzgador no tendrá que valorar el riesgo al bien jurídico, sino que se consuma con la realización de la conducta descrita como peligrosa²⁸⁵.

Los delitos de peligro abstracto han sido cuestionados en cuanto a su legitimidad, ya que lo que castigan es una presunta peligrosidad, que no admite prueba en contrario de la ausencia de peligro²⁸⁶. Sin embargo como afirma ROXIN, el peligro abstracto no está en contraposición al principio de necesidad y, explica que al estar vinculado el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, no

²⁸³ KINDHÄUSER, Konrad: "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico...", *op. cit.*, p. 448.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro...*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²⁸⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 209.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 210.

exige sólo intervención del mismo en caso de lesión, basta una puesta en peligro de dichos bienes, los cuales en los delitos de peligro concreto el tipo los eleva a requisitos para la punibilidad, mientras que en el caso del peligro abstracto, los bienes jurídicos protegidos no se mencionan en el tipo pero constituyen la motivación para la creación del precepto penal²⁸⁷. El Derecho penal en los casos en que los valores protegido de la acción no estén referidos a bienes jurídicos, puesto que en estos casos o cuando la consumación de la conducta sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro, se corre el riesgo de un Derecho penal interno²⁸⁸.

La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad²⁸⁹. Así, la naturaleza jurídica de éstos delitos, reside en la vulneración de una norma de cuidado, dentro del ámbito de las actividades peligrosas; al igual que en los delitos imprudentes, pero a diferencia de éstos, en los delitos de peligro no se requiere la consecución de un resultado dañino de un bien jurídico-penalmente protegido, puesto que es suficiente con la exclusiva conducta creadora del peligro²⁹⁰. En resumidas cuentas, lo que se pretende con ésta técnica de tipificación es castigar la posibilidad o amenaza de daño a los bienes jurídicos.

La protección de bienes jurídicos en Derecho penal económico mediante el empleo de una técnica de tipificación que los encuadre

²⁸⁷ ROXIN, Claus: *Derecho penal parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, (trad. a la 2ª ed. alemana: Diego Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, p. 60. Donde el autor habla de que ocurre lo mismo en caso de la tentativa, donde *per definitionem* no se produce con la acción la lesión del objeto protegido, lo cual tampoco se encuentra en oposición al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que rige el Derecho penal.

²⁸⁸ *Ibid.*, pp. 60 y 61.

²⁸⁹ KINDHÄUSER, Konrad: "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico...", *op. cit.*, p. 448.

²⁹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: "Delitos de Peligro" en *Enciclopedia Penal Básica* (Diego Manuel Luzón Peña, dir.), Granada, Comares, 2002, p. 493.

como delitos de peligro abstracto, es legítima cuando se trata de garantizar espacios de libertad de acción individual y cuando la seguridad que ha de brindarse a las condiciones de libre desarrollo de la personalidad entran claramente dentro de la competencia del Estado²⁹¹. Así mismo, es legítima la tipificación como peligro abstracto, dentro de los bienes jurídicos que forman parte del Derecho penal económico, ya que por su importancia y trascendencia, el legislador no puede esperar para intervenir, a que se produzca el daño o la lesión, sino que adelanta la barrera de protección de dichos bienes jurídicos, a la simple realización de la conducta considerada como peligrosa²⁹².

Bajo estas premisas, como afirma QUINTERO OLIVARES, los problemas jurídicos no pueden ser analizados tan solo como cuestiones técnicas, sino que deben ser estudiados desde el contexto social que los crea y si esa sociedad que es producto del estado de riesgo, se debe concluir que el peligro jurídicamente relevante comienza allí donde termina el margen de peligro tolerable o riesgo permitido²⁹³. Lo que explica CORCOY diciendo que dentro de las actividades normales de nuestra sociedad, existen algunas que por su utilidad social están permitidas independientemente del alto nivel de riesgo que conllevan, y dicha permisión solo es posible si se controla el peligro propio de estos sectores de actividad, prohibiendo las formas conductuales que eleven el riesgo por encima de lo

²⁹¹ KINDHÄUSER, Konrad: "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico...", *op. cit.*, p. 451.

²⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 210. Donde se hace referencia en general, a la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto.

²⁹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo...", *op. cit.*, p.244. Ciertamente el autor como partidario de la Escuela de Frankfurt, critica los delitos de peligro abstracto, pero dentro de sus razonamientos da este argumento que consideramos muy interesante para sostener la necesidad social de la existencia del peligro abstracto, siquiera por lo que hace a delitos que vulneran intereses colectivos en específico y por lo que importa a nuestra investigación en especial al orden socioeconómico.

permitido²⁹⁴. Así, con el peligro abstracto se permiten una adecuada distribución de los riesgos y, gracias a su existencia se puede responsabilizar a quienes cometan conductas riesgosas cuya carga no tiene por qué ser sustentada por esa colectividad, sino sólo por los que actúan riesgosamente²⁹⁵.

Los delitos de peligro abstracto son tipos penales sin resultado, que describen determinadas modalidades de comportamientos, y que no exigen lesión ni puesta en peligro concreto de bienes jurídico-penales. Así, se ha entendido que existe una presunción de resultado, estos delitos son una forma de anticipar la tutela penal frente al resultado aún inexistente; sin embargo como advierte VARGAS PINTO, todo bien jurídico-penal que ha sido lesionado, ha sido puesto en peligro anteriormente, con lo cual será necesario distinguir cuándo se está frente a un adelantamiento de la protección y cuándo dicho adelantamiento es legítimo²⁹⁶.

Se pretende ante todo, castigar la mera amenaza de daño a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal; y se vuelve necesaria esta técnica de tipificación, por la gran importancia que tienen estos bienes, ya que son de tal manera indispensables, que el legislador adelanta los límites de protección penal hasta antes de que ocurra el resultado, logrando con esto la salvaguarda de los mismos. Se busca entonces prohibir la peligrosidad misma de la conducta, sin evaluar la capacidad de lesión o la real puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, puesto que dicha evaluación ya fue hecha por el legislador, al momento de crear el tipo y siempre con base en el bien jurídico, de lo contrario, dicho adelantamiento de la protección penal resultaría ilegítimo.

²⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.226.

²⁹⁵ Así, por ejemplo: “el riesgo de contaminación de un río no tiene que ser corrido por la comunidad que vive a su alrededor sino por la industria que realiza vertimientos sobre su cauce”. Cfr.: CASTRO CUENCA, Carlos / HENAO CARDONA, Luis F. / BALMACEDA HOYOS, Gustavo: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 108 y 109.

²⁹⁶ VARGAS PINTO, Tatiana: *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson, Pamplona, 2007, pp. 38 y 39.

2.1.- Bienes jurídicos colectivos y peligro abstracto.

Diversos son los elementos que la doctrina ha atribuido como característicos de los bienes jurídicos colectivos, para poder determinar dichas características, debemos partir de la premisa que el término colectivo intenta evitar la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la tutela, pero en ningún caso intenta fundamentar una categoría superior al individuo²⁹⁷. Los bienes jurídicos colectivos pretenden proteger materialmente las necesidades de los individuos, con lo cual se entienden como complementarios, desde una perspectiva material, de los bienes jurídicos individuales, por otro lado, los bienes jurídicos colectivos deben ser definidos partiendo de una relación social que tenga como base la satisfacción de necesidades de cada miembro de la sociedad o de un colectivo y siempre de conformidad al funcionamiento del sistema social²⁹⁸. Es precisamente dentro del funcionamiento del sistema social, donde se debe resaltar, lo que SOTO NAVARRO menciona, en relación a que un aspecto que marca la diferencia respecto del núcleo clásico de protección del Derecho penal, es la naturaleza conflictual de los bienes jurídicos colectivos, enfatizando dicho carácter en los de nueva generación, ya que se caracterizan por el hecho de que son fuentes de peligro que provienen de actividades lícitas, que son consideradas como necesarias por la sociedad, y por lo mismo no pueden ser vetadas sino únicamente constreñidas por un control²⁹⁹.

²⁹⁷ Cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Control social y sistema penal...*, op. cit., p.196. Donde el autor precisa que los bienes jurídicos colectivos, no crean una categoría superior respecto de los individuos en un sociedad, independientemente del contenido de éstos, ya sea una “[...] razón social o de Estado o de seguridad”.

²⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Control social y sistema penal...*, op. cit., p.197.

²⁹⁹ Estos bienes jurídicos de nueva generación, pertenecen a sectores sociales caracterizados principalmente por su contenido económico, que generan intereses de diverso índole y que se encuentran en colisión; aquí la intervención penal se justifica cuando la sociedad percibe los intereses en juego y la gravedad de los atentados a que se exponen. Cfr.: SOTO NAVARRO, Susana: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 213 y 214.

Ahora bien, aunado a la naturaleza conflictual expuesta, se debe mencionar además, las características que hacen comunes a los bienes que protegen intereses colectivos, las cuales según SOTO NAVARRO, son las siguientes:

a) la titularidad compartida; es una de las características comúnmente aceptada para su distinción con los bienes jurídicos individuales y hace referencia a que la detentación del bien no es exclusiva de un individuo sino que pertenece en conjunto a la sociedad³⁰⁰.

b) la indisponibilidad; es una característica de los bienes jurídicos colectivos que se traduce en la imposibilidad jurídica de poder otorgar el consentimiento para su lesión o puesta en peligro³⁰¹.

c) la indivisibilidad; característica que se encuentra en estrecha relación con la indisponibilidad apuntada anteriormente, sin embargo, aclara que la indisponibilidad es un atributo propio de algunos bienes jurídicos individuales, mientras que la indivisibilidad únicamente es característica de los bienes jurídicos colectivos³⁰².

2.2.- El grado de vulneración a los bienes jurídicamente protegidos.

La vulneración de un bien jurídico es la esencia del juicio de antijuricidad, dicha ofensa puede consistir en una lesión o puesta en

³⁰⁰ SOTO NAVARRO, Susana: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna...*, op. cit., p. 194.

³⁰¹ Se pone de manifiesto que el debate doctrinal sobre la capacidad de libre disposición de los bienes jurídicos que protege el Derecho penal, ha llegado al acuerdo de que únicamente es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal, cuando se trate de bienes que tutelén en exclusiva a la persona individual y no cuando la titularidad del bien es detentada por la sociedad en su conjunto. Cfr.: SOTO NAVARRO, Susana: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna...*, op. cit., p. 195.

³⁰² Esto se traduce en que “[...] los bienes que pertenecen de forma indivisa a un colectivo de personas son, por naturaleza, indisponibles de forma unilateral; en cambio, no todos los bienes divisibles en intereses individuales son por ello de libre disposición” Cfr.: SOTO NAVARRO, Susana: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna...*, op. cit., p. 199.

peligro del referido bien³⁰³. Atendiendo al objeto de la acción del tipo, se hace la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro³⁰⁴. En efecto, en atención a la forma de ataque al bien jurídico protegido la doctrina penal distingue entre delitos de peligro y delitos de lesión. Frente a estos últimos que requieren para su consumación la efectiva lesión o el menoscabo del bien jurídico, en los delitos de peligro, como su nombre lo indica, el legislador exige tan sólo la puesta en peligro del mismo, es decir, la probabilidad o amenaza de su destrucción o menoscabo. Estamos, por tanto, ante un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, para tratar de evitar la destrucción de los bienes jurídicos esenciales, a través de una actuación preventiva en un estadio anterior al de la acción lesiva: el de la acción peligrosa³⁰⁵.

Afirma MUÑOZ CONDE que el menoscabo de un bien jurídico es un concepto normativo, y hace referencia tanto a la destrucción o daño de un objeto material, como a la vulneración de bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material, así, tan lesión de bienes jurídicos es el homicidio como las injurias, aunque uno acabe con la vida y el otro atente contra el honor y no se pueda reflejar en el mundo fáctico; se observa pues, que comúnmente la consumación de un tipo penal lesiona bienes jurídicos. Sin embargo junto a los tipos de lesión, el orden punitivo sanciona también, en algunos casos, la sola tentativa de lesión, es decir, la puesta en peligro de los bienes jurídicos³⁰⁶.

³⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 301

³⁰⁴ ROXIN, Claus: *Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 335.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: "Delitos de Peligro...", *op. cit.*, p. 6.

³⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed..., *op. cit.* p. 302.

VI. EL BLANQUEO DE CAPITALS COMO CONDUCTA LEGÍTIMAMENTE SANCIONADA POR DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Para comprender el principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales, se debe tener como premisa principal lo que afirma FABIÁN CAPARRÓS cuando hace referencia, a que el sentido y alcance del blanqueo de capitales de actividades ilegales, ha cambiado en el transcurso de los últimos veinte años, y el Derecho lo ha considerado de las siguientes maneras: en primer lugar como objeto de investigación económica del delito; posteriormente como un ilícito destinado a reforzar la presión sobre las conductas ilícitas que producían fondos ilegales, con el fin de desincentivarlas; actualmente como un delito de carácter principal, con base en su naturaleza socio-económica; así considerado aclara que en la fenomenología de lavado, se trata de tres fases concéntricas, esto es no sucesivas, de tal forma que el comienzo de una etapa no extingue a la anterior sino que se suma a ella³⁰⁷.

A. FENOMENOLOGÍA DEL BLANQUEO DE CAPITALS.

1.- Precisión terminológica.

Antes de entrar al análisis fenomenológico del delito de blanqueo de capitales, conviene —para evitar equívocos—, hacer mención sobre la terminología con que se ha denominado el ilícito. Previo a la

³⁰⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (editor): *Banqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, colección Aquilafuente, Salamanca, 2002, p. 106.

última reforma operada sobre el delito³⁰⁸, que en el CP español lo denomina como «blanqueo de capitales», BLANCO CORDERO ilustra la pluralidad terminológica con que se ha hecho referencia al delito, expresiones como: «blanqueo de dinero», que se utilizaba desde el proyecto de CPes. de 1992, el cual en el Capítulo XVI, Título XII, Libro II, regulaba los ilícitos penales “De la receptación y del blanqueo de dinero”, por su parte la exposición de motivos del referido proyecto decía que “la utilización del neologismo “blanqueo de dinero” obedece a la convicción de que es la expresión que mejor designa, ... la clase de conductas que se describen, ...”. Continúa su exposición sobre la terminología diciendo que en los países de habla hispana de América se emplea la expresión “lavado de dinero”, traducción literal del término en inglés “*Money laundering*”, que es utilizado igualmente por países como Alemania que denominan a delito como *Geldwäsche*, mientras que en Suiza y Austria la denominación es *Geldwäscherei*. Menciona que en Francia se denomina “*blanchiment de l’argent*”, mientras que en los cantones suizos franco parlantes, se denomina “*blanchissage de l’argent*” que se traduce literalmente a la terminología española de “blanqueo de dinero”. Por último menciona que en Portugal se denomina “*branqueamento de capitais*”³⁰⁹.

Así pues, en el plano internacional son tres las denominaciones con las que se hace referencia al delito, “reciclaje”, “blanqueo” y lavado”, la primera corresponde a la traducción del *riciclaggio* italiano, denominación que también es usada en la parte suiza de habla italiana; el término blanqueo se utiliza en España, Bélgica, Francia (*Blanchiment*) y Portugal (*Branqueamento*); por último el término lavado es el más extendido y se usa tanto en países anglófonos (*Money laundering*), como en Alemania (*Geldwäsche*), Austria y Suiza

³⁰⁸ Reforma operada por la Lo 5/2010, de 22 de junio, en la que se denomina «blanqueo de capitales».

³⁰⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales*, 2º ed, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 87.

de habla germana (*Geldwäscherei*), y predomina por proximidad geográfica en la mayor parte de los países de América del sur³¹⁰.

De esta pluralidad terminológica, la doctrina señala que la expresión «*money laundering*» procede de las mafias, que en la década de 1920 operaban en Estados Unidos de América, los *gangsters* de la época, crearon una red de lavanderías automáticas para ocultar la procedencia ilícita del dinero que obtenían en su actividad criminal³¹¹; de ahí que BAJO FERNÁNDEZ sostenga que la expresión más común con la que se ha denominado al ilícito no es técnica sino que procede de la jerga más genuina del hampa³¹². Con matiz jurídico, la expresión «*money laundering*» fue usada por vez primera en el ámbito judicial, cuando en 1982 un juez del Distrito sur de Florida conoció del caso *United States vs. \$4.255.625,39*; caso que versaba sobre el decomiso de dicha cantidad supuestamente blanqueada y procedente del tráfico de cocaína colombiana³¹³.

Con la especialización y expansión que el crimen organizado ha tenido en las tres últimas décadas, han surgido diversos términos para denominar al delito: “blanqueo de capitales”, “blanqueo de dinero”, “reciclaje”, “lavado de dinero o de activos”, terminología que para la doctrina carece de rigor técnico jurídico, por lo que se han propuesto las siguientes denominaciones: “regularización”,

³¹⁰ ABEL SOUTO, Miguel: *“El blanqueo de dinero en la normativa internacional”*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, pp. 33 y 34.

³¹¹ Documento E/CN.15/1992/4/Add.5, titulado: *“Money laundering and associated issues: the need for International cooperation”*, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 23 de marzo de 1992, p. 4. cit. BLANCO CORDERO, Isidoro: “Criminalidad organizada y mercados ilegales” en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n.11, 1997, pp. 219 y 220; DEL MISMO AUTOR: *EL delito de blanqueo de capitales*, 2º ed, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 86.

³¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales”, en AA. VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos BOE, Madrid, 1995, p. 73.

³¹³ BLANCO CORDERO, Isidoro: “Criminalidad organizada y mercados ilegales...”, *op. cit.*, p. 220; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 86, en ambos textos, el autor refiere como fuente el documento E/CN.15/1992/4/Add.5, titulado: *“Money laundering...”*, *op cit.*, p.5.

conversión”, “naturalización”, “normalización” y unido a ello la expresión “de capitales de origen delictivo”³¹⁴. Ante esta multiplicidad de expresiones nominativas, FABIÁN CAPARRÓS concluye que, ésta pluralidad de términos suelen emplearse como sinónimos —blanqueo, lavado, reciclaje, normalización, reconversión, legalización, etc.—, y enfatiza que cuando se hace un análisis entre la terminología “blanqueo” y “lavado”, no existen diferencias, máxime si se contempla que en los instrumentos internacionales autenticados, que regulan la materia, se corresponden plenamente las expresiones: “blanqueo”, “*blanchissage*”, “*blanchiment*”, “*laundry*”, etc.³¹⁵. Postura con la que coincide, y en este sentido, en el desarrollo del presente trabajo, se utilizarán indistintamente las expresiones «*blanqueo*», «*lavado*», «*reciclaje*», pero siempre para hacer referencia al delito de «*blanqueo de capitales*»³¹⁶.

2.- Concepto y fenomenología del blanqueo de capitales como proceso.

Desde la aparición del delito en la normativa internacional, la doctrina ha dado diversas definiciones del mismo, tales como: La que da FABIÁN CAPARRÓS, quien acentúa la característica del fenómeno delictivo como proceso y resalta la permanente ilegalidad de los capitales reciclados; el autor menciona que es un "proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas

³¹⁴ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 20.

³¹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 48 y nota al pie número 62.

³¹⁶ Así mismo, se emplea la terminología apuntada: por un lado para evitar cacofonías en el desarrollo del presente trabajo; y por otro, por que como se ha aclarado desde la introducción, la metodología empleada para determinar acertadamente el principio de lesividad en el delito, debe ser con base en la realidad fenomenológica del ilícito y no con base en una norma jurídica concreta. Esto sin ignorar que desde la LO 5/2010, de 22 de junio, el ordenamiento punitivo español, denomina al delito como “blanqueo de capitales”.

ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad”³¹⁷.

Para resaltar su carácter de conducta contraria a un justo orden socioeconómico ARÁNGUEZ lo considera como “la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales”³¹⁸.

Para GÓMEZ INIESTA consiste en “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”³¹⁹; definición con la cual, considero se hace hincapié en la reintegración, como última etapa del ilícito.

BLANCO CORDERO, señala las características de proceso, conservación de ilicitud y la incidencia en el orden económico; así, menciona que el blanqueo es el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”³²⁰.

De las definiciones apuntadas, podemos extraer las características esenciales del blanqueo de capitales, las cuales considero son: a) es un proceso; b) su objetivo es la ocultación y apariencia final de legitimidad de los bienes blanqueados, pero conservando su origen ilícito; y c) la repercusión del delito en el orden económico.

Alcanzar la finalidad del reciclaje, implica dotar de apariencia de legalidad a un capital que tiene origen en un acto ilícito, tal meta,

³¹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 76.

³¹⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 35.

³¹⁹ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español...*, op. cit., p. 21.

³²⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 93.

solo se puede lograr mediante la actividad progresiva consistente en el alejamiento paulatino del origen real de dichos bienes, en tal virtud el delito de blanqueo de capitales, es esencialmente un «proceso³²¹», toda vez que para su consumación precisa de un desarrollo, materializado en diversas etapas que sirven para el maquillaje de las ganancias obtenidas ilícitamente. Ante la imperiosa necesidad de ocultar el origen ilícito de algún capital —pues así y solo así se podrá utilizar sin exposición a la punibilidad correspondiente—, el blanqueador, utiliza los mas variados métodos y procesos de lavado de activos³²², conforme a los cuales se han creado diversos modelos que tratan de explicar de manera gráfica y de diversas formas el desarrollo del ilícito³²³; en la presente investigación, se sigue la fenomenología tripartita, que tiene fundamento en los anexos de las 40 recomendaciones del GAFI³²⁴, y

³²¹ *Ibid.*, p. 91 y nota 241.

³²² NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª ed., trillas, México, 1999, p. 83.

³²³ Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 55 – 65. El autor analiza ampliamente los modelos elaborados por Bernasconi, el modelo de ciclos de Zünd, los modelos objetivos y el modelo de cuatro sectores. No consideramos necesario detenernos a tratar cada una de las fenomenologías que se mencionan, ya que la utilidad que tienen es reafirmar el carácter de proceso en el blanqueo de capitales, por otro lado, no se tratan de clasificaciones «relevantes» como pudiera resultar la fenomenología que describe el GAFI. *Vid.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo...*, op. cit., pp. 38 y 39 para el estudio de otros modelos clasificatorios como el de Ackermann o el que da el Departamento del Tesoro de EE. UU.

³²⁴ Documento E/CN.15/1992/4/Add.5. titulado: *Money laundering and associated issues: the need for International cooperation*, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 23 de marzo de 1992, p. 7, número 23. *Cit. por* BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 63, nota 111. Donde se aclara que dicha clasificación ha sido corregida y aumentada por la doctrina y la práctica. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 40, quien aclara que dicho esquema se defendió por la Federación de la Banca de la Comunidad Europea en su guía contra el blanqueo de dinero de 1991, y que dicho modelo es aceptado por la doctrina dominante; GAFI: *Rapport demandé par les chefs d'Etat lors du Sommet de l'Arche*, Collection des rapports officiels, París, 1990 (reporte citado por): FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 51 nota 69.

que los especialistas —basados en la observación práctica de los mecanismos que emplean las organizaciones criminales—, señalan como³²⁵: a) colocación (*placement*); b) ensombrecimiento (*layering*); y c) integración (*integration*), las cuales pueden ejecutarse por separado o simultáneamente, pero con regularidad se superponen unas con otras³²⁶.

Es de tomar en cuenta, lo que FABIÁN CAPARRÓS dice, cuando ilustra la fenomenología de proceso del blanqueo, ejemplificando con la ropa sucia “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 licitud 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”³²⁷.

Estas etapas que constituyen el proceso de blanqueo de capitales, se pueden realizar de muy diversas formas —el blanqueo se puede verificar: mediante bancos, instituciones de carácter no bancario, instituciones financieras y no financieras, o mezclando todas en el mismo esquema³²⁸—, a dicha premisa debemos de sumar que los medios para blanquear serán todos aquellos convenios, contratos —ya civiles, ya mercantiles—, operaciones y títulos de crédito, así como actos meramente físicos —transporte u ocultamiento— con lo

³²⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: “Criminalidad organizada y mercados ilegales...”, *op. cit.*, p. 225.

³²⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 63; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 80 quien afirma que de la experiencia se conoce que las distintas etapas se solapan e incluso con cierta frecuencia coinciden en su ejecución, pero no por eso se cuestiona la sistemática de las tres etapas, ya que un esquema definido es de gran utilidad al momento de clasificar las innumerables conductas en las que se desarrolla el blanqueo.

³²⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 50.

³²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 63

que se abre un inmenso mundo de posibilidades, limitado únicamente por la imaginación de quienes a este ilícito se dedican de manera habitual y «profesional».

Por si lo anterior no fuera suficiente para hacer compleja la problemática del lavado de dinero, las operaciones con las que se efectúe el delito, deben revestir una cierta envergadura sea cual fuere la fase del blanqueo y no se verifican con una técnica única; ya que la intensidad y multiplicidad de operaciones de lavado dependerá de el grado de «suciedad» con la que esté impregnado el capital que se pretende reciclar. Ante todo las operaciones de blanqueo concluirán con «éxito», en la medida que los capitales estén menos manchados, ya sea por haberse sometido a procesos previos de distanciamiento de su origen, o por que proceden de actividades que se realizan en el filo de la legalidad³²⁹.

Esta inabarcable multiplicidad de hechos y actos, mediante los cuales se lava dinero, impide realizar un estudio casuístico, incluso de las operaciones más comunes con las que se realiza el reciclaje de activos, ya que un estudio así planteado tendría que limitarse — salvo matices y narraciones de casos concretos—, a remitir a la legislación «civil, mercantil, bancaria, etc.», para profundizar en el estudio de las figuras jurídicas ahí contenidas, además que el análisis carecería de utilidad, puesto que como hemos dicho, ni existe procedimiento fijo, ni límite en las operaciones con las que se pretende separar de su origen delictivo a un capital³³⁰, con lo cual

³²⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 158 y 159.

³³⁰ Tratando las diversas operaciones comerciales y financieras ejecutadas en el interior de un país así como en el exterior Vid.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 46 - 77; Por su parte y analizando una tipología concreta de las operaciones en de blanqueo en España BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 79 - 85; Ejemplificando casos específicos de métodos por los cuales se blanquea, Nando Lefort comenta: Los paquetes de servicios, la intermediación y los corredores, el uso de transferencias de fondos bancarios, la venta de bienes raíces, las compañías controladas clandestinamente para la obtención de préstamos ficticios, las tiendas de artículos de primera necesidad, el servicio postal, los cambios de moneda extranjera, la doble facturación, el sistema bancario clandestino, el mundo del juego, las ferias y circos, las tarjetas de crédito, el Internet, las operaciones con obras de

concluyo, que son aptas, comunes o usuales para blanquear, las operaciones que blanquean.

Estamos ante un autentico reciclaje, mismo que debe ser entendido como un proceso complejo integrado por diferentes etapas, las cuales, harán posible la reintegración del capital ilícito en los cauces económicos legales, sin que su origen pueda ser demostrado. Independientemente de las operaciones concretas con que se verifique el lavado, la meta última no se obtiene de forma instantánea, sino que será alcanzada únicamente mediante una concatenación de actos, en virtud de los cuales, progresivamente se oculta la ilegalidad tanto de la procedencia como del destino de los bienes, simulando su auténtica naturaleza y consiguiendo así que parezcan legítimos³³¹.

De la fenomenología expuesta, se continúa el estudio haciendo énfasis en la teleología de cada una de las fases del delito, pues este es el fundamento que la determinación de la lesividad precisa, es decir, solo analizando la finalidad de acción que busca el blanqueador en cada una de las etapas en las que ejecuta su acción, se podrá conocer los medios idóneos para realizarla, y por ende los bienes jurídicos que se vulneran.

3. - Fase externa del *iter criminis* en el blanqueo de capitales.

3.1.- Primera fase del proceso de blanqueo (Colocación).

Hemos referido las grandes cantidades dinerarias que puede generar el crimen, sobre todo en su caracterización organizada. Las

arte y los mercados de antigüedades, así como el financiamiento de campañas políticas, las actividades deportivas y los espectáculos recreativos. *Vid.: NANDO LEFORT, Víctor M.: El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico..., op. cit., pp. 90 - 98; Sobre operaciones más relevantes en las etapas del blanqueo: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., pp. 114 - 154.*

³³¹ CERVINI, Raúl, A.: "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas", en International Center of Economic Penal Studies (Serie Documentos I.C.E.P.S. América Latina), *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002, p. 17.

actividades delictivas que desarrolla, regularmente se pagan al contado, así, este fenómeno produce una acumulación masiva de metálico, lo cual constituye un gran problema para sus detentadores, FABIÁN CAPARRÓS señala lo paradójico de esta situación, ya que mientras la delincuencia de «*bagatela*» trata de convertir sus ganancias a metálico de baja denominación, para evitar su seguimiento; las grandes organizaciones criminales, asfixiadas por una gran masa física de riqueza luchan por transformar el metálico en diversos bienes susceptibles de ser reintroducidos de modo más discreto en los cauces de la economía legal³³².

El crimen organizado, opera como «*empresa*», con un preponderante fin de lucro —el cual obtiene—, y el último peldaño de esa actividad «*empresarial*» es el blanqueo de las ganancias obtenidas; así, en esta última etapa de la industria del crimen, comienza un proceso en el cual los recicladores, primeramente se ven en la necesidad de deshacerse de las ingentes cantidades acumuladas en metálico, con el objetivo fundamental de poderlas introducir en la economía legal. En esto consiste la primera etapa del blanqueo denominada *colocación*³³³.

El producto económico del delito, supone para el criminal la problemática de su aprovechamiento, ya que la circulación en efectivo de grandes sumas, encendería las alarmas y alertaría a las autoridades del lugar donde se realizaran los movimientos, máxime si se trata de un lugar con altos índices de delincuencia propia del crimen organizado —trafico de drogas, armas, prostitución etc.—, lo que obliga al delincuente en esta primera etapa del lavado, a fraccionar en pequeños montos sus ganancias y colocarlas en lugares distintos a aquellos donde los produjeron³³⁴. Sin embargo este esquema solo es adecuado hasta cierto punto, ya que como se

³³² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

³³³ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.* p. 225.

³³⁴ NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico...*, *op. cit.*, p. 84.

mencionó líneas arriba, se pueden acumular cantidades tan grandes de numerario, que lo que se buscará será cambiarlo por billetes de las más altas denominaciones, para hacer factible su manejo. Con todo, es tan sustanciosa la ganancia que produce el crimen, que se han dado casos en que, incluso el cambio por moneda de mayor valor, no sirve para reducir su volumen a cantidades que faciliten su manejo³³⁵.

Ya desde esta primera etapa del blanqueo, las autoridades encargadas de perseguir y sancionar el delito, se ven dificultadas en su labor, por las características de las operaciones; para convertir grandes cantidades de metálico, en un medio de cambio que se pueda usar y que permita una mayor facilidad de movimiento, el criminal realiza la *colocación* de capitales, basándose en lo siguiente:

Secreto de la operación. El cual abarca todos los aspectos de la transacción que realiza —dentro o fuera del sistema financiero—; realizándose en lugares que sean seguros por su alejamiento del lugar donde se cometió el delito del que procede el capital; con empleados que se mantengan fieles³³⁶ o completamente ignorantes de la actividad que realizan³³⁷.

Anonimato de los «*colocadores*» y complicidad de los funcionarios financieros. En efecto, estas circunstancias permiten que se realicen las operaciones de colocación, sorteando las obligaciones del

³³⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 113, quien cita el llamado caso «*pizza connection*» que se basa en una operación entre Italia y EE. UU., contra el tráfico de heroína, donde los blanqueadores ante la imposibilidad de contar cantidades tan grandes de billetes de 100 dólares, se vieron obligados a utilizar balanza comerciales para conocer el peso exacto de un millón de dólares, que habrían de transportarse a los paraísos fiscales del Caribe.

³³⁶ NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico...*, op. cit., p. 87.

³³⁷ Como señala Fabián Caparrós, al comentar el caso «*pizza connection*», en el cual se utilizaban 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.” *Vid.*: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 113.

sistema financiero de identificación y comunicación que tienen; así, mediante transacciones pequeñas —fraccionadas—, con el uso de documentos de identidad falsificados, y en último extremo —por constituir un riesgo en la operación—, con la corrupción de algún funcionario del sistema financiero³³⁸, se cumple la colocación en el blanqueo de capitales.

Por último, la sencillez o complejidad de las operaciones, dependerá del caso concreto, sin embargo, los especialistas en lavado de activos sostiene que los métodos más simples se convierten en los más idóneos para blanquear dinero; el refranero popular dice que: “lo más sencillo es lo que más luce”, en el caso concreto, lo más sencillo en la colocación de capitales sucios —por su bajo perfil—, es lo que menos posibilidades tiene de ser descubierto. Así, manteniendo al mínimo la división de trabajo, y restringiendo la pluralidad de sistemas de lavado³³⁹ a aquellos que sean funcionales para el cometido, tornará en más difícil su identificación y enjuiciamiento.

Ahora bien, la sencillez de la operaciones de colocación, parecen suficientes para su fin, entonces NANDO LEFORT se pregunta, ¿por qué los lavadores realizan operaciones más complejas? y responde diciendo, que dos situaciones pueden presentarse al respecto, la primera se basa en los honorarios que cobran los lavadores y que serán más altos en la medida de la complejidad de las estrategias que emplean. La segunda circunstancia, puede presentarse por un problema de oferta y demanda, ya que si la estructura lavadora es

³³⁸ NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico...*, op. cit., p. 87. MUÑOZ CONDE y FOFFANI señala cuatro casos en los cuales la institución de crédito puede verse relacionada con un delito, a saber: a) los casos en que el banco (como persona jurídica o por sus representantes), es autor de delito en beneficio propio o de un tercero; b) los casos en los que el banco es un instrumento en la comisión de un delito; c) los casos en los que el banco es víctima de un delito por una persona que labora dentro de la entidad; y d) los casos en que los bancos son víctimas de un delito cometido por individuo extraño a la entidad. Vid.: MUÑOZ CONDE, Francisco / FOFFANI, Luigi: “Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros. Una perspectiva comparada”, en *RP, La ley*, Nº 25, enero 2010, pp. 81 y ss.

³³⁹ NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico...*, op. cit., p. 87.

más compleja parecerá más refinada y llamará la atención a aquellos que pretendan emplearla³⁴⁰.

En todo caso, con operaciones simples o complejas, por su fenomenología, el primer problema que se le presenta al que pretende dotar de cierta legalidad a una masa exagerada de efectivo ilícito, consiste tanto en el alejamiento jurídico de su origen como en superar con éxito la barrera física que representa su extraordinario volumen³⁴¹. Para lo cual tienen a su alcance los más variados instrumentos jurídicos y financieros que permitan una más fácil movilidad comercial, pues como afirma BLANCO CORDERO, esta etapa inicial del reciclaje de ilícitos, está caracterizada por la colocación de las grandes sumas de dinero en efectivo, mediante los más diversos mecanismos, como el sistema financiero (tradicional o no), el traslado físico al extranjero, o mediante los actos económicos al por menor³⁴².

La peculiaridad de la colocación en el blanqueo, resulta por las ingentes cantidades de dinero en metálico que deben ser transformadas, por algo más manejable —por lo menos físicamente—, en este sentido conviene hacer desde ahora una breve referencia a los métodos que se utilizan tanto dentro como fuera del sistema financiero, cuando se trata de actualizar esta primera etapa del ilícito.

3.1.1.- Colocación mediante establecimientos financieros.

Si tomamos en cuenta, por un lado el gran número de actos que mediante operaciones de crédito se pueden realizar en el sistema financiero, y por otro el gran número de instituciones que conforman dicho sistema, se puede concluir que los blanqueadores

³⁴⁰ *Ibid.* p. 88.

³⁴¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 112.

³⁴² BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 64, Donde hace referencia (citando a Müller), a que según cálculos aproximados, el 80% anual, de las ganancias que se obtienen por el tráfico de drogas en EE UU, es colocado usando instituciones integrantes del sistema financiero.

de capitales, cuando utilizan en sus operaciones al sistema financiero, tienen una amplia gama de oportunidades que les permite deshacerse de grandes cantidades de dinero en metálico, mediante su conversión a títulos financieros.

BLANCO CORDERO, siguiendo la normativa internacional sobre la materia, sintetiza, las operaciones de colocación mediante la utilización del sistema financiero, y lo hace de la manera siguiente³⁴³:

a) *Fraccionamiento (structuring / smurfing)*.

Son todas aquellas operaciones que tienen como finalidad evitar los controles que tiene el sistema financiero para identificar al usuario y comunicar las operaciones relevantes o inusuales que realice.

Para lograr este objetivo, el criminal fracciona las operaciones en metálico (*v.gr.* depósitos, adquisición de títulos valor, cambio de moneda de menor valor por otras de mayor valor, compra de divisas, etc.)³⁴⁴, siempre a cuantías tales y usando pluralidad de sujetos, para que por un lado se eviten los controles bancarios de identificación y comunicación, y por otro no se llame la atención sobre lo inusual de la operaciones de colocación.

El blanqueador fracciona las transacciones que realiza, y así se habla del *smurfing* o pitufo, consistente en comprar instrumentos financieros por cantidades que no excedan los montos establecidos y por los cuales, la institución financiera debe de poner en conocimiento a las autoridades. Por otro lado el *structuring*, es el depósito en cuentas bancarias, por cantidades inferiores a las que imponen la obligación de comunicación³⁴⁵.

³⁴³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 64 y ss.

³⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, p. 225.

³⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 65.

b) Participación de los empleados bancarios.

Estamos de acuerdo con ÁLVAREZ y EGUIDAZU cuando señalan que inicialmente el sistema financiero fue el principal medio por el cual los criminales blanquearon capitales, razón por la cual el núcleo de las cuarenta recomendaciones del GAFI (de la 8 a la 29), se dedica a prevenir este ilícito, señalando las obligaciones concretas de identificación de los usuarios y la conservación de documentos — obligaciones comunes a todos los tratados y acuerdos sobre la materia—. Si dichas reglas se cumplieran de manera tajante, inflexible, el blanqueo de capitales sería prácticamente imposible o tendría una gran dificultad³⁴⁶.

BLANCO CORDERO, pone de relieve la facilidad para el blanqueador, cuando el personal de un grupo bancario se encuentra intimidado, corrompido o controlado por la delincuencia, ya que esto permite a los que pretenden lavar dinero, consumir cualquiera de las fases del delito, principalmente cuando las exigencias de comunicación e identificación del cliente revisten un carácter de recomendación más que de obligación, y esto precisamente ocurre, cuando se deja a discreción de la entidad financiera, las excepciones al deber de informar e identificar al cliente³⁴⁷.

³⁴⁶ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 71.

³⁴⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 66. ya que existen diversas excepciones a las obligaciones que tienen los empleados bancarios de identificar y comunicar las operaciones que realizan sus usuarios, excepciones que se basan en lo habitual y en el previo conocimiento del cliente, sien embargo cuando existe colusión entre los funcionarios bancarios y los blanqueadores, se da un abuso que permite colocar y realizar las subsecuentes etapas del blanqueo, con relativa facilidad. El autor señala que “Una forma de evitar este tipo de abusos puede ser la exigencia de aprobación por parte de la autoridad de supervisión de tales excepciones”.

3.1.2.- Colocación mediante instituciones financieras no tradicionales.

El contrabando de dinero o de instrumentos monetarios, mediante transporte físico del mismo hacia el exterior de un país, no deja rastro. La utilización de medios de transporte (empresas de logística, correos, y en general transportes —aéreos, marítimos o terrestres— privados o públicos, de carga o de pasajeros), pese a su carácter poco sofisticado, es un medio económico, fácil y bajo en riesgos; en una economía global, con el aumento exponencial de las operaciones comerciales internacionales, además de la agilidad que dichas operaciones precisan y la corrupción que se puede verificar en los agentes aduanales, son factores que hacen prácticamente imposible, la revisión exhaustiva de todos y cada uno de los cargamentos que cruzan las fronteras, con lo que se realizan controles aleatorios que solo cubren una pequeña parte³⁴⁸.

3.2.- Segunda fase del proceso de blanqueo (Conversión).

Esta etapa por su desarrollo, constituye el blanqueo de capitales en *stricto sensu*; como hemos señalado, no todo proceso de blanqueo comienza con la etapa de colocación, sin embargo, por necesidad, todo capital sucio requiere someterse a una fase de conversión para desvirtuar el origen que pudiera vincularlo con su origen delictivo³⁴⁹. La finalidad de esta fase es ocultar el origen del producto ilícito, mediante la realización de diversas transacciones³⁵⁰, las cuales se irán sumando unas a otras para alejar con cada una, más y más a los capitales de su origen delictual.

Para lograr el objetivo de ésta *conversión*, es necesaria la circulación en el mercado del capital a blanquear, es decir, se tiene que convertir en el objeto de una pluralidad de actos, tan variada y numerosa

³⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, p. 225.

³⁴⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 133.

³⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 69 y 70.

como el caso concreto lo requiera para arribar a la finalidad perseguida. FABIÁN CAPARRÓS —siguiendo a la doctrina italiana—, precisa que por circulación de los bienes en el mercado, debe entenderse todo movimiento material de los mismos, así como cualquier acto, que recayendo sobre dichos bienes los aleje de su origen, incluso si el acto se verifica sin que los bienes cambien de titular³⁵¹.

Generalmente esta etapa de ensombrecimiento se verifica en los circuitos financieros; con frecuencia mediante la transferencia del capital a paraísos fiscales. Así el dinero ingresa en un flujo financiero que realiza un prolongado recorrido por diversos países, entidades financieras y números de cuenta (tanto de personas físicas como morales), variando la cuantía de las transferencias. El recurso al sistema financiero es tan útil para cumplir este blanqueo en estricto sentido, que los especialistas —tal es el caso de la *Drug Enforcement Administration* (DEA)—, ponen de manifiesto el hecho de que la circulación de tres movimientos interbancarios, hacen prácticamente imposible determinar la identidad de los causantes y el verdadero origen del dinero³⁵².

En general, cualquier método que convierta los capitales de origen ilícito, por otros que permitan suponer su origen dentro de la ley, serán operaciones de conversión; dentro de la doctrina se menciona ejemplificativamente: la creación de un rastro documental falso, la conversión de metálico en instrumentos financieros, la adquisición de bienes materiales con dinero en metálico y su posterior cambio en ventas, transferencia electrónica de fondos

³⁵¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 133 y 134, ya que como explica, a esta etapa le interesa no solo la adquisición de otros bienes a cambio de los originales, sino que en ocasiones bastará la simple modificación del título por el cual se acredita un derecho sobre el bien, para así poderlo alejar de su origen delictivo.

³⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, pp. 226 y 227, quien hace referencia al dato plasmado sobre la DEA, citando a ZIEGLER, Jean: "Los sindicatos del crimen y la Europa unida", en *Los reverses del Derecho*, edición de Gonzalo Martínez-Fresneda, Barcelona, 1993, pp. 159 -173.

3.3.- Tercera fase del proceso de blanqueo (Integración).

El proceso que se ha venido comentando, por virtud del cual se le da una apariencia de legalidad a ciertos capitales obtenidos de manera ilícita, llega a su culminación cuando esos capitales retornan a los cauces de la economía legal con la apariencia de haber sido obtenidos de manera lícita³⁵³, con lo cual se estará en aptitud de aprovechar los beneficios obtenidos ilícitamente.

El retorno del capital blanqueado debe hacerse mediante la inversión del mismo en la economía legal, FABIÁN CAPARRÓS, muy acertadamente analiza en que consiste la inversión en la fase de integración, su análisis parte de su significado, y dice que cuando se refiere a caudales invertir significa —emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas—; por lo que respecta al lavado de dinero, hay que resaltar que no toda operación de integración tendrá que buscar el beneficio económico, ya que como hemos analizado el blanqueador no seguirá una lógica de mercado tratando de obtener la mayor ventaja económica con el menor ingreso posible, sino lo que hará, será invertir en aquellas operaciones que representen un menor riesgo de ser detectadas como blanqueadoras³⁵⁴.

El elemento esencial de la integración lo constituye la inversión «de algún modo *sui generis*», en otras palabras, la fase de integración en el blanqueo solamente será consumada, si el sujeto activo del delito, aplica el capital ilícito a la adquisición de bienes o servicios, que se encuentran dentro del mercado lícito³⁵⁵. Con las siguientes características:

³⁵³ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, p. 227.

³⁵⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 149 - 151.

³⁵⁵ *Ibid.*, pp. 150 y 151. Señala que cuando de inversión en la fase de integración se trata, se deben de tener muy claros y distinguir los conceptos de «ahorro y consumo», ya que la confusión en los mismos, puede desvirtuar el significado de inversión por lo que al blanqueo de capitales se refiere.

La inversión para la integración, es posterior y no incluye la adquisición de bienes y servicios para consumo personal; así como tampoco incluye la reinversión de los caudales en la estructura «empresarial» que les dio origen; la inversión para la integración, no responde a ninguna lógica de mercado, puesto que puede o no reeditar en la obtención de beneficios económicos³⁵⁶.

4.- Métodos generalmente empleados en el blanqueo de capitales.

Las operaciones concretas por virtud de las cuales se dotan de una apariencia de legalidad a capitales que tienen su origen en actos ilícitos —como ya hemos tenido la oportunidad de explicar—, constituyen un abanico tan amplio y solamente limitado por la imaginación del blanqueador, lo que hace que sea materialmente imposible, analizar todos los métodos por los cuales se blanquean capitales³⁵⁷. Sin embargo, consideramos que nuestro estudio no sería completo, si no contiene cuando menos un cierto grupo de operaciones, que sirviendo de parámetro o referencia, nos permita conocer la naturaleza de dichas operaciones, así como las instituciones que intervienen en su realización; este imperativo metodológico que se nos presenta, servirá para conocer la finalidad y naturaleza de cada acción concreta, que se ejecute en el proceso del lavado de activos, con lo que estaremos en aptitud de determinar hacia cuál o cuáles bienes jurídicos, va dirigida la acción lesiva.

En el estudio de los métodos empleados para el reciclaje de ganancias ilícitas, la doctrina distingue dos niveles de actuación: las ejecutadas al interior de un país y las que se ejecutan en el

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 150 y ss.

³⁵⁷ Como señala COLOMBO: casi la totalidad de los delitos, pueden suponer la creación de capitales ilícitos. *Vid.*: COLOMBO, Gherardo: *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Giuffrè, Milano, 1990, p.17. Sobre las algunas formas en las que se pueden ejecutar operaciones de blanqueo de capitales, *Vid.*: LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis M.: *Blanqueo de capitales, prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 48 - 64.

exterior³⁵⁸. Seguiremos esta clasificación puesto que consideramos que por metodología, es la más adecuada para ir deslindando las formas en las que se presenta el blanqueo.

4.1.- Métodos ejecutados al interior de los países.

4.1.1.- Operaciones dentro del sistema financiero.

Como advierte BLANCO CORDERO “Un componente esencial para el éxito de las operaciones criminales reside en el blanqueo de las ganancias ilícitas obtenidas del delito. Para poder beneficiarse de los productos derivados del delito es preciso blanquearlos, y el medio ideal es la utilización de los servicios que ofrecen las instituciones financieras. El aumento de la liberalización y de la integración de los mercados financieros mundiales, la retirada de las barreras al libre movimiento de capitales y la rapidez y eficacia de la transferencia de dinero por vía electrónica entre distintos países son factores que han facilitado en gran medida el blanqueo de capitales, dificultando a las autoridades el descubrimiento de flujo de activos ilegales.”³⁵⁹. Dentro de las operaciones más representativas y que se realizan hacia el interior de los países usando el sistema financiero, se encuentran las siguientes:

a) Uno de los métodos mayormente usado en las actividades de reciclaje, consiste en usar los sistemas bancarios nacionales, mediante las operaciones que permiten las cuentas corrientes o las de ahorro; para la utilización del sistema bancario, se utilizarán a personas físicas (conocedoras o ignorantes de la actividad que

³⁵⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 46 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 80.

³⁵⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *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*, Comares, Granada, 1999, p.7.

realizan), así como personas jurídicas (reales o que sirvan como empresa pantalla), pero en cualquier caso se evitará el movimiento de cantidades tales, que hagan relevante, inusual o sospechosa la operación. El grupo Wolfsberg³⁶⁰, reconoce esta mecánica y dice que “Ya se sabe que los blanqueadores de capitales hacen todo lo posible para hacer que sus transacciones no se diferencien de las operaciones legales. Por lo tanto, resulta difícil – a veces imposible – para las entidades distinguir entre las transacciones legales y las ilegales, aunque la entidad en cuestión haya desarrollado y adoptado un planteamiento prudentemente diseñado basado en el riesgo en su programa de prevención de blanqueo de capitales”³⁶¹.

Con todo el sistema más sencillo para librarse del dinero ilícito en metálico, para su manejo mediante la adquisición de diversos títulos financieros y finalmente para su inversión, es mediante su fraccionamiento e ingreso en una cuenta bancaria³⁶². Tal exposición del sistema financiero a las operaciones de blanqueo, ha hecho que los diferentes organismos encargados de prevenir, perseguir y sancionar el lavado, creen una serie de disposiciones tendientes a un blindaje del sistema por lo que a estas acciones se refiere.

Así el SEPBLAC considera que con el fin de evitar que los fondos que tienen origen en actividades delictivas, sean encausados a través de los sectores financieros, se debe reforzar ante todo:

La normativa dirigida a la detección de las operaciones sospechosas antes de que se lleven a cabo, con el objetivo de impedir que los fondos producto de ilícitos se introduzcan en el sistema; la normativa que permita profundizar y facilitar el análisis de las

³⁶⁰ El Grupo Wolfsberg lo conforman las siguientes instituciones financieras internacionales: ABN AMRO, Banco Santander, Bank of Tokyo-Mitubishi-UFJ, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan Chase, Société Générale y UBS.

³⁶¹ Documentación: THE WOLFSBERG GROUP: *Declaración de Wolfsberg – Guía para un planteamiento basado en el riesgo en la gestión del riesgo de Blanqueo de Capitales*, en introducción.

³⁶² *Vid.: supra*, tema VI., 3.- sobre la fase externa del *iter criminis* en el blanqueo de capitales.

operaciones sospechosas, cuando sea imposible su detección previa, ya que solo así se podrá evitar su realización; y las obligaciones de identificación de los clientes, así como las relativas a la comunicación de las operaciones que realicen³⁶³.

En el análisis de las operaciones que pueden ser objeto de blanqueo de capitales, el SEPBLAC, hace referencia a las premisas para la existencia de riesgo en operaciones que implican al sistema financiero, y señala lo siguiente:

“En todo caso la operación concreta o el comportamiento observado no ha de resultar coherente con: el perfil del cliente, en función de la información que la entidad ha de obtener de la actividad del mismo, o con el tráfico o actividad usual y esperable de éste, en función de sus antecedentes operativos. Factor que agrava el riesgo: la presencia de alguno de los intervinientes en paraísos fiscales o en territorios de riesgo constituye un factor adicional que incrementa el nivel de riesgo en la operación o en el comportamiento”³⁶⁴.

b) Manipulación de la bolsa y demás intermediarios financieros, mediante el *insider trading* (uso de información privilegiada)³⁶⁵.

c) Uso de casas de cambio e instituciones bancarias con el objetivo de transformar los capitales ilícitos en divisas que por su solidez sean aceptadas internacionalmente. Como menciona BLANCO CORDERO, esta actividad responde a los casos en que el crimen organizado capta como ingresos monedas de diferentes países, además de que es un mecanismo que bien sirve para la reducción del volumen de las masas dinerarias, lo cual facilita su transportación³⁶⁶.

³⁶³ Documentación: SEPBLAC: En los diferentes catálogos ejemplificativos de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales.

³⁶⁴ Documentación SEPBLAC: Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para remitores de fondos y establecimientos de cambio de moneda. p. 2.

³⁶⁵ KAPLAN, Marcos: “Economía criminal y lavado de dinero” en BMDC, XXIX, 1996, p. 228.

³⁶⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 81.

d) La instrumentalización de títulos valor³⁶⁷ y demás operaciones del sistema financiero. En general se hace referencia a cualquiera de los títulos u operaciones de crédito que se realizan teniendo como intermediario al sistema financiero, tales como el pagaré, cheque, letras de cambio, fideicomisos etc. Recordando lo dicho en párrafos anteriores, ahí donde exista la oportunidad de colocar, convertir o reintegrar dinero sucio, el blanqueador utilizará dichos medios para su fin.

4.1.2.- Operaciones fuera del sistema financiero.

Por lo que respecta a las operaciones comúnmente realizadas, hacia el interior de los países, sin utilizar el sistema financiero, y que tienen como transfondo el lavado de activos, la doctrina ha señalado como de común realización las siguientes:

a) Utilización de empresas ficticias. La formación de empresas ficticias, es un recurso ampliamente usado por los que se dedican a esta actividad criminal, con todas las ramificaciones —desde luego ilícitas—, que puede alcanzar la actividad empresarial, como el uso de trabajadores clandestinos o inmigrantes que hacen remesas de efectivo a sus países utilizando sus cuentas bancarias³⁶⁸.

b) Operaciones comerciales ficticias o facturación inflada.

c) Contratos ficticios que impliquen la translación de algún derecho, usualmente contratos de compraventa o alquiler. Existe la tendencia en las legislaciones de imponer un límite a los montos en efectivo que pueden ser manejados en la compraventa de inmuebles, sin

³⁶⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 115 - 118.

³⁶⁸ En este sentido dice LOMBARDEO: "Para completar un ciclo de reciclado de activos es aconsejable interponer el mayor número posible de agentes de apariencia lícita. En este sentido, es usual que dichos agentes estén ubicados allende la jurisdicción nacional, especialmente en los denominados paraísos fiscales. Estas sociedades pueden carecer incluso de actividades y medios para realizarse, ubicándose habitualmente en el sector de asesoría, consultoría, etc., en los que existe mayor dificultad para poder demostrar esta falta de actividad". Cfr.: LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis M.: *Blanqueo de capitales...*, op. cit., p.60

embargo, para saltarse el impedimento legal, los blanqueadores han empleado contratos con reserva de dominio, donde la obligación de pago se difiera en el tiempo y siempre por montos inferiores a los que impone la ley, con lo cual evitarán levantar sospechas por parte de las autoridades.

d) Uso de establecimientos que prestan servicios al público y que precisamente por su giro es muy fácil alterar los datos que registran el flujo de capital que reciben, tal es el caso de hoteles, casinos, restaurantes, etc., dice BLANCO CORDERO, que estos negocios que generan una gran cantidad de dinero en metálico, y que ofrecen sus servicios a una masa anónima e indeterminada de consumidores, ofrecen también muchas ventajas a quienes pretenden blanquear capitales, ya que normalmente los clientes pagan con dinero en metálico con lo que resulta muy sencillo inflar los ingresos de forma artificial, mezclándolos con los ingresos ilícitos. Así concluye que cualquier negocio que genere ingresos en efectivo, y que en lugar de facturas emita notas de consumo o tickets, será una buena herramienta para reciclar³⁶⁹.

e) Por último, es importante destacar el papel de las instituciones que formalmente se encuentran constituidas como sociedades mercantiles, pero que materialmente realizan funciones del sistema financiero. Efectivamente, las exigencias sociales han permitido que en la actualidad los particulares se asocien y operen, con instituciones cuyo objeto social se basa en operaciones que corresponden al sistema financiero, con lo cual se encuentran facultados para captar recursos de cierto público, realizar préstamos e inversiones. Tal es el caso de las llamadas SOFOM (Sociedad Financiera de Objeto Múltiple), que se encuentran reguladas en una legislación especial del orden jurídico mexicano y que por los mecanismos que emplea constituye un foco de riesgo, puesto que

³⁶⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 84. Quien citando a Solans Soterias copia la siguiente máxima "A mayor porcentaje de Producto Interior Bruto generado por el sector servicios, mayor facilidad para blanquear". Cfr.: SOLANS SOTERAS, Miguel: "Blanqueo de dinero y movimientos financieros" en *Cuadernos jurídicos*, núm. 3, diciembre 1992, p. 54.

mediante dichas sociedades resulta en extremo sencillo ejecutar cualquiera de las etapas del blanqueo de capitales.

4.2.- Métodos ejecutados al exterior de los países.

4.2.1.- Operaciones dentro del sistema financiero.

a) Los paraísos fiscales. Según la OCDE, existen diversos criterios para determinar que una jurisdicción es un paraíso fiscal: 1.- que la jurisdicción no imponga impuestos a las operaciones que dentro de ella se realicen; 2.- La falta de transparencia; 3.- Si las leyes no permiten el intercambio de información con otros países, donde se encuentran los contribuyentes que se benefician, y; 4.- Si se permite a los no residentes beneficiarse de las ventajas impositivas, aun cuando no desarrollen efectivamente su actividad dentro de la jurisdicción³⁷⁰.

Dentro de esta categoría de paraísos fiscales el artículo único del RD 1080/199, de 5 de julio, en relación con el artículo segundo del RD 116/2003, de 31 de enero, se determina cuales son las jurisdicciones que se deben de entender como paraísos fiscales para el orden jurídico español³⁷¹.

³⁷⁰ Sobre los criterios para la determinación para los paraísos fiscales, *Vid*, sitio web de la OCDE <http://www.oecd.org/ctp/harmfultaxpractices/taxhavencriteria.htm> (última consulta, noviembre de 2012).

³⁷¹ Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. (BOE, núm. 167 de 13 de julio de 1991, pp. 23.371 y ss.).

“Artículo único.

Los países y territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 23, apartado 3, letra f, número 4, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, según la redacción dada por el artículo 62 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, son los que a continuación se señalan:

Es tan común la utilización de paraísos fiscales en la red de blanqueo de capitales, que a últimas fechas se han dado a conocer listas — donde como usuarios de estos sistemas de baja fiscalización—, que incluyen desde miembros del crimen organizado, hasta políticos de diversas jerarquías, incluyendo a personas políticamente expuestas y empresarios de todo tipo a nivel mundial; y donde se calcula que por medio de las entidades financieras en paraísos fiscales, se

1. Principado de Andorra; 2. Antillas Neerlandesas; 3. Aruba; 4. Emirato del Estado de Bahrein; 5. Sultanato de Brunei; 6. República de Chipre; 7. Emiratos Árabes Unidos; 8. Gibraltar; 9. Hong-Kong; 10. Anguilla; 11. Antigua y Barbuda; 12. Las Bahamas; 13. Barbados; 14. Bermuda; 15. Islas Caimanes; 16. Islas Cook; 17. República de Dominica; 18. Granada; 19. Fiji; 20. Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal); 21. Jamaica; 22. República de Malta; 23. Islas Malvinas; 24. Isla de Man; 25. Islas Marianas; 26. Mauricio; 27. Montserrat; 28. República de Naurú; 29. Islas Salomón; 30. San Vicente y las Granadinas; 31. Santa Lucía; 32. República de Trinidad y Tobago; 33. Islas Turks y Caicos; 34. República de Vanuatu; 35. Islas Vírgenes Británicas; 36. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América; 37. Reino Hachemita de Jordania; 38. República Libanesa; 39. República de Liberia; 40. Principado de Liechtenstein; 41. Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las Sociedades a que se refiere el párrafo 1 del Protocolo anexo al Convenio, para evitar la doble imposición, de 3 de junio de 1986; 42. Maca; 43. Principado de Mónaco; 44. Sultanato de Omán; 45. República de Panamá; 46. República de San Marino; 47. República de Seychelles; 48. República de Singapur.”

Lista de paraísos fiscales, modificada por el artículo segundo del Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. (BOE, núm. 28 de 1 de febrero de 2003, p. 4.297).

“Uno. El artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, pasa a ser el artículo 1.

Dos. Se añade un artículo 2 al Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, con la siguiente redacción:

«Artículo 2. Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor.»”

blanquean sumas que van de los 16 a los 24 billones de euros, lo que equivaldría a la suma del PIB de Estados Unidos y de Japón³⁷².

b) Sociedades interpuestas, oficinas *off shore*. Las oficinas *off shore* sirven para ejecutar operaciones tendientes al blanqueo de capitales, ya que con las mismas se comete un error al momento de que la institución financiera cumple con sus obligaciones de identificación de los clientes y comunicación de las operaciones que en ella se realizan. La forma de operar es la siguiente: el capital de un cliente se transfiere desde una cuenta principal —en la casa matriz— hasta una subcuenta —en las entidades satélite— que se encuentran radicadas en el exterior, siendo el nombre de la sociedad interpuesta el que figura en los registros operacionales de la casa matriz, con lo que permanecerá en el anonimato el destinatario de los fondos³⁷³.

4.2.2.- Operaciones fuera del sistema financiero.

a) Contrabando de dinero en metálico. La transportación física del dinero³⁷⁴, para alejarlo de la jurisdicción del lugar donde se cometió el ilícito que los produjo, consiste un método poco sofisticado pero eficaz para el fin que persigue, ya que por la magnitud de las operaciones de importación y exportación que se realizan a diario a nivel global, así como por el traslado de personas de un lugar a otro, resulta materialmente imposible a las autoridades, la revisión exhaustiva de todos los individuos y objetos que se transportan de un país a otro.

b) sociedades de transferencias de fondos³⁷⁵. Otro gran nicho, ampliamente explotado por quienes al blanqueo de capitales se dedican, lo constituye las diversas compañías que sirven para

³⁷² PERIÓDICO EL PAÍS: “Una investigación revela miles de nombres de evasores fiscales”, publicación de 4 de abril de 2013, consulta disponible en sitio web: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/04/actualidad/1365091716_864968.html

³⁷³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 136.

³⁷⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 85.

³⁷⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 85.

realizar remesas de efectivo en un país y retirarlas —previo el descuento de la correspondiente comisión—, en otro.

Estas compañías como *western union*, operan en zonas de gran migración, como puede ser el sur de EE. UU. o el centro de Europa; la forma de operar es con una casa matriz en el lugar donde se reciben los depósitos y con sucursales en las ciudades donde con un mayor número de inmigrantes. Y son de gran utilidad a los que encontrándose en cierta forma irregular o indocumentada, fuera de sus países, tratan de enviar dinero a sus familiares. Como puede imaginarse, estas sociedades captan del público en general grandes cantidades de dinero en efectivo, lo que desde la etapa de colocación sirve para la confusión y mezcla con capitales ilícitos. Por lo que a las demás etapas del blanqueo se refiere, son igualmente de gran utilidad, ya que el manejo transnacional de fondos permite apartar el capital a lavar, tanto de su origen ilícito³⁷⁶.

4.3.- El uso de los avances tecnológicos e informáticos.

Dentro de los métodos más frecuentes que utilizan los blanqueadores de capitales, mención a parte merece el uso de la tecnología en el lavado de activos, ya que la misma es un instrumento idóneo y sumamente eficaz para consumir las diferentes etapas del blanqueo, mediante operaciones financieras ya sea al interior o exterior de los países³⁷⁷.

En efecto, consecuencia de la globalización es la aplicación de las altas tecnologías de la información y comunicación electrónica en el

³⁷⁶ KAPLAN, Marcos: "Economía criminal y lavado de dinero...", op. cit., p. 229.

³⁷⁷ Se tiene que tener presente los señalado por BERDUGO respecto a que "La denominada revolución informática, que ha penetrado en los ámbitos más diversos de nuestra sociedad, ha hecho su aparición también en el campo del derecho penal. En primer lugar, al hacer surgir la posibilidad de acudir a esta parcela del derecho para tutelar diversos aspectos del proceso informático; y en segundo lugar, y en sentido opuesto, al aumentar la capacidad de incidir de forma negativa sobre determinados bienes jurídicos, de un modo particular aquellos que poseen contenido económico" Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Prólogo", en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M^a Luz: *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.11.

proceso económico, y como menciona GUTIÉRREZ FRANCÉS, la informática representa un instrumento bastante eficaz para el blanqueo de capitales, ya que se mueve en dos ejes fundamentales, el primero la transnacionalización de la economía y el segundo la deslocalización de la persona que lo emplea; lo que representa un único mercado mundial compuesto por millones de operaciones comerciales que a diario se celebran desde cualquier rincón del mundo³⁷⁸. En palabras de BLANCO CORDERO, Los sistemas de transferencias electrónicas mueven a diario miles de millones de dólares y si bien es cierto que las entidades financieras de varios países, procuran seguir las políticas de vigilancia e información, también es cierto que el gran número de transacciones internacionales que se celebran, su carácter instantáneo y la importancia de este medio para el comercio mundial, son circunstancias que vuelven muy difícil la vigilancia de ésta área³⁷⁹.

Así la globalización con la evolución de la informática, ha transformado el intercambio monetario, facilitando el flujo mundial de capitales, pero en este proceso tan benéfico de transnacionalización, no han quedado excluidos los capitales que tienen su origen en el delito, por el contrario, las operaciones de lavado de dinero, se han visto favorecidas y potenciadas por este fenómeno³⁸⁰, a tal punto, que las transferencias electrónicas de fondos, son consideradas como uno de los métodos, más importantes y accesibles para los blanqueadores, desde la etapa de «ensombrecimiento»³⁸¹.

³⁷⁸ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional” en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (editor): *Banqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, colección Aquilafuente, Salamanca, 2002, p. 195.

³⁷⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 71.

³⁸⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional...”, *op. cit.*, p. 195.

³⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 70.

Es por esto que el GAFI ha advertido el peligro que supone el empleo de Internet como instrumento del blanqueo de capitales, y menciona que la red supone la combinación de la velocidad y el anonimato que le permite a cualquiera, mover dinero en segundos a cualquier parte del mundo, lo que dificulta el seguimiento de las transacciones que por este medio se celebran³⁸², máxime que no existen controles eficaces para fiscalizar las transferencias electrónicas transnacionales; ésta ausencia de controles, se debe —entre otras razones—, al interés que los gobiernos tienen en preservar la confidencialidad de diversas operaciones en las que intervienen, así, a los gobiernos les interesa evitar la especulación que podría generar su actividad financiera —por los efectos nocivos que repercutirían en sus monedas y en los demás mercados financieros—, en tal sentido, mantienen en secreto las operaciones que realizan los bancos centrales cuando actúan sobre la fluctuación de la moneda, igualmente ocultan las operaciones de compraventa de armas o la compraventa de petróleo. Con todo, es necesario un método que asegure la confidencialidad de las operaciones gubernamentales, pero que controle rigurosamente las demás transacciones electrónicas de fondos³⁸³.

La realidad del mundo moderno nos muestra que las transferencias electrónicas de dinero, son el medio por el cual se realizan la mayoría de los pagos tanto a nivel nacional como a nivel internacionales; además de que por seguridad y rapidez, las transacciones de mayor cuantía se realizan por este medio. Ejemplificando este inmenso flujo de activos que circula electrónicamente, BLANCO CORDERO, señala que en los EE.UU. más

³⁸² Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 137.

³⁸³ BASSIOUNI Y GUALTIERE: "International Mechanism to Control the Profits of Illicit Activity" trabajo presentado a la *International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering and The Use of the Proceeds of Crime: a Global Approach*, celebrada en Courmayeur Mont Blanc, Aosta Valley, Italia, los días 18 - 20 de junio de 1994 y bajo los auspicios del *International Scientific and Professional Advisor Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme*, 1994, p. 64, citado por BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 72.

de un trillón de dólares y alrededor de 400,000 transacciones pasan a diario por la cámara de compensación³⁸⁴.

Las transferencias electrónicas de fondos, tienen la peculiaridad de que sistemas lícitos como la *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications* (SWIFT)³⁸⁵, o la CLABE interbancaria; coexisten en el espacio virtual, con sistemas que por carecer de documentos oficiales que registren sus operaciones, así como por la falta de control de los países en que intervienen, son consideradas clandestinas y por las operaciones que ejecutan se les tiene como ilícitas, en efecto, el desarrollo del crimen organizado ha favorecido la aparición de redes financieras que tienen como finalidad la circulación internacional de dinero sucio, para lo cual se valen principalmente de la compensación que sobre los fondos transferidos, realizan las sucursales bancarias³⁸⁶.

En conclusión, todos los avances tecnológicos que permitan transferencias electrónicas de fondos, van a constituir un método rápido, eficaz y seguro para hacer circular dinero de un banco a otro —dentro o fuera de un país—, además de que es ilimitado en el número de operaciones que se pueden realizar; factores estos que son aprovechados por los criminales, generando un amplio potencial para el abuso del sistema³⁸⁷.

³⁸⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 73 y nota 160.

³⁸⁵ El SWIFT, es un código interbancario que permite a la institución financiera comunicar órdenes de transferencia de dinero, entre sus sucursales y otras entidades en el mundo. Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 72 y nota 159.

³⁸⁶ Dentro de este género de *Networks* ilícitas, que se constituyen en ocasiones sobre vínculos familiares se encuentran las siguientes: *Hawalla* —utilizada en los países árabes—, *Chop Shop*, *Chiti o Hundi* —utilizada en China y países asiáticos—, *Stash House* —empleada generalmente en EE.UU. y Latinoamérica—. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 138 y 139.

³⁸⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 73.

B. SOBRE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN JURÍDICO-PENAL PARA LAS CONDUCTAS DE BLANQUEO DE CAPITALES.

En su desarrollo, el blanqueo de capitales busca la mejor forma de licitar las ganancias que han generado actos ilícitos, para tal finalidad quien blanquea se vale de cualquier tipo de acto comercial o financiero que le permita el reciclaje de activos; vemos pues que por su propia naturaleza no se observa la violencia, ni se produce el impacto y alarma social que producen otras actividades relacionadas con las asociaciones criminales, tales como el tráfico de narcóticos, de armas, de personas, el proxenetismo, la prostitución infantil, el terrorismo, etc.

Por el *modus operandi* de los blanqueadores, en el que su actividad procura ser oculta, se genera la equivocada creencia popular, de que no se trata de una actividad perjudicial, y que a las autoridades nacionales e internacionales no les preocupa el asunto, ROBERTO SAVIANO ha afirmado en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander “que el blanqueo de dinero de la mafia italiana ha “infectado” España, y acusó a la policía de no reaccionar... subrayó que en 10 años han sido detenidos en suelo español 10 jefes mafiosos. Y consideró que otros muchos viven aquí con normalidad porque “no han hecho ningún daño aparente”. Cuando decidan matar, España actuará de forma mas contundente y se sabrá hasta que punto las organizaciones mafiosas están presentes aquí”³⁸⁸. Esto no es así, como analizaré a continuación, el blanqueo de capitales es una actividad altamente perjudicial para el orden económico, político y social de cualquier Estado.

La magnitud de los efectos negativos que produce el lavado de activos en todos los niveles y ámbitos de una sociedad, ha hecho que incluso la doctrina que critica la expansión del Derecho penal, y que niega legitimidad al Derecho penal económico, reconozca la necesidad de la intervención punitiva en tratándose del blanqueo de capitales, tal es el caso de SILVA SÁNCHEZ que pone de relieve la

³⁸⁸ Nota tomada del diario EL PAÍS, Saviano: “España está infectada por el dinero de la Mafia”, edición del martes 1 de septiembre de 2009, p. 8.

existencia de un espacio de «*expansión razonable*» del Derecho penal, y para hablar de la lesividad económica del lavado de activos ejemplifica diciendo que la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas, en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del orden económico, con importantes repercusiones lesivas, y aclara, que para que sea «*razonable*» la intervención penal, se debe tratar de grande sumas de activos que sean capaces de afectar el orden económico, es decir, es razonable que quienes realizan grandes inversiones de capitales sucios, en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Sin embargo «*no es razonable*» la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas o medianas cantidades de capitales sucios, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante³⁸⁹.

Es una problemática compleja, y en el estudio sobre la necesidad de intervención penal frente a las conductas de blanqueo, debemos recordar que el lavado de activos opera para su realización con base en sistemas y operaciones tanto comerciales como financieras, tanto nacionales como internacionales, en consecuencia las opciones que el delincuente tiene para lavar dinero se encuentran limitadas en exclusiva por la imaginación. Por otro lado, en lo que se refiere a los medios empleados para el blanqueo, la globalización y los avances tecnológicos además de haber facilitado el comercio legítimo, han facilitado a los delincuentes realizar con gran celeridad e impersonalmente, el traslado de capitales utilizando para ello las instituciones que conforman el sistema financiero.

Es por ésta complejidad de medios y facilidad de instrumentos para llevarlo a cabo, que la delincuencia organizada, se ha visto beneficiada para lograr de manera ágil y oculta la obtención del beneficio por las ganancias que ilegalmente obtienen mediante sus actividades criminales. Ciertamente es que el delito de blanqueo de

³⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, op. cit., pp. 12 y 13.

capitales no es exclusivo de la delincuencia organizada³⁹⁰ y, a reserva que posteriormente se analice esto a detalle³⁹¹, baste por ahora decir que es en el crimen organizado donde se hace más notorio y palpable la actividad de blanqueo, por la necesidad de reciclaje para el disfrute de los productos del ilícito y por que a fin de cuentas constituye el último paso de la actividad criminal en el desarrollo de las operaciones ilícitas de la delincuencia organizada.

1.- El crimen organizado y la globalización.

El fenómeno de la globalización en el ámbito de la criminalidad³⁹² se manifiesta mediante una dimensión transnacional³⁹³ de determinadas formas de delinquir, como dice TERRADILLOS BASOCO la globalización de la criminalidad se identifica con el surgimiento y

³⁹⁰ Piénsese por ejemplo en diversos casos que actualmente han ocurrido de quiebras fraudulentas o de directivos bancarios que defraudan cantidades millonarias; bueno, pues esas ganancias ilícitas deberán ser blanqueadas para poder ser disfrutadas dentro de la economía legal, y nos encontramos así en casos de blanqueo de capitales no cometido por una organización criminal, hemos de precisar desde ahora que la generalidad es que el blanqueo de capitales sea realizado por el crimen organizado.

³⁹¹ *Vid., infra*, Tema VI. B. 1.- del presente trabajo, donde expongo el tema relativo al crimen organizado y la globalización.

³⁹² "Los mismos medios tecnológicos que fomentan la mundialización y la expansión transnacional de la sociedad civil también proporcionan la infraestructura para ampliar las redes mundiales de la sociedad "incivil" vale decir, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el terrorismo." Kofi A. Annan, fungiendo como Secretario General de la ONU y con motivo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Palermo Italia del 12 al 15 de diciembre de 2000.

³⁹³ "La criminalidad organizada, dotada muchas veces de estructuras que superan las fronteras nacionales, es un rasgo de la actual delincuencia que requiere plantearse la validez de los modos de respuesta tradicionales, tanto penales como procesales, que el Estado utiliza frente a ella." Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Prólogo", en SANZ MULAS, Nieves (coord.): *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2007, p. IX.

proliferación de manifestaciones criminales organizadas de alcance trasnacional³⁹⁴.

La delincuencia organizada desarrolla en su interior una actividad que precisa de una coordinación y jerarquía en la planificación y ejecución de los actos ilícitos, requiriendo de la dedicación permanente de por lo menos tres miembros, en una estructura bien definida³⁹⁵. La Ley de enjuiciamiento Criminal en su artículo 282 bis. 4. da una definición de delincuencia organizada diciendo que “[...]se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:[...]”³⁹⁶.

³⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: “El derecho de la globalización: luces y sombras” en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan R. (dir.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, nº 16, Madrid, 1999, p. 187.

³⁹⁵ Tal como lo señala la Convención de la ONU sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 2 inciso a): “Por “grupo delictivo organizado” se entenderá 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 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.”.

³⁹⁶ La Ley de Enjuiciamiento Criminal determina como delitos cometidos por la delincuencia organizada, los siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo

La complejidad de la actuación de la criminalidad organizada es sumamente amplia en relación con el fenómeno de la globalización, así, para su análisis PÉREZ CEPEDA distingue dos formas en las que se manifiesta la criminalidad en la mundialización: una primera manifestación en la cual los grupos delictivos operan en actividades económicas inicialmente lícitas «como por ejemplo los casos de abuso de poder en el comercio internacional, ilícitos en la transferencia de tecnología, criminalidad informática, etc.». Una segunda manifestación se presentaría en los casos en los cuales los grupos delictivos operan en actividades económicas ilícitas de inicio «como por ejemplo el tráfico internacional de drogas, armas, moneda falsa, blanqueo de capitales, personas, órganos humanos, etc.»³⁹⁷

1.1.- El fin de lucro en la criminalidad organizada. La «*empresa*» del crimen.

Las estructuras criminales se han transformado en forma cualitativa, y en relación directa con el gran incremento de los índices de delincuencia, fenómeno este que se ha denominado delincuencia organizada³⁹⁸, la cual acompañada de un escenario de violencia y

399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

³⁹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 13.

³⁹⁸ No existe unanimidad de criterio respecto de lo que es la criminalidad organizada, se trata de un fenómeno proteico, complejo y su dificultad doctrinal comienza desde su denominación, y así se habla de delincuencia organizada, crimen organizado y criminalidad organizada haciendo referencia al mismo fenómeno. La primera denominación es propia del Derecho penal, la segunda es la traducción de la expresión en inglés *organised crime* y, la tercera parece más consolidada en ámbitos criminológicos y en definiciones internacionales de ámbito europeo, en consecuencia, más comunes para los operadores del sistema penal. Cfr.: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad. Apuntes para el análisis", en SANZ MULAS, Nieves (coord.) AA.VV.: *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, p. 39.

corrupción³⁹⁹, constituye un problema de carácter global que se expande con consecuencias negativas para la sociedad de una intensidad y peligrosidad sin precedentes ⁴⁰⁰ . “Movidas fundamentalmente por motivos lucrativos, las organizaciones criminales actúan mas allá de las fronteras nacionales; ostentan así un carácter internacional, por lo que son denominadas «organizaciones criminales transnacionales» (OCT). Los enormes beneficios obtenidos han de ser reciclados mediante su introducción en los circuitos financieros, para conseguir así una apariencia de legalidad.”⁴⁰¹

Desde el punto de vista de su estructura, el crimen organizado, opera complejamente y de forma similar a las grandes sociedades, equiparables, en los ámbitos nacional e internacional, a empresas multinacionales, y no se limita a actividades pura y manifiestamente ilegales, sino que se infiltran y operan en diversos tipos de empresas legales y remunerativas⁴⁰².

³⁹⁹ FOFFANI citando a VIOLANTE que menciona “El instrumento principal de la mafia y de las demás organizaciones criminales no es la violencia, es la corrupción [...] La violencia, para las grandes organizaciones criminales, ha quedado reducida a una especie de *ultima ratio*, porque sus efectos son visibles desde el exterior, alarma a la opinión pública y obliga a las autoridades públicas a reaccionar con dureza. La corrupción, por el contrario, es por naturaleza propia silenciosa, favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior. Para las organizaciones que disponen de una gran cantidad de dinero, la corrupción es un “coste de producción” del bien o servicio que posteriormente se repercutirá sobre el consumidor final, que será por ejemplo el tóxicodependiente o quien adquiere un arma ilegal”. Cfr.: FOFFANI, Luigi: “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, en *RP, La Ley*, N° 7, enero 2001, p.59.

⁴⁰⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel A.: “Criminalidad organizada y delincuencia económica” aproximación a su incidencia global”, en RUIZ RENGIFO, Hoover W. (coord.) AA.VV.: *Criminalidad organizada y Delincuencia económica, estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 15.

⁴⁰¹ Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 893.

⁴⁰² PÉREZ CEPEDA, Ana I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito...*, *op. cit.*, p.14.

A propósito de conceptualizar a la delincuencia organizada, el artículo 2 a) de la Convención de Palermo⁴⁰³, textualmente dice *“Por “grupo delictivo organizado” se entenderá 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 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;”*⁴⁰⁴

Siguiendo la referida Convención en el inciso c) del mismo artículo 2 dice: *“Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.*

Derivado de la anterior definición ⁴⁰⁵ de un grupo delictivo organizado, tanto la doctrina como diversos instrumentos internacionales han tratado de diseccionar las diversas características del crimen organizado.

Las características comunes a este tipo de criminalidad, son el empleo de métodos *mafiosos*: la jerarquía, la extorsión, el secretismo, la violencia, la búsqueda de impunidad, la corrupción pública y privada, con el propósito de conseguir beneficios ilícitos⁴⁰⁶; ésta última característica es de especial trascendencia por lo que a nuestro trabajo respecta, y es en la que centraremos nuestro estudio, puesto que es precisamente ese fin de lucro, esas *“miras a*

⁴⁰³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en la ciudad de Palermo, Italia, mediante la resolución A/RES/55/25 de la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000.

⁴⁰⁴ Subrayado agregado.

⁴⁰⁵ Para comprender la problemática al momento de definir la criminalidad organizada, es obra obligada de consulta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad...”, *op. cit., passim*.

⁴⁰⁶ Aquí parece haber consenso entre los estudios sobre la materia, los congresos internacionales y los operadores de justicia internacional. Cfr.: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad...”, *op. cit.*, p. 43.

obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"⁴⁰⁷ que regulaba la Convención de Palermo, uno de los requisitos previos, para que exista el delito de blanqueo de capitales.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ analiza la finalidad programática común, ya que la existencia de una organización supone la unión de personas para alcanzar precisamente un fin común, si bien es cierto que el crimen organizado realiza delitos graves, no podemos perder de vista que su finalidad dista mucho de la mera comisión delictiva, es decir, el delito es el medio para alcanzar el fin últimos que siempre será de carácter económico.⁴⁰⁸

Vemos pues que el trasfondo de carácter económico es la nota inmanente en la criminalidad organizada, con lo que surge una nueva problemática, ya que si es complicado distinguir entre delincuencia común en la que intervienen varios autores y criminalidad organizada, el fin preponderante de lucro crea nuevas complicaciones sobre todo al tratar de diferenciar entre criminalidad organizada y delincuencia económica; para salvar ésta

⁴⁰⁷ "Las organizaciones criminales dedicadas a la aportación de bienes y servicios ilegales al mercado negro constituyen el grupo más numeroso. Efectivamente, el origen de la mayor parte de las actividades de crimen organizado tiene que ver con la existencia constante en la sociedad de una demanda de bienes prohibidos, ilegales, a partir de la cual se desarrolla la caracterizada en la doctrina como «economía ilícita global». Se ha estimado que un 5% del consumo total mundial tiene como objeto bienes y servicios ilegales." Cfr.: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, Madrid, 2005, p.44.

⁴⁰⁸ Quien además pone de manifiesto la discusión existente sobre si el fin de lucro puede ser la obtención de poder, lo cual repercute a otro debate que versa en torno a si el terrorismo es una forma o no de criminalidad organizada, Y aclara que hoy por hoy los fines se entrelazan, puesto que las organizaciones que tiene fines políticos buscan también el lucro para financiación de sus actividades; mientras que las organizaciones criminales con preponderante fin de lucro, buscan relación con el poder político para lograr la impunidad. Sobre la cuestión relativa a considerar dentro de la criminalidad organizada, a las organizaciones terroristas, la autora expone las diferencias existentes, pero acepta que la doctrina dominante en España considera al terrorismo como crimen organizado. Cfr.: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad...", *op. cit.*, p. 51.

problemática, debemos atender a dos juicios, a saber: 1.- El criterio objetivo para la distinción, o sea, la organización estructural, entendiendo por tal, el carácter permanente, jerarquizado, conspirativo, profesionalizado, y de conexión internacional; así como a un criterio subjetivo que radica en la obtención de ganancias ilícitas sin ser descubiertos, puesto que una criminalidad organizada fácilmente visible no puede ser criminalidad organizada en sentido técnico⁴⁰⁹; y 2.- La explicación dada a comienzos del presente capítulo, respecto de lo que es el Derecho penal económico en sentido estricto y lato, así como sus caracterizaciones delictivas en los mismos sentidos⁴¹⁰.

Con todo y estos esfuerzos de la doctrina, por distinguir entre criminalidad organizada y delito económico, se observa que la impotencia del poder político nacional y de los organismos internacionales, frente al poder económico globalizado⁴¹¹; pero con todo, el blanqueo de capitales por sus características, debe considerarse la más típica forma de criminalidad económica derivada del crecimiento de la criminalidad organizada⁴¹².

El lavado de dinero ha echado raíces en su hábitat natural, es decir, el mundo económico, infiltrándose a un nivel estructural en los circuitos de la economía legal, produciendo la corrupción del correcto funcionamiento del tráfico económico y de la vida social e institucional. Esto es así por que en parte, los principios que operan en la economía legal rigen —aunque de manera oculta—, las economías sumergidas; y en parte también, porque en el mundo del hampa, las organizaciones criminales utilizan entre si, idénticos mecanismos a los utilizados por las empresas en el mercado, como la búsqueda de una mayor competitividad para lograr posiciones

⁴⁰⁹ IGLESIAS RÍO, Miguel A.: "Criminalidad organizada y delincuencia económica...", *op. cit.*, p. 20.

⁴¹⁰ *Vid., supra*, tema IV. del presente trabajo.

⁴¹¹ PÉREZ CEPEDA, Ana I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal...*, *op. cit.*, p.15.

⁴¹² FOFFANI, Luigi: "Criminalidad organizada y criminalidad...", *op. cit.*, p. 61.

dominantes en el «mercado ilegal», claro, valiéndose de cualquier medio ilegal también, como violencia y corrupción⁴¹³.

La estrategia general de la criminalidad organizada consiste en ubicar sus centros de logística y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, tratando de controlar o controlando el entorno institucional, básicamente mediante actos de corrupción, mientras que por otro lado, en esa «empresa» del crimen se buscan los mercados mas competitivos, es decir, aquel país del mundo donde la demanda es mayor y por ende pueden conseguir un mayor precio⁴¹⁴.

Así el sistema capitalista en el mundo globalizado, crea una dinámica especial en la criminalidad organizada, ya que, el principal interés que rige sus actividades es la búsqueda de un lucro que de origen es ilícito, mediante la explotación del mercado de bienes y servicios prohibidos, con la correspondiente contaminación de la sociedad y del mundo empresarial y político⁴¹⁵.

2.- Análisis de los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales.

2.1.- Efectos perjudiciales del blanqueo de capitales en la economía.

El delito de blanqueo de capitales es la forma en la que el crimen puede disfrutar el producto de su actividad criminal⁴¹⁶, puesto que

⁴¹³ IGLESIAS RÍO, Miguel A.: "Criminalidad organizada y delincuencia económica... *op. cit.*, p. 22.

⁴¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad...", *op. cit.*, p. 53.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴¹⁶ Son tan cuantiosas las ganancias ilícitas que produce el crimen, que "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*", que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa". Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: "Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo

permite a los criminales esconder y legitimar las ganancias que proceden de las actividades ilegales⁴¹⁷, ganancias exorbitantes ya que según la *UNODC* se estima que del lavado de dinero a nivel mundial en un año, oscila entre el 2 y el 5% del producto global bruto, lo cual oscila entre 800 billones y 2 trillones dólares de EE.UU.⁴¹⁸

El Consejo de Europa hace los siguientes cálculos, mundialmente el tráfico de drogas produce entre 450.000 y 750.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; el tráfico de armas reportaría 400.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; la prostitución genera beneficios netos de 8.000 millones de dólares de EE.UU. anuales, estimándose que cada persona que ejerce la prostitución reporta un beneficio de 100.000 euros anuales; la piratería se considera como la responsable de la pérdida de 10.000 empleos anuales en la Unión Europea y representa pérdidas para la industria de 93.000 millones de euros. De forma ejemplificativa —sobre las ingentes cantidades de dinero que puede controlar el crimen organizado—, se señala el dato aportado por la Procuraduría General de la República Mexicana, relativo a la fortuna del capo del cartel de Juárez Amado Carrillo, alias «el señor de los cielos», fortuna que ascendía al momento de su muerte en 1997 a 27.000 millones de dólares de los EE.UU. situándose entre los hombres más ricos del mundo⁴¹⁹.

(compliance) desde una perspectiva criminológica” en *Eguzkilore*, nº 23, diciembre 2009, San Sebastián, p. 118; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 896.

⁴¹⁷ CHAMBERLIN, Wendy: “La lucha contra el lavado de dinero”, en *Perspectivas económicas, periódico electrónico del Departamento de Estado de EE.UU.*, volumen 6, número 2, mayo de 2001, p.2. (sitio web: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/LavadodelDinero.pdf> última consulta abril de 2013).

⁴¹⁸ Datos ofrecidos por Naciones Unidas (expresados según la escala numérica del sistema estadounidense), información en sitio web: <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html> última consulta abril de 2013.

⁴¹⁹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada” en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.

El lavado de dinero, en su proceso, tiene diversos efectos nocivos tanto para el orden jurídico como para el orden económico dentro del Estado, ya que favorece la corrupción, distorsiona la adecuada toma de decisiones económicas, agrava los males sociales y amenaza la integridad de las instituciones financieras⁴²⁰. Por otro lado, el uso y disfrute de los bienes ya blanqueados, permite a los criminales la financiación de nuevas actividades delictivas, que le proporcionarían nuevas ganancias ilícitas que habrá que blanquear creando una espiral criminal que tiende a ascender.

Se ha comprobado que el blanqueo afecta la economía; entre otros riesgos, pone en peligro a las instituciones financieras y aunado a la globalización por la cual se han integrado los mercados de capital, el lavado pone en peligro la economía tanto nacional como internacional, por lo cual, se ha concluido que la problemática de esta conducta delictiva no solamente se limita a la aplicación de la ley, sino que representa también una grave amenaza a la seguridad nacional e internacional⁴²¹. Esto se constata con la realidad, puesto que en el mundo se ha impuesto el sistema de producción de libre mercado, lo que sumado al gran desarrollo tecnológico principalmente en el área de las telecomunicaciones, ha facilitado el movimiento de capitales, de bienes y servicios, incrementando el comercio internacional, pero por otro lado, ha acercado a los grupos dedicados al comercio ilícito, y ha facilitado el movimiento de capitales sucios⁴²².

Para comprender la magnitud de la amenaza que representa el lavado se debe hacer un análisis del impacto perjudicial que

(coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 216.

⁴²⁰ CHAMBERLIN, Wendy: "La lucha contra el lavado de dinero...", *op. cit.*, p.2.

⁴²¹ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero" en *Perspectivas económicas, periódico electrónico del Departamento de Estado de EE.UU.*, volumen 6, número 2, mayo de 2001, p.7. (sitio web: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/LavadodelDinero.pdf> última consulta abril de 2013).

⁴²² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad...", *op. cit.*, p. 52.

representa tanto a nivel macroeconómico como a nivel microeconómico en los lugares donde el delito se realiza. Ahora bien, aun y cuando considero necesario estudiar estos dos niveles económicos hay que advertir, que tanto la macroeconomía como la microeconomía tienen objetos de estudio diferente, pero están estrechamente relacionadas entre sí, ya que los cambios que se experimenten en nivel macro, serán en relación directa de las alteraciones que sufra el nivel micro⁴²³.

2.1.1.- Efectos microeconómicos.

Dentro de los efectos microeconómicos⁴²⁴ más graves del blanqueo de capitales, es el que perjudica directamente al sector privado, y esto se da precisamente por que mediante el proceso de lavado, es común el empleo de empresas que sirven como fachada en las cuales se mezclan las ganancias de actividades ilícitas con fondos legítimos, con el propósito de ocultar ingresos mal habidos⁴²⁵.

⁴²³ MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía*, (trad. Esther Rabasco / Luis Toharia) 4ª ed., Thomson, Madrid, 2007, p. 20.

⁴²⁴ “La microeconomía es la rama de la economía que se ocupa de la conducta de unidades económicas individuales (consumidores, empresas, trabajadores e inversores) así como de los mercados que comprenden estas unidades [...]. La microeconomía se ocupa de la conducta de unidades económicas individuales. Estas unidades son los consumidores, los trabajadores, los inversores, los propietarios de tierra, las empresas: en realidad, cualquier individuo o entidad que desempeñe algún papel en el funcionamiento de nuestra economía. La microeconomía explica cómo y por qué estas unidades toman decisiones económicas [...]. Otra cuestión importante que interesa a la microeconomía es el modo en que se interrelacionan las unidades económicas y forman unidades mayores, es decir, mercados e industrias[...]. Estudiando la conducta y la interrelación de las empresas y los consumidores, la microeconomía revela cómo funcionan y evolucionan las industrias y los mercados, por qué se diferencian unos de otros y cómo les afecta la política de los gobiernos y las situación económica general.” Cfr.: PINDYCK, Robert S. / RUBINFELD Daniel L.: *Microeconomía*, 5ª ed. (trad. Esther Rabasco / Luis Toharia), Pearson, Madrid, 2001, pp. 3 y 4.

⁴²⁵ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: “Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...”, *op. cit.*, p.7.

Dentro de los principios que rigen una economía de mercado, se encuentra el de la ley de la oferta y la demanda⁴²⁶, el cual busca mediante el precio el equilibrio del mercado⁴²⁷, este modelo únicamente se puede plantear dentro de los mercados competitivos, es decir, aquellos mercados en los que los compradores y vendedores de bienes idénticos, tienen certidumbre e información plena sobre el precio, la cantidad, la calidad, las rentas, los costes y todas las características del mercado⁴²⁸, lo cual solo se puede lograr dentro del marco de legalidad que rigen las economías formales.

Las empresas blanqueadoras, tienen acceso a fondos ilícitos muy cuantiosos, lo que les permite subvencionar sus artículos y servicios a niveles por debajo de los precios de mercado, lo que tiene como consecuencia que puedan ofrecer sus productos a precios inferiores al costo de fabricación; de esta manera logran una ventaja sobre las compañías legítimas que obtienen sus fondos en los mercados lícitos⁴²⁹. En otras palabras, se crea una perturbación del equilibrio de mercado⁴³⁰, pero de forma artificial, deformando a la alza o a la baja, la oferta, la demanda o el precio de bienes y servicios. Ciertamente es que en las economías mixtas o en las centralizadas, las perturbaciones en el equilibrio del mercado se dan artificialmente por las intervenciones gubernamentales, pero se debe aclarar, que las mismas siguen a una política económica y de desarrollo dada,

⁴²⁶ A mayor oferta, menor precio, mayor demanda; a menor oferta, mayor precio, menor demanda. Esta sería la enunciación en términos generales de la ley de la oferta y la demanda. *Vid.*: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía*, 3ª ed. (trad. Yago Moreno), Pearson, Madrid, 2004, pp. 15 y ss.

⁴²⁷ “Equilibrio de mercado: la relación entre la demanda de los consumidores y la oferta de las empresas determinan el precio de mercado y la cantidad de mercado de un bien o servicio que se compra y se vende”. *Cfr.*: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, p. 15.

⁴²⁸ PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁴²⁹ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: “Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...”, *op. cit.*, p.7.

⁴³⁰ “Perturbaciones del equilibrio: las variaciones de un factor que afecta a la demanda[...], a la oferta[...], y hacen que varíen la cantidad y el precio de mercado de un bien”. *Cfr.*: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, p. 15.

que además se realiza desde el plano de la legalidad, cosa que no ocurre con el lavado de dinero.

Esta alteración artificial en el 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 blanquean dinero, lo que tiene como consecuencia que la organización delictiva añada a su red delictiva o desaparezca dentro del sector privado, cualquier negocio, que se dedique a alguna actividad similar a la del blanqueador⁴³¹.

El hacer desaparecer o desplazar una empresa, cuando se tiene como base de actuación, la legalidad en la competencia, no implica riesgo alguno en el nivel microeconómico, al contrario, es benéfico y así se refleja en los datos macroeconómicos, ya que un mercado competitivo sano, estimula el crecimiento económico de un país. Sin embargo, cuando la iniciativa privada, se ve obligada a cerrar sus empresas por que no puede competir con las «subvenciones» ilícitas del crimen, se lesiona el patrimonio del empresario que sufre la quiebra o desplazamiento de su negocio por la competencia desleal, y se pone en peligro el orden económico nacional puesto que los datos que lo informan no son basados en la realidad medible del mercado, con lo cual no se puede realizar una política económica seria y un plan de crecimiento adecuado.

El otro efecto apuntado, la adquisición de esa empresa legítima del sector privado, por la o las empresas lavadoras que operan en el mismo ramo, tiene como consecuencia económica, tender al monopolio⁴³²; con las consecuencias negativas que conlleva, ya que,

⁴³¹ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.7.

⁴³² Monopolio es la empresa única que vende un producto que no tiene sustitutos cercanos. Cfr.: MANKIWI, Gregory N.: *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 218; tan nociva resulta la práctica monopólica que diversos ordenamientos desde la su Ley Fundamental los prohíben, *v.gr.*, el marco normativo antimonopolio mexicano es el siguiente: *CPEUM* artículo 28, Ley federal de competencia económica, publicada en el *DOF* el 24 de diciembre de 1992, Reglamento de la Ley federal de competencia económica, publicada en el *DOF* el 4 de marzo de 1998, y el Reglamento interior de la Comisión Federal de competencia, publicado en el *DOF* el 28 de agosto de 1999.

en los mercados competitivos, las decisiones de compra de los consumidores, así como las decisiones de venta de los proveedores, se rigen por sus propios intereses, logrado trascender al crecimiento macroeconómico; en cambio un mercado monopólico, se guía exclusivamente por los intereses de venta, rompiendo con el adecuado manejo del mercado, lo que produce en definitiva, una afectación social grave ⁴³³, que repercute al desarrollo macroeconómico.

Esto es así, cuando existe equilibrio entre la oferta y la demanda, el resultado lógico y deseable *et ceteris paribus*⁴³⁴ es determinado precio; éste mercado competitivo, tenderá a asignar los recursos⁴³⁵ de la forma en que el excedente total sea lo mayor posible; sin embargo, cuando un monopolio es el que conduce la asignación de los recursos diferentes de la que se obtiene en un mercado competitivo, el resultado afecta el crecimiento económico general⁴³⁶.

⁴³³ MANKIOW, Gregory N.: *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 217.

⁴³⁴ Y el resto, y lo demás a la par; es decir, sin que las condiciones cambien, o existiendo igualdad en las condiciones señaladas.

⁴³⁵ De este proceso de asignación de recursos, ya hablaba Adam Smith, cuando hacía referencia a «la mano invisible» y lo hacía diciendo “El hombre casi siempre tiene la ocasión de recibir la ayuda de sus semejantes, y es inútil que la espere de su benevolencia solamente. Es más probable que los consiga si puede inclinar en su favor el egoísmo de ellos demostrándoles que les interesa hacer lo que él les pide”[...]. “No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés”[...]. “Todo individuo[...] ni pretende promover el interés público ni sabe cuanto lo está promoviendo[...] lo único que busca es su propio provecho y en éste, como en otros muchos casos, una mano invisible lo lleva a promover un fin que no entraba en sus intenciones. Tampoco es siempre malo para la sociedad que no entrara en sus intenciones. Al buscar su propio interés, promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo.” Smith afirma que los participantes en la economía son movidos por el interés personal y que la mano invisible del mercado lleva a este interés personal a promover el bienestar económico general. *Vid.*: SMITH, Adam: *La riqueza de las Naciones*, tomo I, Pirámide, Madrid, 1996, *passim*; DEL MISMO AUTOR: *Teoría de los sentimientos morales*, (trad. Edmundo O’gorman), Colegio de México, México, 1941, *passim*.

⁴³⁶ MANKIOW, Gregory N.: *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 225.

2.1.2.- Efectos macroeconómicos.⁴³⁷

Si a nivel micro son graves los efectos del blanqueo, una repercusión en extremo nociva del ilícito se muestra a niveles macro en las economías de los países, por ésta gravedad, en su época y ante la amenaza de nuevos canales para el lavado de activos, originada por las políticas del FMI que incentivaba la apertura de los mercados financieros internacionales o la convertibilidad de las monedas mediante la supresión de los controles de cambios, la FATF en el año 1996 solicitó al FMI información acerca del lavado de activos con el objetivo de preparar un estudio sobre las consecuencias macroeconómicas del delito⁴³⁸.

BLANCO CORDERO, con base en el segundo informe de la Comisión del Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva relativa al blanqueo de capitales (91/308/CEE)⁴³⁹, dice que dentro de los efectos perjudiciales del lavado de dinero en la economía, se observa que a nivel macroeconómico, dichos efectos se producen de la siguiente manera:

“Se indica que los blanqueadores, cuando invierten sus ganancias ilícitas, no buscan el máximo rendimiento, sino el lugar o la inversión que les permita lavar de forma más fácil su dinero, incluso si ello supone que recibirán un rendimiento más bajo. Esto puede dar lugar a movimientos de capitales contrarios a los que, en principio, y teniendo en cuenta las variables de las economías, cabría esperar. El dinero que se lava, por tanto, tiende a invertirse peor de lo que se haría si no existieran tales actividades.

Estos movimientos contra natura de los capitales pueden generar confusión en los responsables políticos, sobre todo a la hora de determinar políticas a aplicar ante esta situación. Puede ocurrir, por ejemplo, que se produzca una gran demanda de dinero, por razón de operaciones de blanqueo que, dado su carácter oculto, no queden reflejadas en los datos, lo que puede incidir en la volatilidad de los tipos de interés y de cambio.

⁴³⁷ La Macroeconomía es la rama de la economía que se ocupa de las variables económicas agregadas, como el nivel y la tasa de crecimiento de la producción nacional, los tipos de interés, el desempleo y la inflación.

⁴³⁸ QUIRK, Peter J.: “Money Laundering: Muddying the Macroeconomy” en *Finance & Development*, Marzo, 1997, Vol. 34, nº 1, p. 7.

⁴³⁹ Directiva relativa al blanqueo de capitales (91/308/CEE), Consejo COM(98) 401 final, Bruselas 1 de julio de 1998.

En este sentido, dice el FMI que a nivel nacional, el blanqueo que se lleva a cabo mediante movimientos financieros importantes puede incidir en variables macroeconómicas tales como los tipos de interés y de cambio.

A nivel internacional, los movimientos de los capitales a blanquear, sobre todo cuando son temporales, puede producir un efecto desestabilizador, debido a la integración de los mercados financieros mundiales. Y es que los problemas financieros que surjan en un lugar pueden extenderse a otros, transformando un problema nacional en un problema sistémico.

La confianza de los participantes en el desarrollo de mercados de capitales estables es fundamental. Si los mercados se viesen contaminados por dinero controlado por delincuentes, reaccionarían de forma más radical ante los rumores y las falsas estadísticas, generando mayor inestabilidad. El desarrollo eficaz de las economías tiene como elementos clave la transparencia y la solidez de los mercados financieros. Estos elementos se pueden ver amenazados con el lavado de activos. Los fondos obtenidos de manera ilícita pueden corromper a los directivos de los mercados financieros y los perjuicios pueden ser duraderos, pues la credibilidad de los mercados se pierde con gran rapidez, pero requiere de mucho tiempo para restablecerse⁴⁴⁰.

a) Pérdida del control de la política económica.

Como se expuso, según cálculos recientes, entre el 2 y el 5 % del producto interno bruto global es el monto al que asciende el blanqueo de capitales⁴⁴¹; dicho monto puede competir con los presupuestos gubernamentales de muchas economías, lo que tiene como resultado que los gobiernos pierdan el control de la política económica. Esto puede ocurrir de diversas formas, ya que la magnitud del capital ilícito, puede en su proceso de reciclaje acaparar el mercado o monopolizar pequeñas economías⁴⁴² de la misma forma que he explicado a nivel microeconómico.

En la política económica también se ve afectado el poder adquisitivo de la moneda, puesto que aumenta la amenaza de inestabilidad

⁴⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea" en *Eguzkilore*, N^o 15, San Sebastián, diciembre 2001, pp. 16 y 17.

⁴⁴¹ *Vid. supra* tema VI., B., 2.-, 2.1.- del presente trabajo.

⁴⁴² McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.8.

monetaria debido a la distribución inadecuada de recursos ocasionada por la distorsión artificial de los precios de bienes y servicios; en consecuencia se afectan los valores de las tasas de interés, ya que en su desarrollo rompe las reglas de mercado; en otras palabras, con el lavado de activos, no se busca invertir los fondos ilícitos en los sectores donde la tasa de rendimiento es la más elevada, por la necesidad de bienes y servicios, sino que se invierten en donde existe menor posibilidad de ser detectados⁴⁴³.

MANKIW al responder a la pregunta ¿cómo funciona la economía en conjunto?, parte de la base que el nivel de vida de un país depende de su capacidad para producir bienes y servicios, con lo que en los países productores de una gran cantidad de bienes y servicios se disfruta de un elevado nivel de vida, mientras que los países menos productivos existe un nivel de vida más precario⁴⁴⁴. Con esto parecería que la economía de un país se ve favorecida con la actividad del blanqueo de capitales, puesto que por lo menos a corto plazo se aumenta el flujo de capital, con lo cual se aumenta la demanda de bienes y servicios, en consecuencia se estimula la producción y aumenta la contratación laboral.

Estas falsas bondades del reciclaje de capitales ilícitos, son altamente dañinas para la economía de cualquier país a mediano y a largo plazo, tal afirmación se sostiene por lo siguiente: Al inyectarse grandes capitales de dinero en sectores de la economía cuyos bienes y servicios no son necesarios, se pone en circulación mucho dinero, lo que origina inflación⁴⁴⁵; ésta variación de los precios se refleja en el poder adquisitivo de la moneda, así como en las tasas de interés, que al no corresponderse con la producción y demanda de bienes y servicios, llega al punto, necesariamente, de un estancamiento de la

⁴⁴³ *Ibid.*, p.9.

⁴⁴⁴ MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 10, el cual define que la productividad de un país consiste en la "cantidad de bienes y servicios producidos con cada hora de trabajo"

⁴⁴⁵ En términos económicos la inflación constituye «el aumento del nivel general de precios de la economía», Cfr.: MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 10,

economía, con una recesión al momento de que esos capitales sean blanqueados y retirados del mercado o sean dirigidos a inversiones más eficaces para el lavado.

Pareciera entonces, que debemos alentar la actividad del blanqueo de dinero ya que es benéfico para la economía de un país, si el mismo es dirigido en áreas y sectores que necesitan inversión según las políticas económicas de cada Estado, lo que aunado a controles para evitar el abandono repentino en las inversiones, generaría producción, consumo, empleo y mejor nivel de vida⁴⁴⁶. Nada más falso, el blanqueo de capitales no puede ser alentado de ninguna forma, porque como explicaré a continuación, los costes sociales y políticos que genera, son devastadores para cualquier nación.

En suma, debido a la naturaleza imposible de predecir de las operaciones para lavar activos, se imposibilita la toma de decisiones para el establecimiento de una política económica adecuada; esto se corrobora cuando se observa que el blanqueo de capitales origina cambios inexplicables en la demanda monetaria y mayor inestabilidad en los flujos de capital internacional, en las tasas de intereses y en los tipos de cambio.

b) Distorsión e inestabilidad económica.

Como se ha venido diciendo, el blanqueo de capitales no busca la obtención del máximo beneficio en la inversión, no existe para el blanqueador la finalidad de generar utilidades con el capital que invierten, su único interés es la protección personal y del capital. Así, fondos ilícitos se invierten en actividades que no necesariamente

⁴⁴⁶ Argumento que se esgrime desde el plano meramente económico. Con una valoración jurídica, parte de la doctrina moderna, considera —erróneamente a mi juicio—, que el blanqueo de capitales es una figura desatinada que además “[...] es inoportuna por ser innecesaria, perturbadora y responder exclusivamente a la mentalidad de una clase burócrata afincada en organismos al estilo del GAFI que confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho penal”. Cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (eds.): *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p.12.

produzcan los bienes y servicios necesarios, y por tanto son inversiones que no rinden los beneficios económicos esperados para el país donde se hace el blanqueo.

MANKIW al explicar los principios económicos referentes a como actúan los individuos, señala tres, que siendo fundamentales en la economía de un país se ven afectados por la actividad del blanqueo de dinero, dichos principios son:

a) «el comercio puede mejorar el bienestar de todo el mundo», este principio explica que por el comercio se permite a los países especializarse en lo que hacen mejor y disfrutar de una mayor cantidad de bienes y servicios⁴⁴⁷; cuando un país produce aquellos bienes y servicios para lo cual es mejor, puede competir, y beneficiarse en las transacciones comerciales, haciendo crecer su economía; mediante el blanqueo de capitales, se producen los bienes y servicios que permiten el blanqueo del dinero, los cuales al no representar las exigencias de la demanda, se estancarán hasta que su precio baje, impidiendo el desarrollo económico de un país.

b) Segundo principio «Los mercados normalmente constituyen un buen mecanismo para organizar la economía»⁴⁴⁸, siguiendo la ley de la oferta y la demanda, se puede potencializar la producción de bienes y servicios con datos reales que permiten el crecimiento racional y organizado de la economía. Una economía que lava dinero, no puede crecer, por que se basará en fallos del mercado⁴⁴⁹, es decir, se basará en datos falsos que no reportan los sectores en los que se debe invertir y que son los que pueden producir adecuadamente los bienes y servicios que sirven a un país en su crecimiento económico.

c) Otro principio económico que viola el blanqueo, y que afecta la estabilidad económica de un país, es el que se refiera a que «el

⁴⁴⁷ MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía...*, op. cit., p. 7.

⁴⁴⁸ *Ibid*, p. 8.

⁴⁴⁹ “fallos del mercado, situación en la que un mercado no asigna eficientemente los recursos por sí solo”. Cfr.: MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía...*, op. cit., p. 8.

Estado puede mejorar a veces los resultados del mercado»⁴⁵⁰, éste va en estrecha relación con lo dicho en el párrafo precedente. El Estado podrá intervenir en los mercados para fomentar la equidad y eficiencia de los mismos, para poder hacer esto, los datos que le permitan tomar decisiones acertadas de crecimiento, tiene que ser legales y ciertos; si un sector económico se basa en la ilegalidad y opera sin ninguna lógica, el Estado necesariamente tomará decisiones erróneas cuando intervenga.

Así, vemos que independientemente de las políticas y modelos económicos que siga un Estado, el blanqueo de capitales distorsionará perjudicialmente la economía del mismo.

Es por todo esto, que cuando el flujo de capitales se mueve de las inversiones esperadas ya que según el mercado son las más sólidas y de mayor rendimiento, hacia inversiones de baja calidad, se produce inestabilidad y distorsión que puede llegar a afectar el crecimiento económico; A modo de ejemplo se puede señalar casos en los que se han financiado industrias completas, como la de la construcción o la hotelera, no con base en la demanda real, sino por el interés a corto plazo del lavado de dinero; cuando estas industrias dejan de ser interesantes para el blanqueo, se abandonan dirigiendo los capitales a otro sector, con lo que se causa un desplome y quiebra generalizada de los sectores abandonados, con un daño inmenso en las economías que los sufren.

c) *Inestabilidad financiera y riesgo para la inversión en el país blanqueador.*

Un país en el entramado de las relaciones comerciales globalizadas, por necesidad está ligado a la comunidad internacional con lo cual no puede manchar su buen nombre por estar relacionado con el blanqueo de capitales, de lo contrario se produciría un doble efecto

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 8.

por un lado se afectarían la estabilidad del sistema financiero⁴⁵¹ y por consiguiente se frenaría la inversión extranjera lícita.

Vemos que las instituciones integrantes del sistema financiero que operan con ganancias ilícitas, se enfrentan a una problemática administrativa interna en las operaciones normales que realiza. Por ejemplo, si se piensa en los casos de grandes sumas de dinero que son invertidas para su blanqueo en una institución financiera, y las mismas son repentinamente retiradas, por factores ajenos al mercado, lo que ocurre en por ejemplo en los casos de aplicación de la ley, se crea un efecto negativo en la integridad de la entidad financiera, puesto que altera todos los estimados económicos, creando problemas de liquidez y pánico bancario⁴⁵².

Efectivamente, el lavado de dinero afecta la confianza en los mercados, con lo cual un país crea un mal nombre que da lugar a la disminución en la participación de actividades mundiales lícitas que permiten el crecimiento económico sostenible. Por el contrario, lo que ocurre es que se atrae la inversión de las organizaciones delictivas internacionales, lo que origina una disminución y

⁴⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...", *op. cit.*, p. 15, el autor apunta, que la fundamentación de la Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Descansa en la afectación que produce el blanqueo de capitales sobre la credibilidad del sistema financiero. Esto coincide con los resultados de los escasos estudios realizados en esta materia a nivel macroeconómico, que han evidenciado que el blanqueo de capitales da lugar a un menoscabo de la estabilidad y solidez del sistema financiero."

⁴⁵² McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.7. Sobre los efectos tan perjudiciales para el sistema financiero, es ilustrativo lo dicho por BLANCO CORDERO en el año 2001: "A mi juicio, el impacto macroeconómico sobre el sistema financiero en los países industrializados miembros de la Unión Europea es más bien secundario. Difícilmente se puede argumentar que el sólido sistema financiero europeo se ve directamente alterado por el blanqueo de capitales" Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...", *op. cit.*, p.18. vemos que la realidad actual es muy diferente, *Vid., infra* tema VI.- B.- 2.3.2.- del presente trabajo, donde se explica la situación de la banca chipriota y su implicación en la UE.

desarrollo en el crecimiento económico; así como diversos efectos perjudiciales en la política y la sociedad como a continuación explicaremos.

2.2- Efectos lesivos del blanqueo de capitales en la política. Blanqueo de capitales y corrupción.

La corrupción es tan antigua como la existencia de la vida en comunidad⁴⁵³, más precisamente, tan antigua como el poder mismo⁴⁵⁴, la misma se presenta en todos los países produciendo efectos adversos para su crecimiento⁴⁵⁵, independientemente del grado de desarrollo que hayan alcanzado; sin embargo las economías de los países económicamente menos desarrollados, son las que se ven más perjudicadas por este fenómeno, tanto que la ciencia económica considera a la corrupción como uno de los grandes obstáculos para el desarrollo y el crecimiento⁴⁵⁶. Siguiendo

⁴⁵³ DE LA CUESTA, ARZAMENDI José L.: "Iniciativas internacionales contra la corrupción", en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No 17, 2003, p. 6. Más aun, es un fenómeno que llega a ser considerado connatural al ser humano, Cfr.: VERCHER NOGUERA, Antonio.: "La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva" en *Claves de Razón Práctica*, núm. 139, enero-febrero, 2004, p. 26.

⁴⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / LIBERTADORES S. BECHARA, Ana E: "Presentación", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / LIBERTADORES S. BECHARA, Ana E. (coords.): *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileña*, Centro de Estudios Brasileños / Universidad de Salamanca, España, 2013, p. 9.

⁴⁵⁵ Como señalan ACQUAROLI y FOFFANI la corrupción tiene efectos en la vida pública, en el sistema de los partidos y sobre las mismas estructuras institucionales de los países. *Vid.*: ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi: "La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana" en ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi (ed.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4

⁴⁵⁶ MURIEL PATIÑO, María V.: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción" en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 27; en el mismo sentido y especificando que los perfiles de lesividad de la corrupción, se encuentran en relación con el desarrollo económico de las naciones y el retroceso de prerrogativas iusfundamentales, que afectan con

a KLITGAARD la corrupción es una amenaza para el desarrollo político y económico de todos los Estados⁴⁵⁷.

Es a partir de las dos últimas décadas, que en los ámbitos nacionales y en especial en los organismos supranacionales se ha acentuado la necesidad de hacer frente a este grave problema, así, ha aumentado el interés en el estudio de su alcance, efectos y repercusión en la vida económica, política y social tanto al interior de los países como al exterior, en la comunidad internacional.

La creciente preocupación por el combate a la actividad corrupta, tiene razón de ser por un cúmulo de factores⁴⁵⁸, dentro de los que hay que destacar: a) la globalización, con los vínculos internacionales y convenios que genera; b) la difusión de los regímenes democráticos y el creciente rol de los medios de comunicación libres; c) la participación y creciente rol de los organismos no gubernamentales y de la sociedad civil; y d) la

especial crudeza a los países menos favorecidos. Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Prólogo" en CONTRERAS ALFARO, Luis H.: *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Aurora, Santiago de Chile, 2004, p. 21. Y tomando en cuenta lo que dicen DÍAZ y OLAIZOLA, quienes consideran que "en cualquier caso, hay que pensar que es normal que se produzca un cierto grado de corrupción dentro de la cada vez más amplia e importante actuación administrativa". Cfr.: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / OLAIZOLA NOGALES, Inés: "La responsabilidad penal de los funcionarios. El código penal de 1995", en *Jornadas sobre "la responsabilidad de los funcionarios: aspectos penales y administrativos"*, Pamplona, 1996, p.52 (consulta disponible en sitio web: http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199607_06_39.pdf (última consulta julio de 2013)

⁴⁵⁷ KLITGAARD, Robert: "Estrategias para combatir la corrupción", en *Información comercial española*, 741, 1995, p. 26.

⁴⁵⁸ Para profundizar sobre las diferentes causas y factores que han contribuido a que los países y la comunidad internacional se preocupe por el estudio, entendimiento y combate a la corrupción, Vid.: TANZI, Vito: "La corrupción y la actividad económica", en SOLIMANO, Andrés / TANZI, Vito / DEL SOLAR, Felipe: *Las termitas del estado, ensayos sobre corrupción transparencia y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 24 y ss.

preocupación sobre las distorsiones que en el orden socio-económico la corrupción genera.

El interés que suscita la materia se ha traducido en múltiples trabajos académicos y de política pública; en la celebración de diversos acuerdos internacionales para combatirla⁴⁵⁹; en la creación de índices que buscan medir la corrupción y la percepción de la misma⁴⁶⁰; y en la tipificación en los ordenamientos internos de las conductas de corrupción, así como también en la aprobación de leyes de transparencia con el fin de establecer y mejorar el acceso a la información pública.

Estos esfuerzos que atienden a la finalidad de hacer frente a lo que ha sido denominado por SOLIMANO como una verdadera enfermedad del cuerpo social, durante el proceso de desarrollo

⁴⁵⁹ Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 6 de marzo de 1997; Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997; Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción, adoptado el 17 de diciembre de 1997 y en vigor desde el 15 de febrero de 1999; Convenio sobre corrupción del Consejo de Europa, adoptado el 4 de noviembre de 1998 por el Consejo de Ministros y en vigor desde el 1 de julio de 2002; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), adoptada el 15 de noviembre de 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en vigor desde el 29 de septiembre de 2003; Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa, adoptado el 4 de noviembre de 1999, en vigor desde el 1 de noviembre de 2003; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005; y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada el 12 de julio de 2003, en vigor desde el 4 de agosto de 2006.

⁴⁶⁰ El índice de percepción de la corrupción más conocido es el Índice de Transparencia Internacional, elaborado de manera anual por la organización internacional no-gubernamental de dicho nombre; otros índices indicadores de la corrupción son: el Índice de Percepción de la Corrupción «*Corruption Perception Index*», el Barómetro Global de Corrupción «*Global Corruption Barometer*», la Encuesta de Pagadores de Sobornos «*Bribe Payers Survey*», y otros estudios del Banco Mundial, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo «BERD».

económico de las naciones⁴⁶¹; han puesto de manifiesto la gravedad y la complejidad del tema, entre las que podemos señalar en primer lugar lo referente a su definición y asignación de naturaleza jurídica ya que por las ambigüedades que rodean a la corrupción, se dificulta su identificación y por ende su prevención, persecución y sanción; segundo, el tema es demasiado sensible puesto que afecta de manera directa la credibilidad, honra y prestigio de personas e instituciones; tercero, en la generalidad de los casos, por su fenomenología, los actos de corrupción están ocultos y protegidos por personas y/o instituciones detentadoras de poder económico y político⁴⁶².

Pretender realizar un análisis de todas las implicaciones jurídicas que se derivan de la corrupción excede por mucho los límites propios de un estudio como el que aquí se expone. Con el presente análisis, sólo se persigue señalar como los actos de corrupción se encuentran en estrecha relación con el delito de blanqueo de capitales, ya que por un lado, éste se convierte en el instrumento necesario para el disfrute y aprovechamiento de aquello que se obtuvo ilícitamente como corrompedor o corrompido; mientras que por otro, un medio para facilitar el blanqueo de activos es sin lugar a dudas, corrompiendo a aquel funcionario encargado de perseguir y/o sancionar el lavado.

Como advierte FABIÁN CAPARRÓS, las relaciones que se originan entre el blanqueo de capitales y la corrupción, van a depender de la conceptualización que se tenga de ésta actividad criminal, ya que si contemplamos la corrupción privada el ámbito será en extremo amplio, sin embargo, el ámbito de estudio se acota si consideramos la corrupción como el ejercicio desviado del poder público, es decir, si referimos el estudio a la corrupción pública⁴⁶³.

⁴⁶¹ SOLIMANO, Andrés: "Introducción" en SOLIMANO, Andrés / TANZI, Vito / DEL SOLAR, Felipe: *Las termitas del estado, ensayos sobre corrupción transparencia y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 12.

⁴⁶² SOLIMANO, Andrés: "Introducción...", *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", *op. cit.* p. 105.

Así, con el término corrupción se suele denominar la oferta o prestación directa o indirecta a un funcionario público, oferta consistente en cualquier tipo de ventaja indebida, y siempre con la finalidad, o de ejecutar un acto contrario al ejercicio de su cargo; o de ejecutar u omitir un acto debido⁴⁶⁴.

Para entender la relación entre lavado de activos y corrupción, debemos entender que el blanqueo, en su fenomenología suma diversos factores, a saber: grandes cantidades de capitales, la necesidad de ocultarlos, la inversión para lavar y no para obtener beneficios, lo cual tiene como resultado actos de corrupción⁴⁶⁵. Esto es así ya que el que blanquea capitales, no quiere, evita de cualquier forma la fiscalización o el control de sus actividades de lavado por parte de las autoridades, y tendiendo exorbitantes sumas de dinero a su disposición, no resulta difícil influir, incluso bajo amenazas⁴⁶⁶, en la voluntad de los funcionarios públicos encargados de prevenir, investigar y juzgar el delito. Como se explica, la corrupción sirve al blanqueo facilitando la acción u omisión de los cauces oficiales, para el disfrute de los beneficios de la actividad ilícita; pero se debe tener presente que el vínculo de éstas actividades criminales se encuentra en una estrecha relación de funcionalidad, ya que el blanqueo también sirve a la corrupción como instrumento para que el funcionario publico disfrute de los beneficios que ilícitamente ha

⁴⁶⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un Derecho penal globalizado) en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio legis, Salamanca, 2004, p.228.

⁴⁶⁵ Existen múltiples estudios, que han analizado el fenómeno de la corrupción, en éste apartado se pretende, por metodología, agotar exhaustivamente el tema, únicamente se explicará la forma en que el blanqueo de capitales, tiene nocivos efectos políticos por la corrupción que genera, la cual según expertos, produce graves consecuencias, tanto para la economía nacional y en última instancia para los gobernados, en este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.31.

⁴⁶⁶ Explica el argumento y se resume perfectamente, con la idea que encierra la expresión: «plata o plomo».

obtenido en el desempeño de su encargo, es decir el blanqueo también lava el producto de la corrupción⁴⁶⁷.

Ya hace 25 años TIEDEMANN apuntaba la relación que existe entre poder político y poder económico y precisaba la característica que ambos tienen para que se abuse de ellos. Así entendía por poder la capacidad de hacer prevalecer la voluntad propia incluso mediante la entrega de una gratificación⁴⁶⁸; en otras palabras la corrupción constituye un abuso de poder.

Son diversos los efectos dañinos de la corrupción, siguiendo a ALFARO, en el Estado actual el poder político y económico se encuentran en estrecha conexión, toda vez que ambos se necesitan surge una de las mayores tentaciones de corrupción; el Estado interviene activa y regularmente en la economía para asegurar la estabilidad y una mínima igualdad, para lo cual debe favorecer necesariamente a unos agentes económicos y sociales en perjuicio de otros⁴⁶⁹. La problemática surgirá como afirma MURIEL cuando se abuse de un puesto público con la finalidad de recibir una ganancia, comportamiento que se puede presentar de diversas formas y repercute con gran trascendencia tanto a nivel macro como micro en la economía de un país⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", *op. cit.*, p. 105.

⁴⁶⁸ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito...*, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

⁴⁶⁹ CONTRERAS ALFARO, Luis H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal, alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio legis, Salamanca, 2005, p.136.

⁴⁷⁰ Describe los comportamientos de corrupción encuadrándolos como "[...] únicamente la actuación del propio agente que detenta el cargo público[...] mientras otros suponen la intervención de al menos dos partes, a los que podemos referirnos, de forma amplia, como actos de soborno de funcionarios públicos por parte de particulares. En esta última categoría se incluyen, a su vez, actuaciones de distinto tipo dependiendo de que se produzcan, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública[...], en el de las prestaciones del Estado[...], en el de los ingresos públicos[...], en el de los procesos reglamentarios[...], o en el de los procesos jurídicos o procedimientos legales en general[...]" Cfr.: MURIEL PATIÑO, María V.: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción...", *op. cit.*, pp. 27 y 28.

2.2.1.- Consideraciones sobre la corrupción.

Cuando las organizaciones internacionales abrieron el debate a la problemática que representa la corrupción, con el fin de lograr acciones conjuntas y coordinadas para su combate, los representantes de los países y los expertos de organismos internacionales trataron de definirla de una manera precisa y universalmente aceptada. Sin embargo la tarea no era —ni es al día de hoy—, sencilla en modo alguno, constituyendo el primer obstáculo en el estudio de la materia. Ello es debido a que la corrupción en muchos casos es difícil de identificar y se presenta mediante formas que no son estimadas como corruptas por individuos de determinadas culturas⁴⁷¹, a grado tal que se reconoce una naturaleza *ambiental* del fenómeno, ya que como señala MILITELLO cuando sectores enteros de la Administración Pública, se rigen por esa *tangente*, terminan por crear un subsistema que involucra a una pluralidad de funcionarios públicos y frente al cual el particular, en un primer momento queda constreñido a adaptarse⁴⁷² para, después con la práctica reiterada en el tiempo, terminar aceptándolo como lo normal y necesario para el adecuado funcionamiento de las Administraciones.

El término corrupción tiene origen en la sociología y en la ciencia política⁴⁷³, por tal motivo cuando se habla de corrupción, se ha entendido el género que hace alusión a diversas conductas previstas y sancionadas en el ordenamiento penal, que por sus elementos característicos, son consideradas como especies pertenecientes a esa categoría criminal.

⁴⁷¹ TANZI, Vito: “La corrupción y la actividad económica...”, *op. cit.* p.27.

⁴⁷² MILITELLO, Vincenzo: “Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. / ACALE SÁNCHEZ, María (coords.): *Temas de Derecho penal económico, III encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 246.

⁴⁷³ CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 30 y ss.

La Real Academia Española dice que el vocablo “corrupción” tiene su raíz en la etimología latina *corruptio – onis*, definiéndola en una primera acepción como la “acción y efecto de corromper”. En el plano más próximo a lo jurídico, le atribuye otro significado: “en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”⁴⁷⁴.

Sin duda, el argumento semántico nos revela las diferentes especies de corrupción que hoy son motivo de estudio jurídico: en primer lugar, la corrupción pública; en segundo término, la corrupción privada.

a) *Corrupción pública.*

Es la corrupción más común y se le identifica como aquella que involucra a funcionarios, agencias y organismos del Estado, ya sea a nivel centralizado o descentralizado, en cualquiera de los niveles de gobierno. Señala FABIÁN CAPARRÓS que con el término corrupción se suele denominar la oferta o prestación directa o indirecta a un funcionario público, oferta consistente en cualquier tipo de ventaja indebida, y siempre con la finalidad, o de ejecutar un acto contrario al ejercicio de su cargo, o de ejecutar u omitir un acto debido⁴⁷⁵.

TIEDEMANN apunta la relación que existe entre poder político y poder económico y precisaba la característica que ambos tienen para que se abuse de ellos. Así, éste autor entiende que si el poder es la capacidad de hacer prevalecer la voluntad propia incluso mediante la entrega de una gratificación, la corrupción constituye un abuso de poder⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁴⁷⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos”, en *EPC*, N.º. 27, 2007, p. 40; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un Derecho penal globalizado)...”, *op. cit.*, p.228.

⁴⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito...*, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

Afirma MURIEL que hay corrupción cuando se abuse de un puesto público con la finalidad de recibir una ganancia, comportamiento que se puede presentar de diversas formas y repercute con gran trascendencia tanto a nivel macro como micro en la economía de un país⁴⁷⁷.

El término corrupción también ha sido asociado con la ausencia de un trato justo para todos por parte de los funcionarios públicos, principio por el cual el funcionario no debe tomar en consideración ninguna característica personal de los ciudadanos con los que se relaciona en el ejercicio de sus funciones⁴⁷⁸.

El Capítulo III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), regula la incriminación de conductas y la aplicación de la ley, considera que deben ser tipificados como delitos de corrupción pública los siguientes: el soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15), el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); el tráfico de influencias (art. 18); el abuso de funciones (art. 19); y, el enriquecimiento ilícito (art. 20).

⁴⁷⁷ Describe los comportamientos de corrupción encuadrándolos como “únicamente la actuación del propio agente que detenta el cargo público [...] mientras otros suponen la intervención de al menos dos partes, a los que podemos referirnos, de forma amplia, como actos de soborno de funcionarios públicos por parte de particulares. En esta última categoría se incluyen, a su vez, actuaciones de distinto tipo dependiendo de que se produzcan, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública [...], en el de las prestaciones del Estado [...], en el de los ingresos públicos [...], en el de los procesos reglamentarios [...], o en el de los procesos jurídicos o procedimientos legales en general [...]” Cfr.: MURIEL PATIÑO, María V.: “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción...”, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁴⁷⁸ TANZI, Vito.: “La corrupción y la actividad económica...”, *op. cit.*, p. 27. Quien además pone de relieve que el principio de trato justo, no es seguido con unanimidad, incluso en algunos países hace que sea más difícil la lucha contra la corrupción, puesto que se crea un verdadero conflicto de intereses, ya que por las tradiciones e idiosincrasia de ciertas culturas se espera que el trato con individuos con vínculos familiares o de amistad, sea de forma diferente que con los demás.

A los efectos del presente trabajo, entenderemos que es constitutiva de corrupción pública cualquiera de las conductas indicadas.

b) *Corrupción privada.*

El contenido de la corrupción, se ha ampliado a terrenos que van más allá del bien jurídico función pública⁴⁷⁹. Así, se ha considerado la necesidad de tipificarse como delito, el uso desviado del poder de decisión en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares⁴⁸⁰.

La corrupción privada se ha abordado en el marco de documentos internacionales tales como la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). En el ámbito del Derecho Comunitario, debe citarse la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (2003)⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Como señala FOFFANI, en los últimos años la corrupción privada ha sido objeto de diversas iniciativas político-criminales, dentro de una cada vez más intensa "cruzada global" contra la corrupción; el autor destaca que como toda cruzada, se corre el riesgo de caer en un fundamentalismo excesivo. *Vid.*: FOFFANI, Luigi: "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", en *RP*, La ley, N° 12, julio 2003, p.61 y nota 1; DEL MISMO AUTOR: "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana", en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.): *In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004, p. 323 y nota I.

⁴⁸⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)", en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (editor): *Banqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, colección Aquilafuente, Salamanca, 2002, p. 104.

⁴⁸¹ La preocupación por la corrupción privada, abordada por los diferentes instrumentos internacionales, es consecuencia de la globalización de la economía mundial. *Vid.*: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. / BLANCO CORDERO, Isidoro: "La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato", en ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi (ed.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 45.

Mientras que los ordenamientos jurídicos internos, también han incluido la tipificación de éste tipo de corrupción, como es el caso alemán que regula un delito de soborno entre particulares desde el año 1909, o el francés que lo incluye desde 1919 y el holandés desde 1967⁴⁸², así mismo la corrupción privada se regula en los ordenamientos suizo, sueco, turco⁴⁸³ y en España desde la LO 5/2010, de 22 de junio se tipifica como delito dentro del artículo 286 bis CP⁴⁸⁴.

⁴⁸² BENITO SÁNCHEZ, Carmen D. / CERINA, Giorgio: “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del R. / MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P. / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del código penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p.82.

⁴⁸³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁸⁴ “Artículo 286 bis. 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

La Convención de Mérida, en su capítulo III, al regular la penalización y aplicación de la ley, regula la corrupción privada en los siguientes términos:

“Artículo 21 (Soborno en el sector privado).- Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.”

“Artículo 22 (Malversación o peculado de bienes en el sector privado).- Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

2.2.2- Los efectos de la corrupción en el orden socioeconómico.

Aproximadamente hasta finales de la pasada década de los ochenta, antes de que se cobrara conciencia de la nocividad de la corrupción, se llegó a sostener que, en sistemas económicos en exceso rígidos, donde el Estado juega un papel determinante en la producción distribución y consumo de bienes y servicios —como sucede en los países en desarrollo—, la misma corrupción podía tener el efecto de un lubricante para una maquinaria⁴⁸⁵, la estatal; se consideraba que el pago de sobornos ayudaría a remover los obstáculos para la inversión y para otras iniciativas económicas, ya que las empresas más rentables podrían sobornar a los funcionarios encargados de

⁴⁸⁵ TANZI, Vito: “La corrupción y la actividad económica...”, *op. cit.*, p. 27.

dar los permisos correspondientes, obteniendo así las autorizaciones y licencias necesarias para efectuar sus inversiones y desarrollar su actividad⁴⁸⁶.

Por otro lado, se consideró que la *mordida* o *coima*, además de acelerar los trámites administrativos, actuaba como un suplemento del salario de los funcionarios públicos, lo cual redundaría en mayor fuente de empleo por parte del Estado sin la necesidad de aumentar los impuestos, o incluso disminuyéndolos, ya que los gobiernos no se verían constreñidos a destinar parte de su presupuesto a la contratación de nuevos funcionarios⁴⁸⁷.

Actualmente la concepción ha cambiado. Las trabas que la corrupción relajaría, hoy se estiman algo endógeno al sistema, frecuentemente creadas o fomentadas para que ciertos funcionarios generen o fomenten la obtención de sobornos, con el propósito de remover los obstáculos que ellos mismos han creado. Así, aquella visión de la corrupción, que la consideraba como un factor benéfico en los procesos económicos⁴⁸⁸, se encuentra al día de hoy en descrédito y es generalizada la opinión de considerarla un factor de riesgo que incide no solo en la economía de los Estados, sino que atenta contra los principios propios de la democracia⁴⁸⁹.

La corrupción produce un abanico de efectos adversos⁴⁹⁰, que van desde las distorsiones en el mercado a la evasión o defraudación fiscal, pasando por la instauración de dinámicas propias, así como dilaciones procesales indebidas o adquisiciones de bienes o servicios sobre o infravalorados.

⁴⁸⁶ MURIEL PATIÑO, María V.: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción...", *op. cit.*, p.32.

⁴⁸⁷ TANZI, Vito: "La corrupción y la actividad económica...", *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸⁸ TANZI, Vito: "La corrupción y la actividad económica...", *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸⁹ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Iustel, Madrid, 2012, pp.42 y ss.

⁴⁹⁰ Sobre las causas y factores que han contribuido a que los países y la comunidad internacional se preocupe por el estudio, entendimiento y combate a la corrupción, *Vid.*: TANZI, Vito: "La corrupción y la actividad económica...", *op. cit.*, pp. 24 y ss.

En el planteamiento del problema, no podemos olvidar que la corrupción afecta también al sector privado, y que ésta afección repercute directamente en la esfera pública, ya que distorsiona los ingresos del Estado y en consecuencia su presupuesto de egresos. Además, lo más alarmante es que genera mayor corrupción en el aparato público para favorecer intereses particulares, es decir, *la corrupción genera más corrupción*.

Tres son los rubros donde produce sus efectos negativos la corrupción: en un Estado de Derecho, es ilegal y configura conductas delictivas; para la economía distorsiona el mercado, afecta la productividad, frena el desarrollo e inhibe la inversión de capitales⁴⁹¹; en la democracia, perjudica la gobernabilidad, por el descrédito del corrupto y por los vacíos de poder⁴⁹². A continuación se expondrán los efectos lesivos de la corrupción en la economía:

a) *Disminución de la inversión.*

El primer efecto negativo de la corrupción en la economía, es el impacto en el crecimiento económico, derivado de la cantidad y la calidad de las inversiones. La teoría económica sostiene que *et ceteris paribus*, una mayor inversión genera un mayor crecimiento, premisa sustentada por la evidencia empírica. *Al estudiar los efectos entre corrupción y crecimiento de los países MAURO afirma que: a) la corrupción disminuye la tasa de inversión; b) la disminución en la tasa de inversión produce la reducción de la tasa de crecimiento de los países; y c) un bajo crecimiento produce un menor estándar de vida de la población*⁴⁹³.

⁴⁹¹ DAVOODI, Hamid / TANZI, Vito: "corrupción, inversión pública y crecimiento", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 21, 2001, p. 78; ROSE-AKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 43.

⁴⁹² KLITGAARD, Robert: "Estrategias para combatir la corrupción", en *Información comercial española*, 741, 1995, p. 26.

⁴⁹³ MAURO, Paolo: *Corruption and growth*, en *Quarterly Journal of economics*, MIT, volumen 110, año 1995, 3 agosto, pp. 690 y ss.

Hablar de la disminución de la inversión nos hace analizarla en cuanto a pública o privada ya sea esta última nacional o extranjera. En cuanto a la inversión pública, cierto es que la corrupción la aumenta, pero también es cierto que reduce la necesidad y la eficiencia de la misma, ya que el Estado invertirá su presupuesto ahí donde los funcionarios se vean beneficiados⁴⁹⁴ —directamente por el soborno de los inversionistas, o mediante el enriquecimiento por el gasto público, pero en cualquier caso ilegalmente—, por la aprobación de proyectos, licencias, concesiones y no en aquellos proyectos que se requieran y que sean los que presenten una mejor propuesta técnica y económica.

En cuanto a la inversión privada, nacional o extranjera, se ha demostrado que la corrupción la inhibe, lo cual tiene un efecto negativo en cuanto al capital que ella aporta al país, como por las tecnologías que la acompañan⁴⁹⁵; y la razón es obvia, la incertidumbre de los inversores⁴⁹⁶, a una empresa desde el plano de la legalidad, no le interesa arriesgar su capital en un lugar donde las autoridades son corruptas, ya que su inversión y lo que de ella se produzca, en última instancia quedaría sujeta al capricho de aquellos que detenten el poder.

b) *Afectación del adecuado funcionamiento del mercado.*

La corrupción inhibe el libre desarrollo de la oferta y la demanda, puesto que mediante las prácticas corruptas una empresa puede desplazar a otras⁴⁹⁷, con lo que se frena la competencia y en el

⁴⁹⁴ DAVOODI, Hamid / TANZI, Vito: “corrupción, inversión pública y crecimiento”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 21, 2001, p. 78.

⁴⁹⁵ WEI, Shang-Jin: “How taxing is corruption on international investors?” en *The review of economics and statistics*, Massachusetts Institute of Technology, 2000, vol. 82, pp.3 y ss.

⁴⁹⁶ ROSE-AKERMANN, Susan: *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 43.

⁴⁹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional...*, op. cit., p. 33.

proceso económico, ya no importará producir aquello que represente un mayor beneficio en relación a los datos que proporcione la demanda del mismo, sino que interesará producir aquello para lo cual se ha adquirido un permiso ilegal, aunque ello no sea necesario.

Quienes mayor afectación sufren son las empresas nuevas y pequeñas que carecen de los medios necesarios para competir en un mercado regido por la corrupción, ya que las grandes empresas poseen conexiones políticas y poder económico que les permite obtener ingresos por medio de regulaciones favorables, subsidios, protección comercial, incentivos tributarios, licitaciones, etc.⁴⁹⁸

La gravedad radica en que precisamente las nuevas empresas son las que dan dinamismo a la economía y las que constituyen una fuente de empleo, además que sirven de freno a los monopolios mediante la competencia⁴⁹⁹.

c) *Distorsión del sistema tributario y reducción del gasto público.*

La corrupción afecta la composición del gasto público cuando infiere directamente en el sistema tributario, DAVOODI señala que la corrupción reduce el nivel impositivo, disminuyendo el rendimiento del impuesto al valor agregado y reduciendo la contribución del impuesto a la renta⁵⁰⁰, lo que afecta directamente el incremento en el gasto público sobre todo en temas de salud y educación, lo que reduce la formación de capital humano que también es importante para el crecimiento económico⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ TANZI, Vito: "La corrupción y la actividad económica...", *op. cit.*, p. 47.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p.48.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁰¹ DAVOODI, Hamid / TANZI, Vito: "corrupción, inversión pública y crecimiento...", *op. cit.*, p. 81.

2.2.3.- Relación entre corrupción y blanqueo de capitales.

Se ha señalado por separado, como las conductas de blanqueo de capitales y de corrupción lesionan el orden socioeconómico de los Estados, no es difícil entender, que cuando estas dos actividades delictivas se vinculan, en un concurso real, la lesividad es exponencial. Cuestión en extremo grave si pensamos que la interdependencia entre ambas conductas se da de forma casi natural.

La relación entre el delito de blanqueo de capitales y la corrupción, puede ser muy variada. En ocasiones, ésta sirve a aquel, cuando es el instrumento que facilita los cauces oficiales con el fin de poder disfrutar los activos obtenidos como consecuencia del delito determinante. En otros casos, la relación existe cuando el blanqueo es el medio por el cual se permite la legalización de los beneficios obtenidos como producto del ejercicio desviado del poder — corrupción pública—, o de cualquier otra práctica corrupta como puede ser el soborno entre particulares.

De cualquier forma la relación entre ambas figuras delictivas es directa e interdependiente, y su funcionalidad radica en que por un lado se emplean cauces corruptos para blanquear mientras que por otro el blanqueo lava el producto de la corrupción⁵⁰².

El vínculo existente entre corrupción y blanqueo, queda de manifiesto —y rebasa el plano teórico para incorporarse al marco normativo internacional—, puesto que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 2º h), al establecer definiciones, menciona que: “*Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención*”.

Por su parte, el artículo 23. 2, al regular el blanqueo de capitales, dice: “*Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar el*

⁵⁰² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 105.

párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Con lo anterior, aunque se hable de “una amplia gama de delitos”, se entiende que el propio espíritu de la Convención de Mérida consiste en vincular como delitos determinantes del blanqueo de capitales, todas aquellas que, en el marco de la propia Convención, constituyan actos de corrupción ya sea pública o privada.

2.3.- Efectos lesivos del blanqueo de capitales en la sociedad.

Todo delito tiene un componente social e intersubjetivo, en este sentido aunado a la lesión del bien jurídico, la conducta delictiva conlleva un particular aspecto de lesividad social, de tal forma que el conflicto delictual no solo concierne a la víctima y al autor, sino que trasciende a la sociedad en conjunto⁵⁰³.

En estudios sociológicos se demuestra que la delincuencia es un fenómeno inevitable, a tal grado, que como señala DURKHEIM, el delito debe entenderse como algo *normal*, ya que por un lado es reflejo de una sociedad sana, y por otro, una sociedad exenta de delitos es del todo imposible, así, su presencia es un comportamiento social no necesariamente dañino, ya que permite avances y renueva los sentimientos morales⁵⁰⁴. Desde luego, que tal afirmación mantenida dentro del marco de un límite tolerable,

⁵⁰³ ALCACER GUIRAO, Rafael: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...*, op. cit., p. 123. El autor, con esta argumentación explica la utilidad del funcionalismo respecto de la vigencia de la norma, pues considera que corrige los puntos de vista de la prevención general positiva, y argumenta que: “[...]esa lesividad específicamente *social* se debe a que con la vulneración de la norma por parte del autor se pone en duda la vigencia fáctica y validez normativa del ordenamiento, generando la desconfianza en la autoridad valorativa y poder coactivo del Derecho y, con ello, disminuyendo la confianza en el respeto de las normas por parte de terceros”.

⁵⁰⁴ DURKHEIM, Emile: *Las reglas del método sociológico: y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, (trad. Santiago González Noriega), Alianza, Madrid, 2002, p.95 y ss.

conduce a esos efectos positivos que pudiera tener la delincuencia; pero la realidad nos demuestra como afirma BLANCO CORDERO, que frente a las actividades criminales clásicas llevadas a cabo de manera individual, en la actualidad se observa una evolución hacia una forma de criminalidad como empresa. Los grupos delincuenciales se caracterizan por encontrarse en condiciones de actuar, tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica⁵⁰⁵, lo cual, lejos de producir algún efecto benéfico en la sociedad, la descompone desarticulándola desde sus estructuras más básicas.

En el presente apartado se expondrá la sociología criminal del blanqueo de capitales, es decir, se analizará al delito como fenómeno social en conjunto⁵⁰⁶, haciendo hincapié en dos momentos en extremo dañinos para el orden social, me refiero por un lado al impacto negativo para la sociedad, que supone la criminalidad productora de los capitales ilícitos; y por otro lado, al impacto social negativo, de las propias conductas de blanqueo.

2.3.1.- El impacto social de la criminalidad que genera los capitales a blanquear.

En análisis de las conductas que generan capitales ilícitos, tenemos dos grandes subdivisiones, la criminalidad organizada y la criminalidad económica «tradicional» o que no reúne las características necesarias para considerarse como organizada.

A) Criminalidad económica tradicional. Se entiende por tal, aquella criminalidad con contenido económico, que se estructura faltando alguno de los elementos exigidos para ser considerada como

⁵⁰⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales" en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, no. 11 - 1997 p.213.

⁵⁰⁶ ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal*, 2ª ed., (anotada y puesta al día por: HERNÁNDEZ GUIJARRO, José J. / BENEYTEZ MERINO, Luis), Akal, Madrid, 1986, p. 29.

delincuencia organizada —jerarquía, número, permanencia⁵⁰⁷—. Pareciera ser que este tipo de delincuencia, no debiera revestir una especial importancia para el lavado de dinero⁵⁰⁸, ya que regularmente no genera ingentes cantidades de dinero⁵⁰⁹, así como tampoco conlleva las circunstancias de violencia y temor social que rodean a la criminalidad que se estructura de forma organizada. Pero esta consideración es errónea, la realidad de la delincuencia económica tradicional, demuestra que existen casos donde el impacto social y económico de las conductas delictivas —originadoras de los capitales ilícitos—, son en extremo lesivas para el orden social, a grado tal que trascienden fronteras.

Tal es el caso del denominado *white collar crime*, el cual se caracteriza por la realización de delitos con contenido patrimonial, que además por su propia naturaleza no se conocen los montos que genera ni la frecuencia con la que se presenta, ya que cuando son detectados al interior de las empresas, lo que se pretende es cubrir o evitar el escándalo, resolviendo puertas adentro la problemática; realmente los casos que pueden medir este tipo de criminalidad son los que por su trascendencia se vuelven de conocimiento de las autoridades y salen a la luz pública⁵¹⁰ *v.gr.* el caso de la quiebra de

⁵⁰⁷ Convención de Viena: Art. 2. a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá 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 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”.

⁵⁰⁸ *Vid, infra*: tema IX. Del presente trabajo, donde se explica como desde la génesis del delito, ha permanecido el criterio de considerarlo como accesorio del crimen organizado en específico del narcotráfico.

⁵⁰⁹ *Vid, supra*: tema VI. B. 1.- del presente trabajo.

⁵¹⁰ BARTOL, Curt R.: *Criminal behavior, a psychosocial approach*, 2ª ed., Prentice-hall, New Jersey, 1986, pp. 255 y 256. Tomando en consideración los problemas de la “justicia mediática en las sociedades de comunicación”. *Vid.*: SANZ MULAS, Nieves: “Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / SANZ MULAS, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, *passim*.

Lehman Brothers⁵¹¹; o el caso de la corrupción pública con lo efectos en extremos graves que produce⁵¹². En suma, la criminalidad que no es organizada pero que genera beneficios económicos, puede dañar gravemente a la sociedad, en tal sentido el Estado debe impedir la legalización de los bienes obtenidos mediante, la sanción por el blanqueo de capitales⁵¹³.

B) Criminalidad organizada. Las implicaciones sociales que tiene la criminalidad que se estructura por tres o mas miembros, con cierta permanencia en el tiempo, y con la finalidad convenida de cometer delitos graves que les representen una ganancia patrimonial; sin lugar a dudas representa una dañosidad mayor a la que ocurre con la delincuencia tradicional. Esto es así, ya que dentro del grupo se reducen o excluyen los factores de inhibición de la comisión de delitos y los sentimientos de responsabilidad criminal que si suelen actuar cuando se delinque individualmente. Por otro lado, dentro de las organizaciones criminales, se permite la construcción de

⁵¹¹ Quiebra ocurrida el 15 de septiembre de 2008, por el riesgo moral y riesgo sistémico derivado de la falta de confianza en la entidad; dicha falta de confianza ocurre por dudosos manejos contables, y por malas practicas financieras que llevaron a una situación insostenible a Lehman Brothers y a la imposibilidad de solventar las deudas adquiridas. Dicha quiebra a supuesto un colapso del sistema financiero global y desde entonces a la fecha decenas de miles de personas han perdido su empleo. Nota en diario el Mundo, (sitio web:<http://www.elmundo.es/america/2011/09/14/economia/1316015771.html> última consulta, abril de 2013).

⁵¹² *Vid, supra*: tema VI. B. 2.2.- del presente trabajo.

⁵¹³ A reserva que posteriormente se analicen las conductas constitutivas del delito de reciclaje (*Vid, infra*: Tema X. C. 2.- del presente trabajo), desde ahora conviene advertir que con lo expresado no se está proponiendo la persecución y represión del delito con base en una cuantía específica; sino que como afirma FABIÁN CAPARRÓS “Más bien, nos inclinamos a pensar que el codificador [...], debería de formular una llamada tan flexible como genérica a la importancia de esa cuantía, de forma que sea la práctica judicial *Fiscalía General, jurisprudencia, etc.* La que establezca y actualice día a día los criterios destinados a castigar con mayor o menor pena aquello que realmente así lo merezca en razón de su importancia cualitativa”. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 298.

estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión del delito, y su posterior encubrimiento⁵¹⁴.

Ahora bien por lo que hace al *modus operandi* del crimen organizado, para la consecución de sus fines, dichos grupos actúan mediante el uso de diferentes prácticas ilícitas, a continuación se exponen las prácticas que repercuten negativamente en la sociedad:

—El uso de la violencia y la intimidación. El uso de la violencia por el crimen organizado es tanto hacia el interior de la organización — para reafirmar la disciplina del grupo—, como al exterior —para hacer frente a las bandas rivales, o actuar contra testigos que declaran en contra de ellos—; mientras que la intimidación la ejercen, con actos violentos constitutivos de delitos en específico *v.gr.* robo o extorsión, etc.⁵¹⁵.

—La corrupción y el uso de influencias. El uso de influencias en la administración pública, en la política, en el sistema de justicia criminal, es una de las principales herramientas del crimen organizado; herramienta que en muchos casos adopta la forma de corrupción no solo como soborno, sino todo tipo de actividad como: relaciones, nepotismo, favoritismo, relaciones con personas en posición de poder, etc.⁵¹⁶.

—Por último se tiene que tener presente, que si la finalidad del crimen organizado es el beneficio económico —obtenido directa o indirectamente—, éste lucro, es obtenido por la comisión de delitos

⁵¹⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, 2005, pp. 63 y 64. La autora menciona que: “La suma de fuerzas y la planificación y división eficaz del trabajo fundamentan claramente un mayor peligro para los bienes jurídicos, aunque este comportamiento se encuentre alejado de ellos. A ello contribuye asimismo la profesionalización de los miembros de la organización, favorecida por su carácter duradero y la organización racional”.

⁵¹⁵ Documento del Consejo de Europa: *Crimen organizado, reporte de situación 2004, enfocado a las amenazas del cybercrimen*, Strasbourg, 23 de diciembre de 2004, p.40. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/OrganisedCrime%20Situation%20Report%202004.pdf> (última consulta al sitio web indicado, abril de 2013).

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 41.

de naturaleza grave⁵¹⁷, en tal sentido, se concluye que en aquellos lugares donde la delincuencia organizada desarrolla su actividad criminal, la sociedad que la sufre se ve gravemente afectada por la constante exposición a la lesión o puesta en peligro, de intereses fundamentales para la misma.

2.3.2.- El impacto social de las conductas de blanqueo de capitales.

Se ha analizado por separado los efectos nocivos del blanqueo de capitales en la economía⁵¹⁸ y en la política⁵¹⁹. Considero que hablar de los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales en la sociedad, es la sumatoria de la dañosidad del ilícito en éstos tres órdenes, con las consecuencias devastadoras que —dicha sumatoria de efectos perjudiciales—, producen no solo en la vida del país que los sufre, sino que trasciende a la comunidad internacional.

En efecto, por un lado tenemos la estrecha relación entre la cuestión social y la económica, a grado tal que la actuación en una repercute directamente en la otra fundamentando así el orden socioeconómico. Por otro lado hemos explicado la relación de interdependencia entre la corrupción y blanqueo de capitales⁵²⁰. En este sentido, si en un país si se observa la actuación reiterada de actos de corrupción —tanto pública como privada—; de actos lesivos del orden económico —tanto a nivel macroeconómico como a nivel microeconómico—; y los propios actos de blanqueo de capitales, se produce como consecuencia, la quiebra del Estado donde se ejecuta, sin olvidar que en la mayoría de los casos, dicha

⁵¹⁷ Convención de Viena, artículo 2. a).

⁵¹⁸ *Vid.: supra*: tema VI. B. 2.-, 2.1.- del presente trabajo.

⁵¹⁹ *Vid.: supra*: tema VI. B. 2.-, 2.2.- del presente trabajo.

⁵²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 105. El autor menciona, que de cualquier forma la relación entre ambas figuras delictivas es directa e interdependiente, y su funcionalidad radica en que por un lado se emplean cauces corruptos para blanquear” mientras que por otro “el blanqueo lava el producto de la corrupción

quiebra trasciende fronteras por la interrelación del sistema financiero.

Un ejemplo actual de lo expuesto, lo tenemos en el caso de Chipre, un país de 800.000 habitantes, responsable de apenas el 0,02% de la producción europea y cuyo PIB no supera los 17.500 millones de euros. Este país tan pequeño —económicamente, es el tercer socio más pequeño de la UE—, esta sufriendo una crisis económica que tiene en vilo a la economía mundial. Se trata de un paraíso fiscal, que en los últimos años atrajo inversiones millonarias mayoritariamente rusas, chinas y griegas, tanto lícitas como ilícitas. Se estima que para enero de 2013 los activos bancarios de la isla ascendían a 126.400 millones de euros (aproximadamente siete veces su economía), pero el manejo alejado de sanas prácticas financieras —pocas medidas de control, pago de muy altos intereses, endeudamiento—, mas el blanqueo efectivo de capitales ilícitos ha provocado un panorama gravísimo:

—Por un lado la consultora Oxford Economics, de la Universidad de Oxford —citada por el diario español Expansión—, asegura que no salvar a Chipre podría costarle a las economías europeas unos 300.000 millones de euros, lo que equivaldría a 3% del PIB de la UE, como consecuencia de la mega crisis bancaria que se desataría. Pero su salida del euro podría resultar mucho más costosa, alcanzando al menos 10% del PIB europeo.

—Por otro lado las medidas exigidas por el BCE, el FMI y la Comisión Europea, para el rescate —medidas entre las que se encuentra el impuesto al ahorro con tasas de hasta 10%—, han provocado una convulsión social en la isla y un sentimiento antieuropeo que aviva la idea de convocar un referendo para retirarse de la UE⁵²¹.

⁵²¹ La nota expuesta de forma resumida, sobre la situación actual de Chipre, puede ser consultada en el sitio web: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/mundo/articulo/la-isla-del-desastre/171852> (última consulta a sitio web, abril de 2013).

TERCERA PARTE

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

VII. LOS INTERESES QUE VULNERA EL BLANQUEO DE CAPITALES, SU PONDERACIÓN COMO BIENES JURÍDICOS – PENALES.

Son claros los efectos en extremo dañinos que el blanqueo de capitales produce en los ámbitos económico, político y social que rigen la vida de un país. Sin embargo la sola mención de los efectos perjudiciales que provoca el blanqueo de capitales en determinados intereses, no es suficiente para atribuir a los mismos el rango de bien jurídico merecedor de tutela penal⁵²². En el presente capítulo analizaré los intereses que se ven afectados por el lavado de activos, determinando si los mismos constituyen una realidad de vital importancia para la sociedad y en tal sentido son susceptibles de ser elevados al rango de bien jurídico penal⁵²³.

⁵²² Ni mucho menos para incriminar una conducta ya que “la racionalidad en la respuesta penal, que se plasma en la legitimidad constitucional y en la proyección sobre ella de las garantías constitucionales, constituye un principio irrenunciable. Nadie debe olvidar que, en último termino (sic), el Derecho penal no es sino el empleo de la violencia por parte del Estado frente a los ciudadanos que delinquen, que aunque sean delincuentes no por ello pierden su condición de titulares de derechos.” Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: “Prólogo”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.): *El derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007, p. IX.

⁵²³ La falta de ésta ponderación de los intereses que vulnera el blanqueo de capitales, es lo que ha orillado a algunos doctrinarios —erroneamente—, a considerar que el reciclaje de activos no debiera ser considerada como delito, sino que debiera dejarse al derecho administrativo. Por todos, COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)(Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005, p. 93.

Desde que se cobró conciencia sobre lo perjudicial de las conductas de blanqueo, se le han atribuido diversos objetos de protección, y de entre las corrientes que tratan de explicar aquello que tutela el reciclaje, sucintamente, cinco han sido las posturas destacadas:

a) En un principio se sostuvo que el lavado de activos es una consecuencia del narcotráfico⁵²⁴, con lo que se pensaba que el blanqueo de activos protegía la salud pública. Esta primera postura quedó en desuso ya que mediante diversas regulaciones internacionales se determinó la procedencia del delito aunque los bienes blanqueados no tuvieran origen en el narcotráfico⁵²⁵, con tal razonamiento se ha argumentado que el bien jurídico lo constituye aquel que es protegido por el delito previo.

No estoy de acuerdo con esta postura, ya que si bien es cierto que tanto criminológicamente como de política-criminal, se tiene que considerar al delito previo en el blanqueo de capitales, no se puede sostener en la dogmática penal, ya que se violentaría el principio de *non bis in idem* y se haría imposible la aplicación de la norma prohibitiva del blanqueo, por impedimento de la conciencia de antijuricidad. Además, si el criterio para considerar al narcotráfico como delito antecedente, es por su vínculo con el crimen organizado así como por las ingentes cantidades de dinero que produce, se debe tener presente en todo caso, que el narcotráfico no es el único delito del crimen organizado, ni el único que produce grandes capitales ilícitos.

⁵²⁴ *V. gr. Vid. infra*, tema IX, A., 1.- del presente trabajo, donde se explica como en la LO 1/1988, de 24 de marzo, se introdujo al entonces vigente CPesp. un art. 546 bis f) que sancionaba el blanqueo procedente del tráfico de drogas; *Vid. infra*, tema IX, A., 2.- donde por reforma introducida por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, se adicionaron al CPesp. derogado, los arts. 344 bis h) y 344 bis i) limitando la aplicación del reciclaje de activos a delitos de narcotráfico.

⁵²⁵ *V. gr.* Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990). En el cual se destaca que los delitos previos del blanqueo de capitales, no se limitan al tráfico de drogas. A éste le sigue el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005).

b) Una segunda línea de pensamiento sostiene que el bien jurídico que pretende tutelar el lavado de activos es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. Esta postura doctrinal se basa en la conexión del blanqueo con el encubrimiento, ya que todo proceso de reciclaje tiene como finalidad —siquiera próxima—, ocultar o encubrir el origen delictivo de esos capitales que se blanquean, y en consecuencia evitar que la Administración de Justicia pueda conocer y en su caso sancionar, las conductas delictivas que generan tales capitales.

Considero acertado señalar la Administración de Justicia como bien jurídico protegido⁵²⁶, sin embargo, el proceso de blanqueo de capitales por su fenomenología va más allá, es decir no es el único interés que se tutela mediante la tipificación de la conducta criminal.

c) En tercer lugar existe la postura doctrinal que sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo es el correcto funcionamiento del sistema financiero, ya que en el proceso de lavado es recurrente utilizar a las instituciones que forman dicho sistema⁵²⁷.

⁵²⁶ Ya que el blanqueo de capitales es por naturaleza un delito de encubrimiento, y en tal sentido, es en esencia un delito contra la Administración de Justicia. *Vid.*: CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed. *op. cit.*, p. 900.

⁵²⁷ Doctrina basada —entre otros—, en los siguientes documentos supranacionales: Declaración de principios de Basilea. Declaración del Comité de Autoridades de Supervisión Bancaria del Grupo de los diez y de Luxemburgo, hecha en Basilea en diciembre de 1988, sobre prevención en la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal; THE WOLFSBERG GROUP: *Declaración de Wolfsberg - Guía para un planteamiento basado en el riesgo en la gestión del riesgo de Blanqueo de Capitales*; Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, sobre el blanqueo de GAFI: *Rapport demandé par les chefs d'Etat lors du Sommet de l'Arche, Collection des rapports officiels, París, (7 de febrero de 1990)*; Nuevas recomendaciones del organismo para prevenir y combatir el lavado de dinero, el financiamiento de terrorismo y el financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva. Lo anterior, en el marco de la Tercera Reunión plenaria del XXIII periodo celebrada (el 13 al 17 de febrero de 2012); Recomendación sobre la resolución adoptada por el Comité de Ministros del 25 de junio de 1981; *Council of europe, resolutions by the Comité of Ministers Relating to crime problems*, IV (Estrasburgo, 1981).

Esta corriente doctrinal también es acertada, pero solo en aquellos casos que se utilice el sistema financiero para blanquear capitales. No debemos olvidar que aunque sea la generalidad, la gran inmensidad de actos y hechos jurídicos de los que se valen los blanqueadores, no se limitan a operaciones financieras.

d) En cuarto lugar, se encuentra la corriente doctrinaria que sostiene, que el delito de blanqueo de capitales protege el orden socioeconómico⁵²⁸. El problema que representa esta teoría, es delimitar el concepto y contenido del orden socioeconómico.

Respecto de esta corriente doctrinaria, hay que destacar el trabajo de BLANCO CORDERO, quien a últimas fechas ha dicho: “quizás lo más adecuado sea crear un tipo penal que cumpla con los estándares internacionales mínimos (dejando fuera comportamientos tales como la mera posesión de bienes sin finalidades de ocultación), y que tenga en cuenta el carácter pluriofensivo del blanqueo de capitales. En él existiría un tipo básico para los supuestos de ocultación de los bienes o simulación del origen de los mismos. Como modalidad agravada, se castigarían aquellos supuestos en los que se produce el menoscabo de la libre competencia como consecuencia del empleo de los bienes en actividades económicas de producción de bienes o servicios. En este caso sería necesario acreditar al menos un apuesta en peligro de dicho bien jurídico, que sólo procederá si se inyectan cantidades de dinero de elevada cuantía”⁵²⁹.

Por lo que se refiere al bien jurídico, estoy de acuerdo con tal planteamiento, respecto de la naturaleza encubridora del blanqueo y la correspondiente violación de la Administración de Justicia. Sin embargo, no estoy de acuerdo con el autor citado, por lo que se refiere a considerar la libre competencia como el único bien jurídico del orden socioeconómico, que se ve vulnerado con el blanqueo de

⁵²⁸ Con sus aciertos, precisiones e indeterminaciones, esta forma de entender el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales, es la más aceptada en la doctrina actual. *Vid. infra*, tema VII. C. y VIII. C. del presente trabajo.

⁵²⁹ Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 903.

capitales, ya que esto no siempre ocurre⁵³⁰, lo que si ocurre en todos los casos de blanqueo —por lo menos en su consumación—, es la violación de diversos intereses peretencientes al orden socioeconómico⁵³¹. En mi opinión, al ceñir el lavado de activos dentro del orden socioeconómico, y dentro de éste, sólo a la vulneración de la libre competencia, deja desprovisto de protección otros bienes jurídicos que perteneciendo al orden socioeconómico, se ven gravemente afectados por las conductas de blanqueo de capitales, tal es el caso de: la rectoría económica del Estado; la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado; y la estabilidad y solidez del sistema financiero.

e) Algunos doctrinarios en afán de resolver la controvertida cuestión, han calificado al blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo⁵³², adjetivo con la que estoy de acuerdo al ser varios los bienes jurídicos que el lavado tutela, sin embargo hay que resaltar la importancia de determinar los intereses protegidos, ya que la calificativa de pluriofensividad nada aclara respecto del principio de necesidad, por el contrario, crea una ambigüedad —al poder atribuírsele diversos contenidos de protección al tipo de blanqueo—, que dificulta la interpretación y aplicación de la norma, abriendo la puerta a la posibilidad de excesos en la aplicación del Derecho.

Por otro lado, a ésta la pluralidad de bienes jurídicos que como objeto de protección, se han atribuido al reciclaje de activos, se suman las posturas que han considerado que se trata tan solo de una técnica de investigación del delito y como agravante de la pena. Así

⁵³⁰ El propio BLANCO CORDERO así lo entiende diciendo: “Esto solo puede ocurrir si se recurre a blanquear del dinero mediante su inversión en empresas que llevan a cabo actividades económicas en concurrencia con otras [...] En definitiva, no todos los supuestos de blanqueo de capitales tienen un efecto *directo* sobre la competencia.” Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 902.

⁵³¹ *Vid.*: la tercera parte del presente trabajo.

⁵³² GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994, pp. 216 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 238.

como los que sostienen su no incriminación y regulación a efecto de que el Estado se beneficie de los cuantiosos rendimientos que produce⁵³³. Estas dos últimas formas de considerar al delito de blanqueo, son incorrectas, tanto por lo dicho en el capítulo precedente⁵³⁴, así como por que criminológicamente estamos ante una realidad que nos demuestra que se cumplen a cabalidad los presupuestos necesarios y suficientes para la intervención penal del Estado⁵³⁵.

Ahora bien, hay que advertir que la indeterminación de aquello que se pretende proteger por la norma, acarrea graves consecuencias: a) para el Estado social y democrático de Derecho, resulta conculcatorio de garantías individuales la incriminación de una conducta sin la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; b) para la dogmática penal y la política criminal. Reviste especial interés la determinación del bien jurídico, pues tal como lo afirma VIVES ANTÓN ésta idea constituye “el primer tópico de argumentación en torno a la validez de la norma”⁵³⁶ penal.

En el presente apartado derivado de los efectos perjudiciales del lavado de dinero, expondré solo los intereses que por su importancia y trascendencia dentro de un Estado, pueden ser considerados como bienes jurídicos penales; en tal virtud, desarrollaré únicamente los intereses dignos de tutela, obviando todos aquellos postulados que en algún momento se han considerado objeto de protección en el

⁵³³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales...”, *op. cit.* pp. 74 – 76 El autor sostiene que la persecución del blanqueo de capitales constituye una política criminal contradictoria, ya que por otro lado la Hacienda Pública española ha financiado los déficits públicos con la oferta de pagarés del Tesoro que constituyen un refugio para el dinero negro. Así sostiene que el gran valor económico de esos flujos subterráneos, podrían ser aprovechados con un manejo habil.

⁵³⁴ *Vid.: supra*, tema VI B. 2.- Donde se trataron los efectos lesivos del blanqueo de capitales en la política, en la economía y en la sociedad.

⁵³⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 238.

⁵³⁶ VIVES ANTÓN, Tomas S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 484, nota (71).

reciclaje —la seguridad interior del Estado⁵³⁷; el bien jurídico vulnerado por el delito previo⁵³⁸; el patrimonio⁵³⁹—, y que al día de hoy han sido superados tanto por la doctrina como por la normativa internacional y la jurisprudencia.

⁵³⁷ Consideración que parte de que el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dice que el crimen organizado “amenaza la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”, sin embargo, aunque el blanqueo sea el último paso de la delincuencia organizada no debemos confundir ésta con aquel ilícito, ya que las conductas son diversas y aquella no implica necesariamente la del crimen organizado. Además como afirma ARÁNGUEZ, el efecto de tipificar el blanqueo, actúa sobre el crimen organizado, solo de forma colateral, no de forma necesaria. *Vid.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 101.

⁵³⁸ *Vid.*: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A: *EL delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.* pp. 221-223 y nota 178, donde el autor, considerando las reglas del encubrimiento, de la receptación y en su caso de la participación, concluye que: Un blanqueo de capitales así concebido, no requiere de una tipificación específica para ser penalizado ya que “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 [...] 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 [...] no parece que sea una solución lo suficientemente satisfactoria”. Además, como la incriminación como medio para fortalecer la protección del bien jurídico tutelado por el delito de referencia podría conducir a una política criminal desordenada, al punir sin satisfacer el principio de ofensividad.

⁵³⁹ Esta teoría ha sido superada y surge de un error consistente en la falta de técnica legislativa en algunos ordenamientos jurídicos, y deriva precisamente de la indeterminación que existe sobre los bienes jurídicos protegidos por el blanqueo de capitales, así *v. gr.* La LO 1/1988 que introdujo la regulación del delito, dentro del Capítulo VII, Título XII del anterior CP, dentro de los «delitos contra la propiedad»; otro ejemplo se encuentra en el CP italiano, que regula *il riciclaggio* en el TXIII, Libro II, como delito contra el patrimonio.

A. EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO DELITO PLURIOFENSIVO.

Parte de la doctrina penal internacional, al estudiar el principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales, sostiene que dicho ilícito penal vulnera una serie de intereses vitales para la sociedad, por lo cual han argumentado que se trata de un delito pluriofensivo⁵⁴⁰. Comparto esta concepción del ilícito, toda vez que

⁵⁴⁰ Entre otros, *Vid.*: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 270 y 271; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio (Art. 648 bis c.p.) Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Guffré Giappichelli, Torino, 2008, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 101 y 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.* pp. 200 y 201; BLANCO LOZANO, Carlos: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español", en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996, p. 100.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 63 - 65.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999. p. 15; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 238; FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 128 y 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación", en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A / PÉREZ CEPEDA, Ana I. (coords.): *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 194 - 198; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 295; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: "Receptación y figuras afines" en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 440; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, R.: *EL delito de lavado de dinero, su tratamiento penal y bancario en el Perú*, IDEMSA, Lima, 1994, pp. 66; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española" en *Cuadernos de política criminal*, N° 58, 1996, pp. 141 - 145; VIVES ANTON, Tomás S. (coord.): *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1463 y 1464; ZANCHETTI: *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 387. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: "Receptación y blanqueo de capitales" en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José

en el proceso de blanqueo de capitales de vulneran diversos bienes jurídicos, con lo cual se puede afirmar su pluriofensividad, pero desde ahora digo que tal calificativo únicamente sirve con fines didácticos en un estudio esquemático del injusto. Esta aclaración se realiza, por que tal concepción del principio de ofensividad, no responde satisfactoriamente a la cuestión de ¿qué se protege al tipificar el blanqueo? ya que si la respuesta a la interrogantes planteada, es: «una pluralidad de intereses que afectan a la sociedad», esto constituiría una afirmación en extremo vaga y que por carecer de concreción —incluso aunque dichos intereses se determinen, como de hecho se hace, señalando a la Administración de Justicia, orden socioeconómico, etc.—, sería violatoria diversos principios que rigen el Derecho penal⁵⁴¹, además que de *lege lata* —por la violación de garantías individuales—, se volvería prácticamente inaplicable un tipo penal catalogado en el hipotético capítulo del Código punitivo como «de los delitos pluriofensivos».

BLANCO CORDERO, expone las teorías que catalogan a este delito como pluriofensivo, y las agrupa en dos categorías: a) Las que consideran que se vulnera tanto el orden socioeconómico, como la administración de justicia; y b) Las que consideran que se lesiona tanto orden socioeconómico, como el bien jurídico tutelado por el delito previo⁵⁴².

Comparto la opinión de FABIÁN CAPARRÓS, cuando sostiene que el delito de blanqueo de capitales, afecta diversos intereses sociales — de ahí, su carácter pluriofensivo—, Sin embargo al momento de profundizar en el análisis del delito, vemos que de política-criminal, con este solo argumento, no precisamos bien jurídico que sirva de fundamento y que justifique la intervención del *ius punniendi*; por otro lado, dogmáticamente, tampoco es solución para determinar la

L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996.

⁵⁴¹ El de lesividad; el de exacta aplicación de la Ley penal y la prohibición de interpretación por analogía y mayoría de razón.

⁵⁴² BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

ubicación sistemática del tipo en el código penal, ni mucho menos sirve para la correcta interpretación del precepto normativo⁵⁴³.

B. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Gran parte de la doctrina, ha considerado a la Administración de Justicia⁵⁴⁴ como bien jurídicamente protegido por el delito de

⁵⁴³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁴⁴ ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82-85; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio...*, *op. cit.*, pp. 23 – 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 78 – 80; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido” en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 1999; BAJO FERNANDEZ, Miguel: “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos” en AA. VV.: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 135 y ss.; DEL MISMO AUTOR: “Derecho penal económico...”, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; BERNASCONI, PAOLO: “Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario”, en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 199; BLANCO LOZANO, Carlos: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.; CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Análisis sustantivo del delito” en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 271; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 59 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999. p. 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, *AP*, núm. 32, 1994, pp. 583 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, 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”, *ADPCP*, T. XLVI, fasc. II, mayo – agosto 1993, pp. 585 y ss.; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 253-

blanqueo de capitales. Gramaticalmente, la Administración de Justicia es definida en el diccionario como: “1.- Sistema de jueces y tribunales; 2.- Organización y funcionamiento de este sistema; y 3.- Gestión del sistema judicial y de su actividad”⁵⁴⁵. Ahora bien, el correcto funcionamiento del poder judicial, solo se puede lograr con jueces que imparten justicia, entendida como *constant et perpetua*

258; FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 127; DE LA MISMA AUTORA: “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995”, en *EPC*, XXI, 1998, p. 127; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 173 - 203; FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio: *El delito de lavado de dinero en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 172; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 32 - 35; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994, pp. 481 y 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 295; MANNA, Adelmo: “Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all’amministrazione Della giustizia, sino all’ordine pubblico ed all’ordine economico”, en *Riciclaggio e reati connessi all’intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, pp. 58 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 50; MOLINA FENRÁNDEZ, Fernando: “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático y a la vez aproximación a la participación en el delito” en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 116 y ss.; MOLINA MANSILLA, María del C.: “El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal”, en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre 2007, pp. 4-5; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: “La reforma penal y procesal en materia del tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)”, en *JD*, núm. 16 - 17, 1993, pp.115 y ss.; ROMERAL MORALEDA, Antonio / GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel: *Tráfico y consumo de drogas: Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, pp. 216-218; SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M.: “La receptación específica”; en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas)*, T. XII, Edersa, Madrid, 1990, pp.479 y ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena...”, *op. cit.*, pp. 145-148; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 26, 27 y 92; ZANCHETTI, Mario: *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato...*, *op. cit.*, p. 388.

⁵⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

voluntas ius suum cuique tribuendi. Para que el juzgador de a cada quien lo que le corresponde, es necesario que lo haga de forma pronta, completa e imparcial⁵⁴⁶. Así con base en la semántica, interpretada en el marco del Estado social y democrático de Derecho, se entiende por Administración de Justicia, el bien jurídico consistente en la correcta actividad judicial.

El considerar a éste bien jurídico como aquel que es tutelado en el delito de blanqueo de capitales, tiene razón de ser, por la estrecha relación que el ilícito guarda con el de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real⁵⁴⁷. Lo cual tiene fundamento desde que en la Convención de Viena, se describiera a las operaciones de blanqueo, básicamente como una conducta encubridora⁵⁴⁸. En este sentido, el reciclaje de capitales se

⁵⁴⁶ Así *v.gr.* en el marco legal mexicano, el artículo 17 de la CPEUM, señala como derecho fundamental de los gobernados, la prohibición de la *vindicta privada* y la obligación del sistema judicial de impartir justicia, con las cualidades apuntadas.

⁵⁴⁷ Al analizar el reciclaje como forma de favorecimiento, la doctrina mayoritaria ha considerado que al versar precisamente sobre los bienes producto del delito, se trata de un favorecimiento real, tal es el caso de BERNASCONI, PAOLO: "Il riciclaggio di fondi di origine criminosa...", *op. cit.*, p. 99. En el mismo sentido FABIÁN CAPARRÓS al hablar del artículo 301 del CP español, dice que "[...]conviene no dejarse llevar por las apariencias afirmando que la modalidad descrita en el último inciso del párrafo primero de su apartado 1 tipifica un supuesto de favorecimiento personal. Ciertamente, el objetivo que se describe en este caso —«ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»— está orientado al apoyo de quien trata de huir de la Justicia, pero ello no impide que tal auxilio se realice a través de una actividad que siempre debe recaer sobre las rendimientos derivados de la comisión de un delito grave". Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, (Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988 en Viena, Austria) que textualmente dice:

"Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el

convertiría en una figura delictiva de segundo grado puesto que su existencia sería condicionada a la previa realización de otra conducta ilícita, siguiendo a FARÍA COSTA en términos muy simples e inequívocos: sólo hay necesidad de blanquear dinero si éste proviene de actividades primitivamente ilícitas⁵⁴⁹; con esta línea de pensamiento, GÓMEZ PAVON señala que el lavado de dinero intenta obstaculizar la identificación del origen ilícito y por tanto evitar el descubrimiento del delito, con lo cual apunta que el bien jurídico protegido sería la Administración de Justicia, puesto que el ilícito conlleva conductas entorpecedoras de la función judicial⁵⁵⁰.

La doctrina internacional, como es el caso de la española, mexicana, italiana y alemana —aunque dividida, ha considerado de forma mayoritaria el blanqueo de capitales como delito contra la Administración de Justicia—; incluso ordenamientos jurídicos como el suizo que en los artículos 305 bis y 305 ter del CP, considera al delito de blanqueo como un delito que atenta contra dicho bien jurídico⁵⁵¹.

Los argumentos que la doctrina esgrime, van dirigidos a considerar al blanqueo de capitales como una forma de encubrimiento y al respecto dicen:

inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con 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 acciones;

ii) 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 inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;"

⁵⁴⁹ Citado por FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 253, nota al pie número 38.

⁵⁵⁰ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación...*, op. cit. p. 216.

⁵⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 183 - 192.

Que no se debe caer en un casuismo legislativo por razones de política criminal, ya que en el caso del blanqueo de capitales, se coadyuva en mayor o menor medida con el ocultamiento de un delito —con lo que ello implique de lesivo—, y esto ya se encuentra protegido por los preceptos que sancionan el encubrimiento⁵⁵².

FABIÁN CAPARRÓS, describe los argumentos que algunos doctrinarios han dado para considerar al reciclaje de activos como forma de favorecimiento; el autor menciona: “Debido a su propia naturaleza, blanquear, lavar, legalizar, regularizar o reciclar capitales supone tanto como ocultar su procedencia, esto es, dotarlos de una apariencia de licitud que sea lo bastante convincente como para que las autoridades no puedan demostrar su origen”⁵⁵³.

Las acciones de reciclaje, van dirigidas a impedir que se conozca la localización, secuestro o comiso de los capitales que se blanquean, lo cual se correspondería a conductas de favorecimiento real⁵⁵⁴.

⁵⁵² SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, *CPC*, n.º58 (1996), p. 146. El artículo 451 del CP español dice: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º Auxiliando A los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2º. Ocultando, alternando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura”.

⁵⁵³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 253. Donde el autor —sin considerar que se trate de un delito de favorecimiento—, hace un análisis de las razones por las que se podría considerar al blanqueo como forma de favorecimiento.

⁵⁵⁴ BERNASCONI, Paolo: “Il riciclaggio di fondi di origine criminosa...”, *op. cit.*, pp. 99 y 100; citado por FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 253. En este sentido PALMA HERRERA sostiene que las conductas de blanqueo se realizan como actos que tiene por objeto desvincular las ganancias de procedencia delictiva del responsable del delito, ejecutando acciones, que sin desvincular a los responsables del delito previo, ocultan los capitales ilícitos, imposibilitando a las autoridades el comiso de los mismo. Cfr.: PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Edersa, 1999, p.288.

Considero que los anteriores argumentos —que tratan de encuadrar al delito de blanqueo de capitales como una forma de encubrimiento, basándose en el análisis de la Administración de Justicia como bien jurídico tutelado—; constituyen una visión incorrecta del análisis de la cuestión, ya que tal postulado adolece de un vicio de origen, al tratar de atribuirle al reciclaje una naturaleza de favorecimiento con base en las similitudes de orden criminológico que guardan ambas figuras delictivas. Siguiendo a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, considero que el lavado de activos afecta a la Administración de Justicia pero no en exclusiva, puesto que si solamente éste fuera el interés jurídico protegido, el blanqueo sería inexplicable, ya que:

“—en primer lugar, no entenderíamos por qué existe un delito de blanqueo diferenciado del encubrimiento y sancionado con una pena muy superior a éste,

— tampoco sería justificable que se castigara el blanqueo de bienes de ilícita procedencia aun cuando el delito previo ha sido ya descubierto, o cuyo autor ya ha sido condenado y juzgado,

— no existiría una clara explicación para atribuir expresamente a los Tribunales españoles la capacidad para conocer de un delito de blanqueo de bienes que proceden de un delito previo, cuando ese delito previo queda fuera de su ámbito competencial,

— no comprenderíamos la razón por la que se castiga la imprudencia,

—finalmente, no se comprendería por qué todos los textos internacionales, y la mayoría de los Ordenamientos internos, sancionan al autor o partícipe del delito previo por el posterior blanqueo de sus ganancias, sin recurrir al "privilegio del autoencubrimiento" que mantienen para el delito de encubrimiento. E igualmente tampoco podría entenderse por qué no se excluye de pena a los parientes del autor o cómplice en el delito previo.”⁵⁵⁵

Ante tal imprecisión debemos considerar que el blanqueo de capitales no tiene una naturaleza esencialmente encubridora, y

⁵⁵⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 382 y 383

aunque el favorecimiento se produzca en ocasiones, este tiene un carácter meramente accidental, ya que es el resultado inevitable de la realización del objetivo principal del blanqueador, que no es otro más que la incorporación de bienes de origen ilícito en una economía legal. Por tal motivo, hacer hincapié exclusivamente en la ocultación de la procedencia del bien, supone centrarse en una mínima parte que no agota —ni por mucho— el fundamento de la lucha contra el blanqueo⁵⁵⁶. En tal sentido MOLINA FERNÁNDEZ menciona que el lavado de activos provoca la pérdida del rastro del dinero ilegal, y con ello, contribuye de manera muy efectiva al encubrimiento del delito original; sin embargo, aunque la acción de encubrir es una característica muy relevante en el desvalor del blanqueo, no es la única⁵⁵⁷.

Siguiendo a FABIÁN CAPARRÓS, el blanqueo es algo más que una simple forma de disimular las ganancias, el encubrimiento no es el objetivo que inspira al sujeto activo del blanqueo, sino que esto constituye una consecuencia colateral de la cual se beneficia el delincuente. Si se analiza el marco de la delincuencia organizada, el ánimo de encubrir se ve superado por otra finalidad prioritaria, que consiste en la voluntad de facilitar la gestión del aparato financiero de la empresa ilícita para mantener sus actividades; ante tal panorama y en la medida de que la estructura criminal se vuelve más compleja, se pierde la conexión entre la actividad criminal previa y el posterior acto de encubrimiento, y siendo que favorecimiento implica un delito concreto de referencia, y ante la imposibilidad de determinar ese nexo, no podemos considerar como encubrimiento las acciones de blanqueo. Así mismo se debe tener en cuenta que el lavado, no responde al clásico patrón de auxilio post-delictivo porque quienes cometen actos ilegales dotados de una alta rentabilidad suelen contar con otros sujetos dispuestos a reciclar, es

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p 95.

⁵⁵⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático y a la vez aproximación a la participación en el delito” en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 116 y ss.

decir, en el crimen organizado, el reciclaje suele pasar a integrar un sector especializado que forma parte de una misma «empresa»⁵⁵⁸.

Por su propia naturaleza, lavar dinero, consiste en ocultar la procedencia ilícita de los bienes sobre los cuales recae la conducta de blanqueo, esto es, dotarlos de una apariencia de legalidad, que sea lo bastante sólida, para impedir que las autoridades encargadas de perseguir y sancionar dichas conductas, puedan demostrar su origen ilícito, frustrando con ello la impartición de justicia, ya que impide esclarecer los hechos a partir de los cuales fueron obtenidos⁵⁵⁹. En consecuencia el blanqueo de capitales implica siempre un atentado contra la Administración de Justicia, pero esto no constituye su aspecto más relevante, puesto que solo incide sobre aspectos parciales del blanqueo⁵⁶⁰, ya que ante todo debemos tener presente que la finalidad última en la conducta del que blanquea, consiste precisamente —mediante la integración—, en el aprovechamiento de los bienes producto del delito⁵⁶¹.

De lo expuesto anteriormente, concluyo que uno de los intereses que se ve afectado por las conductas de blanqueo, y que por su importancia para la sociedad merece ser considerado como bien jurídico susceptible de tutela penal, es sin lugar a dudas la Administración de Justicia, ya que precisamente las conductas del lavado de activos, conllevan una finalidad —dotar de apariencia de legitimidad a las ganancias de delito—, que se traduce —como consecuencia accesoria—, en un obstáculo que imposibilita el adecuado actuar de las Autoridades encargadas de prevenir,

⁵⁵⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 262 y 263.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 253.

⁵⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *EL delito de blanqueo de capitales*, 2º ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 199.

⁵⁶¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal...*, op. cit., p. 64. Quien considera que el blanqueo protege la administración de justicia, pero de forma mediata, pues el delito no supone en exclusiva la ocultación o el encubrimiento de los bienes sino algo más: un aprovechamiento.

investigar y sancionar los delitos que dieron origen a es capitales que se reciclan.

C. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.

Aunque gran parte de la doctrina considera que el blanqueo de capitales afecta en su comisión al orden socioeconómico⁵⁶²; no

⁵⁶² ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 270 y 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 – 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, Carlos: “El blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 61 – 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp.14 y 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 209 – 229; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 128 y 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 – 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 – 43; GONZÁLEZ RUS, Juan J.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero” en COBO DEL ROSAL, Manuel: *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, España, 2005, p. 615 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general...*, *op. cit.*, pp. 50 – 57 y 73; DEL MISMO AUTOR: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, pp. 294 – 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines” en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 418 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros”, *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992, pp. 52 y ss.; SOTO NIETO, Francisco: “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996, p. 1541; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, pp. 86 – 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales” en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.:

debemos perder de vista, que este no es un criterio ni por mucho pacífico, y así también han surgido doctrinarios que consideran que al hablar del orden socioeconómico como bien jurídico que se ve afectado con las operaciones con recursos de procedencia ilícita, se hace alusión a un criterio carente de concreción⁵⁶³. Incluso hay quienes como HORMAZÁBAL, consideran que el orden socioeconómico no es un bien jurídico, sino que se trata de un concepto complejo que cumple una función sistemática⁵⁶⁴. Considero que las críticas mencionadas son acertadas, en cuanto a que hablar de orden socioeconómico⁵⁶⁵, sin más, es hablar de un criterio no concreto, que nada dice respecto del principio de lesividad. El orden socioeconómico es parte de un sistema complejo que forma un Estado en un momento y lugar determinado, sin embargo, encuentro que existen ciertos intereses pertenecientes a ese orden (rectoría económica del estado, estabilidad y solidez del sistema financiero, licitud de los bienes que circulan en el mercado, libre competencia), que pueden verse afectados con el blanqueo de

El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales, Madrid, Requetos, 1996, pp. 1418 y 1419.

- ⁵⁶³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 384; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 219, autor que sostiene, que el referimiento al orden económico en conjunto es excesivamente vago e impreciso para constituir un bien jurídico, y se requiere determinar que aspectos de dicho orden son los que se ven lesionados o puestos en peligro concretamente por el delito de blanqueo de capitales.
- ⁵⁶⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, p. 196.
- ⁵⁶⁵ Orden socioeconómico entendido como paradigma en el cual, la economía está inmersa en la realidad social y cultural, donde los intereses que generan comportamientos competitivos no son necesariamente complementarios y armónicos. por el contrario, los mecanismos de decisión que usan los individuos están influenciados por valores, emociones, juicios y prejuicios, así como por afinidades culturales y otros condicionamientos, y no simplemente por un preciso cálculo de interés propio. En este sentido, no se presupone que los sujetos económicos actúan siempre racionalmente o que están motivados principalmente por el propio interés o por el placer. (información en sitio web: <http://www.uv.es/sasece/socioeconomia.htm> última consulta abril de 2013).

capitales. En mi opinión, habrá que determinar el contenido del orden socioeconómico, señalando los intereses que se le han atribuido⁵⁶⁶, para posteriormente analizar si por su importancia y trascendencia, dichos intereses pueden ser considerados como bienes jurídicos dignos de tutela penal.

Ahora bien, cuando se analizó el Derecho penal económico⁵⁶⁷, se hizo referencia a la forma que la doctrina lo ha dividido para su estudio —Derecho penal económico en sentido amplio y Derecho penal económico en sentido estricto—, considero que ambas especies, constituyen un adecuado punto de partida para dotar de contenido concreto al orden socioeconómico; ya que, por lo que se refiere al orden económico se estaría fundamentando el contenido del mismo; mientras que, por lo que concierne al orden social, hay que tener presente que un orden jurídico —en el marco de los Estados sociales democráticos de derecho—, involucra en sus postulados, principios que devienen y trascienden al orden social⁵⁶⁸.

1.- El orden socioeconómico en sentido estricto.

El Derecho penal económico es su acepción estricta es “*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendiendo como regulación jurídica del intervencionismo estatal en*

⁵⁶⁶ En el mismo sentido BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p.219. EL autor señala que “la alusión al orden económico en su conjunto es excesivamente vaga e imprecisa para constituir un bien jurídico, y requiere determinar qué aspectos de aquél son lesionados o puestos en peligro por el blanqueo de capitales”.

⁵⁶⁷ *Vid., supra*, tema IV. del presente trabajo.

⁵⁶⁸ BAZÁN, Víctor: “Los derechos fundamentales (particularmente económicos, sociales y culturales) en el Estado plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 16, España, 2012, pp. 25 y ss.; NAVA ESCUDERO, Óscar: “Límites al poder constitucional presupuestario de la Cámara de Diputados” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 246, 2006, pp. 272 -310. Donde el autor aborda el tema de la facultad de los diputados para expedir leyes que regulan el plan nacional del desarrollo económico y social; plan de desarrollo que constituye el eje fundamental de la Rectoría económica del estado.

*la Economía*⁵⁶⁹. Así, en esta rama del Derecho penal económico, lo que se va a estudiar son las facultades de los diferentes órganos de gobierno que forman el Estado, siempre que dichas facultades actúen o incidan en la economía. De este modo el interés susceptible de tutela por esta rama del ordenamiento penal económico, es: la rectoría económica del Estado.

1.1.- La rectoría económica del Estado.

En primer lugar recordemos que la palabra «rectoría» es definida por el diccionario como derivada del término rector, y significa «el que rige o gobierna», «persona a cuyo cargo está el gobierno y mando de una comunidad, hospital o colegio». El término «rectoría» está relacionado con el verbo regir, que es definido como “dirigir, gobernar o mandar; guiar; llevar o conducir una cosa”⁵⁷⁰.

En el aspecto jurídico, afirmar que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional es congruente con el objeto de toda Constitución⁵⁷¹, de normar la estructuración y los poderes del

⁵⁶⁹ BAJO FERNANDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, CEURA, Madrid, 2001, p. 13.

⁵⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁵⁷¹ Sobre el Estado español “Al referirnos a las reglas básicas del sistema económico estamos aludiendo a aquellas directrices con arreglo a las cuales se asienta la estructura y organización del sistema económico de una sociedad en un determinado momento histórico. [...] En nuestro ordenamiento estas reglas básicas se obtienen del texto constitucional y más concretamente, de su modelo económico o sistema económico [...] En términos generales, nuestro sistema económico responde [...] a un modelo de corte capitalista, que reconoce el derecho de atribución de los bienes a los particulares (ya sean éstos de consumo o de producción) y cuya circulación responde también a la iniciativa privada a través de una política de libre mercado. No obstante, en su desarrollo resulta matizado por el talante «social», reconocido como una de las características que definen al Estado español.” Cfr.: BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. / ORDUÑA MORENO, Francisco J. (dirs.) *et al.*: *Curso de derecho privado*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 279.

Estado⁵⁷². Ahora bien, en la Teoría del Estado, se entiende que la dirección estatal debe abarcar los siguiente aspectos: a) Que el desarrollo sea integral, es decir, que abarque los distintos aspectos, a saber: economía, política, sociedad, cultura, refiriéndose a los distintos grupos que forman al país; b) Que fortalezca la soberanía de la nación, es decir, su facultad de autodeterminarse; y c) Debe fomentar el crecimiento económico y el empleo, así como una justa distribución del ingreso y la riqueza⁵⁷³.

En este sentido cuando se habla de la rectoría económica del Estado, entendemos que se trata de la facultad que el Estado tiene de dirigir la vida social y económica de un país, según su propio ordenamiento interno. De tal suerte, que se deberá proteger como bien jurídico de relevancia penal, la dirección nacional de la economía y de la sociedad, de que todo aquello que atente contra el programa estatal de desarrollo —sea cual fuere, el modelo económico que rija—.

Queda claro que la rectoría económica del Estado no puede significar la gestión directa y exclusiva de la economía por parte de la organización política; que las acciones del Estado en esta materia deben ajustarse al derecho; que dichas facultades no son privativas de poder alguno; que no deben ejercerse para servir privilegiadamente a unos grupos en perjuicio de los otros, y que deben perseguir los valores de libertad justicia y seguridad que orientan al Estado social y democrático de derecho.

2.- El orden socioeconómico en sentido amplio.

Se entiende por Derecho penal económico en su acepción amplia “*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico*”

⁵⁷² NAVA ESCUDERO, Óscar: “Límites al poder constitucional presupuestario...”, *op. cit.*, pp. 272 y ss.

⁵⁷³ CARPIZO MCGREGOR, Jorge: *Estudios constitucionales*, 1ª ed., Porrúa, México, 1980, pp. 97 y ss.

*entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*⁵⁷⁴.

Como puede verse, esta rama del Derecho va a encargarse de regular el proceso productivo; en tal sentido, los intereses jurídicamente protegidos, que por su interés y trascendencia en la vida social, tienen el rango de bienes jurídicos penalmente relevantes, son los siguientes:

2. 1.- La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.

Una parte de la doctrina, ha defendido como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, al tráfico lícito de los bienes en el mercado⁵⁷⁵. Sin embargo, esta tesis no es unánime y existen quienes la critican, tal es el caso de BLANCO CORDERO, quien considera que se trata de un interés muy difuso, carente de concreción y si el mismo es interpretado desde una perspectiva amplia, no tiene contornos claros⁵⁷⁶.

Al tratar el tema, ARÁNGUEZ critica la consideración del *la licitud de los bienes que circulan en el mercado*, como bien jurídico penalmente protegible, ya que considera que los argumentos que lo sustentan

⁵⁷⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 14 y 15.

⁵⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: "Delitos contra la propiedad", en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Curso de derecho penal español, parte especial*, Madrid, Edersa, 1992, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, op. cit., pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, op. cit., p. 14; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, op. cit., pp. 82 y 83.

⁵⁷⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 202. Aquí el autor critica los postulados de PALMA HERRERA quien considera que al tutelarse la licitud de los bienes en el mercado, se cumple el principio de igualdad de oportunidades para los operadores económicos, también se hace posible la libre competencia, y se cumplen las leyes del mercado —oferta y demanda—. Con lo que así entendido el bien jurídico claro que constituye un amalgama de intereses indeterminado.

sirven para considerar que el bien jurídico protegido es la libre competencia, y al respecto dice:

“Otros autores han sugerido que el bien jurídico protegido en el blanqueo es «la circulación de los bienes en el mercado». DEL CARPIO DELGADO considera que «el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes»... entendemos que, en efecto, el orden socioeconómico no es el bien jurídico inmediatamente tutelado por el delito de blanqueo, pero ello se debe a que, como hemos dicho, el orden socioeconómico no es un bien jurídico, es demasiado abstracto para ser considerado como tal, sino una categoría que agrupa a varios bienes jurídicos que tienen en común el configurar el actual marco económico que promociona nuestra Constitución. De este modo, «la circulación de los bienes en el mercado» no es sino una concreción de la categoría genérica de intereses que configuran el orden socioeconómico. No obstante, no estamos de acuerdo con la delimitación del bien jurídico que defiende DEL CARPIO DELGADO, ya que el blanqueo pretende, eso es evidente, aislar de la circulación a los bienes con un origen ilícito, pero lo importante es cuestionarse el porqué es necesario tal aislamiento. La citada autora no aclara suficientemente esta cuestión, limitándose a subrayar que «uno de los elementos fundamentales para que el orden socioeconómico pueda funcionar es la licitud de los bienes que circulan en el mercado», pues la incorporación de bienes de origen ilícito al mercado supone que estos se encuentren fuera de todo control, por parte de los particulares o del Estado. Coincidimos plenamente en que los particulares y el Estado deben controlar la circulación de bienes, y que debe evitarse la circulación de bienes de origen ilícito, pero lo importante es la razón que justifica tal planteamiento, que a nuestro entender, como más tarde desarrollaremos, reside en la tutela de la libre y leal competencia. Aludir a la incolumidad del tráfico legal de bienes supone confundir la descripción de la conducta típica con el bien jurídico protegido”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 89 y 90.; en el mismo sentido, Vid.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 202.

Estoy de acuerdo con las críticas planteadas, en varios aspectos, a saber, en que el orden socioeconómico es una categoría genérica que contiene diversos intereses en específico; coincido en que la libre competencia es un bien jurídico protegido que es contenido en el genérico orden socioeconómico —aunque hay que advertir que no por las razones que ARÁNGUEZ señala—; y estoy de acuerdo en que “lo importante es la razón que justifica tal planteamiento”⁵⁷⁸, es decir, lo que entendemos como dotar de contenido al bien jurídico consistente en la licitud de los bienes que circulan en el mercado. No estoy de acuerdo, en lo que ARÁNGUEZ considera como “la incolumidad del tráfico legal de bienes supone confundir la descripción de la conducta típica con el objeto protegido”⁵⁷⁹, ya que en primer lugar se trata de cosas diferentes, en segundo lugar el autor no considera la finalidad de la conducta del blanqueo, y por último, pasa por alto la fenomenología del blanqueo de capitales, en específico la etapa de colocación y conversión.

Así mismo debo de decir que estoy de acuerdo con la postura de BLANCO CORDERO, ya que el punto flaco de la teoría que postula la «licitud de los bienes que circulan en el mercado», como bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales, es precisamente que tal postulado carece de concreción, ya que se ha tratado de explicar como necesario para otro bien jurídico —libre competencia—⁵⁸⁰, pero nunca se le ha dotado de un contenido susceptible de tutela penal.

Ahora bien, considero que la licitud de los bienes en el mercado, es un bien jurídico protegido inmediatamente por el delito de blanqueo de capitales. El mismo, constituye una especie del genérico orden socioeconómico en sentido amplio. Para justificar tal consideración, es necesario hacer una interpretación integradora, refiriendo éste

⁵⁷⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁷⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁵⁸⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 202.

bien jurídico a la teoría civil de las ineficacias del acto jurídico⁵⁸¹, ya que solo con esta fundamentación se dotará de contenido a la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.

Así, para la teoría clásica⁵⁸², las ineficacias del acto jurídico se dividen en inexistencia y nulidad, subdividiendo ésta última en nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad. Hecha la anterior acotación analizaré las causas y los efectos de los actos jurídicos que se ven afectados por alguna ineficacia.

2.1.1.- Inexistencia del acto jurídico.

La doctrina⁵⁸³ considerara que la falta de algún elemento esencial del acto jurídico tiene como consecuencia la inexistencia del mismo⁵⁸⁴. PLANIOL considera que el acto jurídico es inexistente si carece de uno de algún elemento esencial para su formación⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ “La ineficacia de los contratos no es sino la manifestación, en materia contractual, de la ineficacia del negocio jurídico. En un sentido general [...] la INEFICACIA consiste en la no producción de los efectos que son propios de un contrato, es decir, carencia de los efectos jurídicos típicos”. Cfr.: O’CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones*, 5ª ed. Corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid, 2008, p. 289.

⁵⁸² Sigo en el estudio la teoría francesa o clásica de las ineficacias del acto jurídico —en oposición a la teoría alemana del negocio jurídico—, ya que es más acorde tanto al ordenamiento jurídico mexicano, como al español.

⁵⁸³ “Uno de los puntos discutidos por la doctrina extranjera, con repercusiones en la española, es la posibilidad de diferenciación entre dos modalidades de la ineficacia absoluta: la originada por virtud de un negocio que no reúne los requisitos esenciales —ineficacia por inexistencia—, y otra, causada por la contrariedad del negocio a la ley imperativa —ineficacia por nulidad—.

Entre nosotros, el Profesor PICAZO se manifiesta contrario a la distinción, considerándola « una construcción artificiosa», que es además «inútil»y carece de necesidad; en cambio, el Profesor ALBALADEJO prefiere seguir utilizando el término inexistente, entre otras razones, por pura lógica, ya que el negocio, para poder ser calificado de nulo, debe por lo menos existir.” Cfr.: GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general*, revista de Derecho privado, Madrid, 1979, p.853.

⁵⁸⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, 6º ed., Cajica, Puebla, 1987, pp. 166 y ss. Coincidimos con el autor al criticar la terminología “acto

Afirma LUTZESCO que para la existencia de un contrato son esenciales las siguientes condiciones: El consentimiento de la parte que se obliga y un objeto cierto que constituya la materia de la obligación. De estas condiciones, se considera que el consentimiento y el objeto, son elementos relativos a la formación del acto jurídico, en consecuencia, si falta alguno de éstos elementos el acto no se forma, sería un puro hecho sin consecuencias jurídicas, la obligación será inexistente ante la ley.⁵⁸⁶

ROJINA VILLEGAS, al momento de analizar los elementos del acto jurídico opina que se debe de seguir un criterio científico, haciendo una distinción y análisis de los elementos que lo conforman: A) Elementos esenciales; B) Elementos de validez; a los primeros corresponde el problema de la existencia o inexistencia y a los segundos, el de la nulidad⁵⁸⁷. Siguiendo la teoría clásica, el acto jurídico inexistente —por falta de alguno de sus elementos esenciales—, no admite grados, es simplemente la nada jurídica, esto es, que el acto así afectado no produce efecto legal alguno pues de la nada solamente puede surgir nada.⁵⁸⁸

Luego entonces, elementos esenciales del acto jurídico, son aquellos sin los cuales el acto no se puede concebir jurídicamente, es decir, son los atributos de existencia del propio acto, que consisten en:

inexistente” y la preferencia por adoptar el término “inexistencia del acto”, ya que como aclara, si se califica de acto no puede ser inexistente, y si es inexistente, no puede ser acto. En lo referente al Derecho civil español, GARCIA AMIGO señala que ésta falta de elementos esenciales, tiene lugar en los supuestos previstos en el art. 1261 del Código Civil, *Vid.*: GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general...*, *op. cit.*, p.851.

⁵⁸⁵ PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil*, T. I, Vol. 1 (trad. José M^a Cajica), Cajica, Puebla, 1983, p 210.

⁵⁸⁶ LUTZESCO, Georges: *Teoría y práctica de las nulidades*, (trad. Manuel Romero Sánchez / Julio López de la Cerda), Porrúa, México, 1945, p. 169.

⁵⁸⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones*, T. 5^o, V. 1, Porrúa, México, 2003, p. 128.

⁵⁸⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11^o ed., Porrúa, México, 2008, p. 634.

a) Sujeto (elemento subjetivo): Manifestación de la voluntad, es la expresión de la intencionalidad del acto. Tanto en los contratos como en los convenios se le denomina consentimiento puesto que reviste un carácter plurilateral —como acuerdo de voluntades—, por lo tanto, siempre que falte la manifestación de la voluntad, en el acto en general, o bien, el consentimiento en los actos plurilaterales, estaremos frente a una inexistencia. La falta de consentimiento en un contrato puede originar la creación de un hecho jurídico, pero no un acto jurídico. La carencia de acuerdo de voluntades puede presentarse en dos casos: Por error en la naturaleza del contrato, y por error en la identidad del objeto.⁵⁸⁹

b) Objeto (elemento objetivo): El objeto indirecto o materia del contrato debe ser *física y jurídicamente posible*; esto significa en otras palabras, que el objeto es posible cuando la norma lo ampara. La imposibilidad física, ocurre cuando la cosa no existe, ni puede existir en la naturaleza o cuando el hecho es contrario a las leyes naturales. En cambio el objeto es imposible jurídicamente cuando: 1.- la cosa está fuera del comercio; 2.- la cosa no es determinada o determinable; y 3.- una norma jurídica constituye un obstáculo insuperable que impide la realización del hecho.⁵⁹⁰

c) Solemnidad: En algunas legislaciones —como es el caso de México—, constituye otro elemento esencial del acto jurídico, y consiste en una formalidad superior que deben revestir ciertos actos jurídicos para que sean existentes, *v.gr.* El matrimonio necesita ser celebrado ante un oficial del registro civil, o un testamento público abierto debe ser otorgado ante notario.

La inexistencia del acto jurídico se caracteriza por sus causas y por sus atributos; en cuanto a sus causas (se emplea la palabra causa en el sentido de origen), así desde este punto de vista, como hemos dicho, un acto jurídico es inexistente por falta de voluntad, por carecer de objeto o por no cumplir con las solemnidades que ordena

⁵⁸⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, *op. cit.*, p. 130; GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general...*, *op. cit.*, pp. 854 y ss.

⁵⁹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, *op. cit.*, p. 132.

la ley. Por sus características la inexistencia, no produce efectos jurídicos —crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones—; en este sentido como afirma ROJINA VILLEGAS, el acto jurídico se degradaría a un hecho jurídico, y ejemplifica diciendo que una compraventa sin objeto es un acto inexistente, que puede constituir un delito de fraude⁵⁹¹.

La inexistencia del acto jurídico, no puede ser convalidada por la prescripción; En efecto, el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento u objeto es imprescriptible, por que el paso del tiempo solo tiene la virtud de purgar los defectos en las cosas que existen, no en las que no existen⁵⁹². El transcurso del tiempo — independientemente de lo prolongado—, no puede crear algo de la nada, ésta seguirá siendo siempre nada⁵⁹³.

El acto jurídico afectado de inexistencia, no puede ser convalidado por ratificación. La argumentación es la misma para la característica anterior de la inexistencia. Además como afirma ROJINA, la ratificación tiene un efecto retroactivo en el tiempo, así el acto existente afectado de un vicio de validez pero que fue ratificado, se considera que fue válido desde el principio, en cambio al ratificar la nada, se trataría de un nuevo acto, con efectos desde que se realiza⁵⁹⁴. En otras palabras, solo lo existente puede confirmarse, lo inexistente es la nada y la supuesta confirmación de la nada sigue siendo nada⁵⁹⁵.

La Inexistencia puede ser invocada por cualquier persona con interés jurídico; esta característica quiere decir, que cualquier tercero que se oponga a un acto inexistente, podrá solicitar la inexistencia por parte de la autoridad jurisdiccional⁵⁹⁶. Sobre esto

⁵⁹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, op. cit., p. 131.

⁵⁹² GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general...*, op. cit., p. 862; ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, op. cit., p. 132.

⁵⁹³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p. 635.

⁵⁹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, op. cit., p. 132.

⁵⁹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p. 635.

⁵⁹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, op. cit., p. 132.

último, la teoría clásica considera que para que se verifique la inexistencia, no se necesita de la intervención judicial. El razonamiento de BONNECASE va en el sentido de sostener que no es necesario dirigirse a los tribunales para obtener su condena, ya que no se condena a la nada⁵⁹⁷, sin embargo, está característica es errónea en un Estado de derecho —por la prohibición de la *vindicta privada*—, ya que todo gobernado se encuentra sometido al imperio de la ley y por consiguiente a la prohibición de hacerse justicia por propia mano, sometiéndose a los tribunales creados al efecto, para dirimir sus controversias.

2.1.2.-Nulidad del acto jurídico.

A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne los elementos esenciales del acto jurídico, pero sus efectos se encuentran condicionados por ley⁵⁹⁸. La nulidad se subdivide en nulidad absoluta y nulidad relativa, la doctrina ha denominado esta división en actos nulos de pleno derecho y actos anulables⁵⁹⁹.

a) *Nulidad absoluta.*

Al igual que la inexistencia, la nulidad absoluta puede ser estudiada tanto por sus causas como por los atributos que la caracterizan. Este tipo de ineficacia tiene como causa, la ilicitud, es decir que todo acto

⁵⁹⁷ BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil*, T. II, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, p. 280. El autor afirma que aquellos que se sientan molestados por lo que denomina “fantasma de un acto inexistente”, solo tienen que celebrar otro, sin preocuparse de aquel y sin temer ninguna consecuencia, y si se llegara a invocar a los tribunales, estos solo pueden registrarla.

⁵⁹⁸ “Los supuestos de nulidad tienen lugar siempre que el negocio o sus cláusulas choquen, directa o indirectamente, con la ley imperativa, sea ésta positiva o negativa, con la moral o las buenas costumbres o contra el orden público” Cfr.: GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general...*, op. cit., pp. 860.

⁵⁹⁹ PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 335.

que se celebra en contra de las leyes de orden público se verá afectado por este tipo de nulidad.

En un Estado social y democrático de derecho, se respeta la libre facultad contractual, entendida esta como la completa autonomía para celebrar acuerdos capaces de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Sin embargo esta completa autonomía debe de apegarse a ciertas normas para que surta sus efectos los actos jurídicos. Así la nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato de ley, en otras palabras, esta ineficacia afecta a los actos jurídicos que tienen por objeto un acto ilícito⁶⁰⁰.

Las normas jurídicas que regulan la voluntad de los particulares, han sido clasificadas por la doctrina en taxativas y supletorias; las primeras son obligatorias independientemente de la voluntad de las partes; por el contrario las normas supletorias son renunciables por los particulares⁶⁰¹. La irrenunciabilidad de las normas taxativas radica en que son de interés público, tal atributo, no hace lícito el derogarlas, en consecuencia el acto ejecutado en contra de estas leyes se verá afectado por nulidad absoluta⁶⁰².

GARCÍA MÁYNES, siguiendo a DEL VECCHIO define a las normas taxativas diciendo que corresponderían al *ius cogens*, y serían aquellas normas que imperan independientemente de la voluntad de

⁶⁰⁰ BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, 16° ed., Porrúa, México, 1998, p. 95.

⁶⁰¹ En este sentido como límite a la autonomía de la voluntad contractual el art. 1255 del Código Civil español señala que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la moral y al orden público; y se complementa con el art. 1258 que señala que los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley. Sobre un estudio completo de la voluntad en el Derecho civil español, *Vid.*: DE COSSÍO, Manuel / LEÓN CASTRO, José: *Derecho civil español, parte general*, Comares, Granada, 1998, pp.430 y ss.

⁶⁰² MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín: *Teoría de las Obligaciones* (5° ed., aumentada y actualizada), Porrúa, México, 1998, pp. 121 y 122.; RECASÉNS SICHES, Luis: *Introducción al Estudio del Derecho*, 3° ed., Porrúa, México, 1974, p. 181.

las partes, de tal manera que no es lícito derogarlas atendiendo al fin de las partes de ahí la máxima "*ius publicum privatorum pactis mutari nequit*"; por su parte las normas supletorias —*ius dispositivum*—, son aquellas exclusivamente valdrán si no hay oposición de las partes⁶⁰³.

Para verse afectado de nulidad absoluta, el acto jurídico debe de tener como causa la ilicitud, la cual puede recaer en el objeto, en el motivo, en el fin o en la condición de dicho acto⁶⁰⁴.

a) Por la ilicitud en el objeto del acto jurídico. Al hablar de la ilicitud en el objeto del acto jurídico, se debe de distinguir entre el objeto directo que consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, evidentemente por lo que hace a al objeto directo, éste jamás podrá verse afectado de ilicitud, ya que las consecuencias jurídicas le son atribuidas por ley, luego entonces y según el principio lógico de no contradicción, las consecuencias de ley no pueden ser ilegales.

Ahora bien por lo que hace al objeto indirecto del acto jurídico⁶⁰⁵, éste si puede se ilícito, ya que el mismo recae sobre la *cosa* objeto del contrato y el *hecho* que el obligado debe prestar o abstenerse.

⁶⁰³ GARCÍA MÁYNES, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, 47° ed., Porrúa, México, 1995, p. 94.

⁶⁰⁴ Tal argumentación se funda en los principios generales de derecho y sirva para ilustrar la pluralidad normativa que al respecto existe en el Código Civil mexicano, el cual ordena: art. 8.- "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos [...]"; art. 1795.- "El contrato puede ser invalidado: [...] III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito"; art. 1827.- "El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: [...] II. Lícito."; art. 1830.- "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"; art. 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres"; art. 1943.- Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o las que sean contrarias a las buenas costumbres anulan la obligación que de ellas dependa"; art. 225.- "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad[...]".

⁶⁰⁵ "La licitud de la prestación es su conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, que la prestación ha de tener posibilidad no sólo física sino también jurídica, y en un sentido amplio se considera que la licitud es conformidad a la Ley y a la moral". Cfr.:

Las cosas objeto del contrato no son lícitas o ilícitas —las cosas son—, la licitud se refiere a la conducta de los sujetos relacionada con las cosas. Así ZAMORA Y VALENCIA habla de la imposibilidad de la licitud referida a la cosa, ya que estas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, es la conducta referida a esas cosas —es decir, la prestación de dar— es lo que puede ser lícito o no⁶⁰⁶.

Dice MANRESA, que el fondo ético que inspira al Derecho positivo —español—, se infiere que para que una cosa pueda ser objeto de contrato debe ser lícita como primera condición, y señala que el artículo 1271 del Código Civil español, ordena que solo pueden ser objeto de contrato las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Luego es indudable que su manera de decir hace relación al comercio que el Estado, como órganos superior del derecho, reconoce eficacia solo a lo que recae sobre objetos lícitos⁶⁰⁷. Por su parte el Código Civil mexicano dice que la cosa objeto del acto jurídico debe de existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio⁶⁰⁸.

ROJINA VILLEGAS explica que en la compraventa si cabe la posibilidad de que esta recaiga sobre una cosa ilícita, en cuanto que está prohibida su enajenación, y aclara que evidentemente las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, pero su enajenación o adquisición, como formas de conducta, si pueden ser prohibidas o permitidas. Así un contrato no puede recaer sobre bienes declarados inalienables por la ley, ya que su enajenación resulta prohibida⁶⁰⁹.

Por lo que hace al *hecho* como objeto indirecto del acto jurídico, éste puede consistir en un hacer o no hacer de carácter patrimonial, el cual debe ser lícito, para salvar la nulidad absoluta de la que se vería

DELGADO DE MIGUEL, Juan F. / SIMÓ SANTONJA, Vicente L. (coords): *Instituciones de derecho privado, obligaciones y contratos*, t. III, vol. 1º, Civitas, Madrid, 2002, p.37.

⁶⁰⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel: *Contratos civiles*, 3º ed., Porrúa, México, 1989, p. 45.

⁶⁰⁷ MANRESA Y NAVARRO, José M.: *Comentarios al código civil español*, T. X, hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 24.

⁶⁰⁸ Artículo 1825 del Código Civil mexicano.

⁶⁰⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano...*, *op. cit.*, p. 191.

afectado. En otras palabras, el hecho que un obligado —en un contrato— debe hacer o no hacer, no puede contrariar una disposición de orden público, puesto que tal contravención produciría la nulidad absoluta del acto jurídico.

b) Por la ilicitud en el motivo del acto jurídico. Por motivo, se entiende lo determinante en la voluntad, es decir, las razones personales que tiene un contratante para celebrar el acto, razones que consisten en cualidades físicas o jurídicas del objeto del contrato o de la persona con la que se contrata.

Son las intenciones producidas en el fuero interno de los sujetos que intervienen en el acto jurídico, es un elemento meramente subjetivo que se relaciona con la cosa o el hecho, desde el momento que constituye la motivación a la que se dirige la voluntad. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ considera que se trata de la causa que hace al sujeto expresar su voluntad en determinado sentido⁶¹⁰.

c) Por la ilicitud en el fin del acto jurídico. El fin en el contrato, constituye la consecuencia que un sujeto desea alcanzar como resultado de su conducta. El fin del acto, es lo que un sujeto pretende alcanzar con la manifestación de su voluntad, es decir, constituye el destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el destino último del hecho, constitutivos de la prestación⁶¹¹.

d) Por la ilicitud en la condición del acto jurídico. La condición de los actos jurídicos, cuando existe, consiste en un acontecimiento futuro de cuya realización incierta, depende la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. En este sentido, cuando el acto jurídico está supeditado a una condición, es decir se encuentra condicionado, ésta debe ser lícita, *so pena* de nulidad absoluta del acto.

⁶¹⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, *op. cit.*, p. 568.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 568. El autor analiza la postura de ZAMORA Y VALENCIA al respecto, el cual parece que sigue la teoría aristotélico-tomista de las causas en la acción humana. Siendo así, el motivo del acto constituiría la causa mediata, y el fin del acto, por su parte, sería la causa final de la conducta humana.

Cuando DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ estudia ésta ineficacia, comenta que la sola calificativa de la nulidad como absoluta, pone de manifiesto la contundencia del ataque por ésta al acto que la padece; y la ilustra como una enfermedad con la que el acto jurídico nace y no solo se trata de una enfermedad muy grave, sino que es incurable; se trata, en suma, de una invalidez total del negocio jurídico⁶¹². “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”⁶¹³. De lo anterior se deduce que las características⁶¹⁴ que se le atribuyen a la nulidad absoluta son los siguientes:

—Imprescriptible.- Ya que el acto jurídico contrario a las leyes de orden público, no se convalida por prescripción, es decir, que sea cual fuere el tiempo transcurrido a partir de la celebración de un acto jurídico afectado de ésta ineficacia, éste no se librá de la nulidad⁶¹⁵.

—Inconfirmable.- también como consecuencia de la ilicitud en la causa, se vuelve inconfirmable el acto. Esto se debe a que mientras subsista la ilegalidad como causa del negocio, su confirmación no lo librá de tal ilicitud, sino por el contrario, insistiría en ella⁶¹⁶, reafirmando su nulidad.

—Puede invocarla cualquier interesado.- incluso los representantes sociales (Ministerio Público, fiscales o procuradores según sea el

⁶¹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p 651.

⁶¹³ Art. 2226 del Código Civil para el Distrito Federal (México), hemos transcrito el precepto legal que sirve para ilustrar las características comunes a los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta.

⁶¹⁴ Para un estudio completo sobre las características de la nulidad en el ordenamiento jurídico español, Vid.: GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Parte general del derecho civil español*, civitas, Madrid, 1983, pp. 433 y ss.

⁶¹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p. 656.

⁶¹⁶ *Ibid.*, pp. 655 y 656.

caso), pueden solicitar la declaratoria de nulidad del acto. Ya que al ser intereses de carácter general los que se tutelan con esta nulidad, cualquier persona con interés jurídico puede pedir su declaración⁶¹⁷.

—Produce efectos, mismos que serán destruidos con efectos retroactivos al día de celebración del acto, una vez declarada la nulidad absoluta. Explica ROJINA VILLEGAS, que ésta ineficacia del acto, permite por regla general, la producción de efectos provisionales, los cuales quedarán destruidos por sentencia cuando se declare. Es necesaria la sentencia judicial que la declare, una vez pronunciada, el acto jurídico no puede seguir produciendo efectos y los que haya producido hasta el momento se destruyen de manera retroactiva, por eso se entiende que los efectos son provisionales⁶¹⁸. La excepción a esta regla general, se presenta cuando la ley priva de efectos al acto nulo absoluto, no se necesita de sentencia, ya que es el legislador el que ha declarado la nulidad de pleno derecho⁶¹⁹.

b) *Nulidad relativa.*

Este tipo de ineficacia consiste en una afección mínima en los elementos de validez del acto jurídico, considero que no se trata de la afección que sufren los actos jurídicos en los que interviene el blanqueo de capitales, sin embargo para completar el estudio sobre las ineficacias del acto jurídico, exclusivamente se mencionarán las causas y atributos que caracterizan a la nulidad relativa.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 655.

⁶¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, *op. cit.*, p 132.

⁶¹⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, *op. cit.*, pp. 653 y 655. El autor menciona diversos ejemplos en la legislación interna mexicana, donde la propia ley ordena la nulidad de pleno derecho de determinados actos jurídicos, *v. gr.*: La venta de la copropiedad sin respetar el derecho del tanto, art. 873 del Código Civil.; La actuación del juez incompetente, art. 154 Código de Procedimientos Civiles.; o la nulidad del matrimonio si subsiste uno previo, art. 248 del Código Civil. De lo que se sostiene que ésta excepción —nulidad absoluta de pleno derecho—, corresponderá a todas aquellas hipótesis que el derecho interno de cada país prevea.

Ésta nulidad igualmente se estudia por sus causas y por sus atributos. Por lo que hace a sus causas se considera que se trata de vicios internos del acto jurídico, los cuales serían los siguientes: a) incapacidad de las partes; b) falta de forma; y, c) vicios de la voluntad⁶²⁰ (error, dolo, violencia o lesión —claro está, que dichos vicios se refieren a su acepción en materia civil—).

La nulidad relativa se caracteriza⁶²¹ por ser: a) ratificable; b) prescriptible; c) produce efectos; y d) la acción para invocarla únicamente le corresponde al interesado. En este sentido, la anulabilidad tiene la característica de ser plenamente subsanable, permitiendo siempre que el acto produzca provisionalmente sus efectos⁶²², los cuales una vez subsanado el acto, continuarán con pleno vigor como si la ineficacia nunca hubiera existido.

2.1.3.- Toma de postura.

Considero a la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado, como un bien jurídico digno de tutela penal. Sostener lo contrario, significa atentar contra el tráfico comercial y contra la libertad contractual de los particulares; este interés, reviste una vital importancia, ya que si no se respeta, se atenta gravemente contra la seguridad jurídica⁶²³, al permitirse la celebración de actos jurídicos que en última instancia serán inexistentes.

⁶²⁰ ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español, vol. I, parte general*, Revista de derecho privado, Madrid, 1982, pp. 545 y 546; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p. 136.

⁶²¹ ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español, vol. I, parte general*, Revista de derecho privado, Madrid, 1982, pp. 546 y 547.

⁶²² DE PINA, Rafael: *Elementos de derecho civil mexicano, introducción - personas - familia*, 4ªed., Vol. 1º, Porrúa, México, 1966, p. 288; GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general...*, op. cit., pp. 866 y 867.

⁶²³ Se atenta contra la seguridad jurídica contractual, ya que "Los negocios jurídicos se acogen por el Ordenamiento para que tengan lugar sus efectos peculiares, y con ese fin realizan los sujetos los negocios concretos". Cfr.: ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil español, introducción y parte general*, t.I, 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 531.

Además hay que tener presente lo dicho por MUÑOZ CONDE respecto de este bien jurídico, el autor comenta, que para un sector doctrinario, el castigo del blanqueo de capitales pretende proteger la correcta circulación de los bienes en el mercado⁶²⁴, esto tiene que ser así por la seguridad jurídica contractual, por tal motivo en el tráfico comercial no deben tener cabida los bienes que provienen de un delito.

Se tiene que resaltar el hecho de que todo ser humano se encuentra inmerso en el desarrollo del mercado —el hombre día a día realiza diversas actos jurídicos, con contenido primordialmente económico—, así ilustra DEL CARPIO que esa actividad del ser humano solo tiene sentido cuando se garantiza que se efectúa en igualdad de condiciones y con bienes lícitos; con tales argumentos concluye que la circulación de los bienes en el mercado es un bien jurídico colectivo susceptible de tutela penal⁶²⁵.

Analizando el orden socioeconómico como bien jurídico protegido, DIAZ-MAROTO sostiene un criterio que nos parece acertado, ya que menciona que hay que diferenciar de un bien jurídico mediato y un bien jurídico inmediato —que sería el interés directamente tutelado—, el cual estaría representado por el interés del Estado en controlar el flujo de capitales que provienen de actividades delictivas y capaz de influir en el sistema económico de cada país⁶²⁶.

Así, el lavado de activos es lesivo para el orden socioeconómico, ya que específicamente, se trata de conductas que afectan la circulación o tráfico mercantil. Individualiza como bien jurídico el interés de la comunidad en preservar la licitud de los bienes para lograr un tráfico económico legal⁶²⁷.

⁶²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18° ed..., *op. cit.*, p. 554.

⁶²⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana.: *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83

⁶²⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14.

⁶²⁷ ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82 y 83. El autor, considera que además de ser éste uno de los bienes jurídicos, también lo es la Administración de Justicia.

2.2. - La estabilidad y solidez del sistema financiero.

La estabilidad se entiende como cualidad de estable, que en una acepción económica y por tanto acorde con el presente estudio, alude a aquello “que se mantiene si peligro de cambiar, caer o desaparecer”; la solidez que es cualidad de sólido, significa en una de sus acepciones: “firme, macizo, denso y fuerte”⁶²⁸. Entendemos por estabilidad y solidez del sistema financiero, el conjunto de normas y actividades, dirigidas al mantenimiento y buen funcionamiento del sector financiero, y que por ende, evitan cualquier peligro y contribuyen a reafirmar la fortaleza de dicho sector.

Como todo bien jurídico, no basta con hacer una descripción meramente semántica del mismo, ya que eso tiene como consecuencia que se le descalifique, con argumentos tales como los que consideran, que si a un aspecto supraindividual como la estabilidad y solidez del sistema financiero, se le da el estatus de bien jurídico protegido, se crearía una categoría ficticia, difusa o nebulosa⁶²⁹. O como argumenta BAJO FERNÁNDEZ al decir que solo se trata de un reflejo de la criminalidad económica que solo afecta, al sistema financiero de forma remota, pero nunca directa⁶³⁰.

Se requiere pues, dotar de contenido al bien jurídico que se estudia, para saber si el mismo satisface los requisitos, para ser considerado como un interés vital en la sociedad, y si en su fenomenología el blanqueo de capitales lo afecta. La primera distinción que tenemos que hacer para fundar la consideración de bien jurídico en el lavado de activos a la estabilidad y solidez del sistema financiero, recae necesariamente en determinar la importancia de este sistema en la economía interna y supranacional, para lo cual debemos distinguir entre la actividad económica real y la financiera.

⁶²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁶²⁹ ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 74.

⁶³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en *Estudios penales (Libro homenaje al profesor José Antón Oneca)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 590.

En la sociedad, la actividad económica real es aquella que versa sobre las decisiones de los individuos en torno a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Para realizar éstas operaciones, se precisa de la actividad económica financiera, que consiste en un entramado de operaciones e instituciones que actuando como intermediarios, permiten de manera eficaz la materialización de la actividad económica real⁶³¹.

Todo sistema financiero, se caracteriza por los siguientes elementos: el componente institucional, compuesto por todas las instituciones que participan en los mercados financieros, siendo los más importantes —por el volumen de operaciones—, los intermediarios financieros o bancos; el componente instrumental, compuesto de los diferentes instrumentos jurídicos —títulos y operaciones de crédito—, con los cuales el sistema financiero realiza su actividad; y el componente normativo, referido éste, a toda la legislación relativa al adecuado funcionamiento en el mercado financiero⁶³².

Así un sistema financiero, es el conjunto de procesos de financiación que ocurren dentro de un país y el resto del mundo, realizados por medio de instrumentos que se emiten y negocian en el mercado financiero con la ayuda de instituciones creadas al efecto.

El sistema financiero lo componen “las empresas que tengan como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza, así como las empresas o personas jurídicas distintas de las anteriores que emitan medios de pago en forma de dinero electrónico”⁶³³. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español consideró que son instituciones de crédito “el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro y la

⁶³¹ PAZOS DE LA TORRE, Luis: *Ciencia y teoría...*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

⁶³² *Ibid.*, p. 235 y 236.

⁶³³ Legislación española, art. 1 del Real Decreto Legislativo 1.298/1986, tras la reforma de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre.

confederación Española de Cajas de Ahorro, las Cooperativas de Crédito, y las Entidades de Dinero Electrónico⁶³⁴.

En la actualidad —por efecto de la globalización—, para que la economía de un país pueda funcionar, precisa de un sistema financiero capaz de canalizar el ahorro de forma eficiente; además de que sirve como sustento al sistema de pagos y contribuye a la estabilidad monetaria y financiera⁶³⁵.

Como se decía líneas arriba, el sistema financiero se caracteriza por el conjunto de procesos tanto al interior como al exterior de los países, en tal sentido al estudiar el tema, se hace referencia al orden financiero global, producto de la mundialización de los mercados, el cual se caracteriza por:

La especialización de las funciones financieras —mercados de divisas, de crédito, de acciones y obligaciones—, lo que ha traído aparejado la aparición de nuevas instituciones financieras, así como la aparición de nuevas formas de colocación de activos. El contacto directo con los diferentes mercados financieros nacionales, que se integran al mercado financiero mundial, del que quedarán subordinados⁶³⁶.

A dichas características se le debe de añadir la “virtualización” del dinero, ya que por más que la figura del “maletín” lleno de billetes continúe existiendo, lo cierto es que los flujos financieros mundiales han perdido la materialidad para convertirse en flujos virtuales, en tal actualidad, la gran mayoría de las operaciones financieras consisten en un intercambio electrónico de información⁶³⁷. Vemos

⁶³⁴ Sentencia del TC 22 de marzo de 1998.

⁶³⁵ Documento del Banco de España: *Estabilidad del sistema financiero*, Eurosistema, p. 7, en: http://aulavirtual.bde.es/wav/html/estabilidad_financiera/home_pop.html última consulta, mayo de 2011.

⁶³⁶ Referente a las características del sistema financiero global: SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: “Blanqueo de capitales en el sector bancario y corrupción aspectos prácticos” en FERRÉ OLIVÉ, JUAN C. / MUZCO, ENZO / KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara / ALMEIDA CARBAJAL, Jorge: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Salamanca, 2002, p. 307.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 307.

que paradójicamente, los avances jurídicos y tecnológicos, han hecho relevante al sistema financiero en las operaciones de blanqueo de capitales, la sociedad actual ha crecido y ha desarrollado los intercambios económicos, exigiendo medios más ágiles y seguros como instrumento para cumplir las obligaciones —v. gr. títulos de crédito, anotaciones contables, transferencias bancarias o compensaciones electrónicas—, que el pago en metálico; la circulación de moneda ha quedado desplazada a un puesto secundario en el tráfico comercial, reservándose para las transacciones económicas menos relevantes⁶³⁸.

Un espacio financiero mundial, con una economía virtualizada, abre un gran abanico de posibilidades para la actividad comercial lícita; sin embargo quienes realizan actividades ilícitas pueden beneficiarse de estos factores —y de hecho lo hacen—, al utilizar las ventajas del sistema financiero para blanquear los capitales que proceden de su actividad criminal.

2.2.1.- Confianza = Estabilidad y Solidez.

Para entender los diferentes sistemas financieros, en especial los bancarios contemporáneos, se necesitaría un estudio más amplio, pero a grandes rasgos podemos decir que, a pesar de sus características peculiares, las operaciones bancarias se encuentran regidas por la ley de la oferta y la demanda; sin embargo, el sistema de control de las entidades financieras por parte del Estado —política seguida en todo el mundo en mayor o menor medida—, implica la garantía del banco central de cada país de pagar los depósitos que no puedan hacer efectivos las entidades financieras⁶³⁹.

⁶³⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 110.

⁶³⁹ PAZOS DE LA TORRE, Luis: *Ciencia y teoría...*, op. cit., p. 235, especifica que el sistema de control del sistema financiero por parte del Estado, en muchos casos ha dado resultados contraproducentes, ya que los bancos al saberse respaldados, han realizado operaciones no de acuerdo a sus posibilidades sino a las que los bancos centrales les han marcado, y que pueden ser mayor o menor que dichas posibilidades. Así el sistema tiene como inconveniente que no se ajusta

La estabilidad y solidez del sistema financiero se basa principalmente en la «*confianza*», según el diccionario, en su primera acepción *confianza* se define como “esperanza firme que se tiene de alguien o algo”⁶⁴⁰.

Los Estados parte de la Convención de Viena⁶⁴¹, reconocen en el preámbulo del documento que son “Concientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que 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”. También el preámbulo de la Declaración de principios de Basilea ⁶⁴² menciona que las instituciones financieras pueden servir para realizar operaciones con fondos de origen criminal y que los delincuentes se sirven del sistema financiero para blanquear dinero; y hace referencia a que la *confianza* del público y por consiguiente la *estabilidad*⁶⁴³ del sistema

automáticamente a las necesidades cambiantes del mercado; lo que puede producir un exceso o escasez del crédito.

⁶⁴⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁶⁴¹ La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

⁶⁴² Declaración del Comité de Autoridades de Supervisión Bancaria del Grupo de los diez y de Luxemburgo, hecha en Basilea en diciembre de 1988, sobre prevención en la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal.

⁶⁴³ BLANCO CORDERO analizando la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Dice que “La versión final de la Directiva fundamenta su aprobación en que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo de capitales “puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y 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”. Parece, por tanto, que la Directiva surge con la intención de tutelar el sistema financiero de los Estados miembros, y para ello trata de armonizar su legislación nacional. Es evidente que el sistema financiero es el más habitualmente empleado para blanquear los bienes de origen delictivo, y, de no ser así, en última instancia éstos desembocan en él.” Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: “La lucha contra el

se puede ver perjudicado por una publicidad desfavorable como lo es la relación de los bancos con los criminales. El fundamento de la preocupación que subyace en la Declaración de Principios de Basilea, tiene razón de ser por que, pieza clave del sistema financiero es su solidez la cual deriva especialmente de la confianza y estabilidad que tiene, tanto con el público inversionista y usuario de sus servicios, como con la consideración que los gobiernos hagan de dichas entidades.

La actividad de cada una de las instituciones que forman el Sistema financiero, consiste preponderantemente en la captación de los recursos —públicos o privados—, con los cuales podrán realizar las diversas funciones para las que fueron creadas, según su objeto social. En este proceso de intermediación la institución financiera en la que ha depositado el ahorrador, asume el compromiso de devolvérselo cuando lo solicite y según los tiempos y formas pactadas. Esto convierte a la confianza en el eje fundamental para que el sistema funcione⁶⁴⁴.

La confianza, en relación con el sistema financiero, se hace manifiesta desde diversas ópticas: a) Confianza del público usuario del sistema financiero; b) Confianza del sistema financiero con el público usuario; y c) Confianza entre los sistemas financieros.

La confianza en las entidades integrantes del sistema financiero es un factor decisivo para su funcionamiento, cuando a una entidad crediticia se le ha perdido la confianza, tiene como efecto que los depositantes retiren los capitales en ella invertidos, si esta actividad ocurre en masa, las entidades de crédito se verían imposibilitados para satisfacer las demandas de todos sus usuarios, por carecer de fondos para solventarlas, con lo que indefectiblemente se produciría la quiebra de dicha institución financiera⁶⁴⁵.

blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...”, *op. cit.*, p.15

⁶⁴⁴ Documento del Banco de España: *Estabilidad del sistema financiero*, Eurosistema..., *op. cit.* p. 9.

⁶⁴⁵ Ciertamente es que precisamente para evitar tal panorama, los gobiernos, bancos centrales e instituciones internacionales como el FMI, han creado fondos de apoyo

Un país en el entramado de las relaciones comerciales globalizadas, por necesidad está ligado a la comunidad internacional⁶⁴⁶ con lo cual no puede manchar su buen nombre por estar relacionado con el blanqueo de capitales, de lo contrario se produciría un doble efecto por un lado se afectarían la estabilidad del sistema financiero y por consiguiente se frenaría la inversión extranjera lícita. Vemos que las instituciones integrantes del sistema financiero que operan con ganancias ilícitas, se enfrentan a una problemática administrativa interna en las operaciones normales que realiza. Por ejemplo, si se piensa en los casos de grandes sumas de dinero que son invertidas para su blanqueo en una institución financiera, y las mismas son repentinamente retiradas, por factores ajenos al mercado, lo que ocurre en por ejemplo en los casos de aplicación de la ley, se crea un efecto negativo en la integridad de la entidad financiera, puesto que altera todos los estimados económicos, creando problemas de liquidez y pánico bancario⁶⁴⁷.

Efectivamente el lavado de dinero afecta la confianza en los mercados, con lo cual un país crea un mal nombre que da lugar a la disminución en la participación de actividades mundiales lícitas que permiten el crecimiento económico sostenible. Lo que ocurre —a los Estados que tienen fama de lavar activos—, es que atraen la inversión de las organizaciones delictivas internacionales, lo que origina una disminución y desarrollo en el crecimiento económico;

para el rescate bancario; ya que se tiene la experiencia de cómo las conductas descritas han agravado —con efectos globales— las crisis locales, *v.gr.* la crisis financiera de 1929 en EE. UU., o “el corralito” en Argentina, en diciembre e de 2001 - diciembre de 2002.

⁶⁴⁶ FOFFANI, hablando de la transparencia y confiabilidad de los mercados financieros, señala que se trata de un bien jurídico que nace en el terreno nacional, pero que está destinado inexorablemente a convertirse en un bien jurídico de directa relevancia comunitaria. Vid.: FOFFANI, Luigi: “Armonizzazione del diritto penale dell’economia nell’Unione Europea: il progetto Eurodelitti”, en FOFFANI, Luigi (ed.): *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2006, p.153

⁶⁴⁷ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: “Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...”, *op. cit.*, p.7.

así como diversos efectos perjudiciales en la política y la sociedad como a continuación explicaremos.

Por estabilidad financiera se entiende aquella situación en la que el sistema monetario y financiero operan de forma fluida y eficiente. En una economía desarrollada, esto supone que, sin sobresaltos, el Banco Central transmite los efectos de su política monetaria y las entidades de crédito distribuyen los fondos que reciben de los ahorradores entre los demandantes de recursos y además atienden con normalidad los servicios bancarios que proveen a su clientela. Hoy en día existe un amplio consenso acerca de que la estabilidad financiera es un elemento imprescindible para el correcto funcionamiento de la economía, ya que, entre otras cosas, facilita un clima de confianza en el que se pueden tomar las decisiones. Es lógico pensar que, financieramente se puede actuar —programando un resultado—, solo si el sistema no se ve afectado por excesivas alteraciones⁶⁴⁸.

Tan es imprescindible la estabilidad del sistema financiero, que las autoridades nacionales como las supranacionales, encargadas de regularlo, siguiendo una política preventiva que les permita corregir a tiempo las variaciones que inestabilizan al sistema, se han dado a la tarea de identificar los principales síntomas que causan inestabilidad financiera, y los han resumido básicamente a:

—La volatilidad o variabilidad en los precios de los activos⁶⁴⁹; El precio es un reflejo del valor de las cosas, con base en el cual se toman las decisiones, económicas, es cierto que en los mercados financieros los precios de los activos cambian con mucha frecuencia —la variación es continua, en relación a un amplio conjunto de factores, entre ellos la información—, sin embargo, hay circunstancias en que los precios varían de forma más acentuada que la que se observa en un funcionamiento normal de los mercados, creando un comportamiento que no se puede entender ni predecir, con lo cual la toma de decisiones se ve afectada.

⁶⁴⁸ Documento del Banco de España: *Estabilidad del sistema financiero*, Eurosistema..., *op. cit.* p. 11.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

—El mal funcionamiento de las entidades⁶⁵⁰; Como hemos dicho el sistema financiero se encuentra compuesto por diversas instituciones, las cuales tienen como eje fundamental la confianza, ya que cuando estas instituciones reciben dinero —ya público ya privado—, el mismo no es depositado en una caja hasta que el depositario decide retirarlo, lo que ocurre, es que las instituciones financieras, asumen el compromiso de devolverlo —en los plazos y condiciones pactadas—, cuando el depositario lo solicite, mientras tanto, realizan operaciones con esos bienes a efecto de obtener el mayor rendimiento, según las condiciones del mercado. Este engranaje solo se explica con base en la confianza que el depositario tiene de que la entidad cumplirá su compromiso de restitución.

La pérdida de la confianza en el sistema, produce la inestabilidad financiera del mismo, la confluencia de determinados factores puede provocar que sus clientes retiren sus depósitos en forma simultánea; en condiciones normales una institución financiera es capaz de devolver el dinero a los depositantes sin ningún problema, la dificultad ocurre cuando los fondos se retiran a una velocidad mayor a la normal, ante este panorama, las instituciones financieras se verían obligadas a reclamar los préstamos y liquidar las inversiones en las que han actuado, sin embargo por los plazos, condiciones y tipos de operaciones —piénsese por ejemplo un crédito hipotecario a 30 años—, esto se vuelve materialmente imposible, lo que obligaría a la institución a liquidar sus activos de una forma precipitada, por los que obtendrían un importe inferior a su valor real, ya que los compradores desconfiarían de unos activos que se desean vender inmediatamente y pagarían por ellos un precio inferior⁶⁵¹.

Resultado de la desconfianza en una institución del sistema financiero, en los casos más extremos es la quiebra de la institución, con el peligro de un *riesgo sistémico*, es decir, el contagio de la desconfianza, que conduce a que se colapse el conjunto del sistema

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p.13.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 14.

financiero al encadenarse un conjunto de quiebras de sus instituciones⁶⁵².

El Banco de España, considera que por lo que respecta a la problemática que afecta a los bancos, cuando se pierde la confianza en ellos, se deben recordar dos cuestiones: la primera, es que los bancos se ven seriamente afectados cuando todos quieren retirar su dinero al mismo tiempo; y la segunda, es que los problemas bancarios se pueden contagiar, a otras instituciones financieras en principios sanas⁶⁵³.

Una entidad financiera, debe tener un interés prioritario en observar las obligaciones de control, diligencia y vigilancia para evitar el blanqueo de capitales, ya que de lo contrario se verán expuestos a perder la confianza que en dicha institución se ha depositado; esto es así por que los fondos procedentes de la criminalidad, pueden —y de facto lo hacen—, interferir en el correcto funcionamiento de dichas entidades, lesionan la fiabilidad del sistema y crea un clima apto para posteriores ilícitos en detrimento del desarrollo económico y la confianza en las transacciones financieras⁶⁵⁴.

2.2.2. - Toma de postura.

La utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que producen las actividades criminales, ha sido una actividad extendida durante muchos años en prácticamente todo el mundo⁶⁵⁵. Sin embargo como afirma FABIÁN CAPARRÓS, quienes se dedican al blanqueo de capitales sucios, han manifestado una creciente tendencia a trasladar sus operaciones a otros sectores de

⁶⁵² *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵⁴ SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: "Blanqueo de capitales en el sector bancario...", *op. cit.*, p. 309.

⁶⁵⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan C.: "Corrupción, crimen organizado y «blanqueo» de capitales en el mercado financiero" en FERRÉ OLIVÉ, JUAN C. / MUZCO, Enzo / KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara / ALMEIDA CARBAJAL, Jorge: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Salamanca, 2002, p.13.

la actividad económica que les represente un menor riesgo; la razón de ser de éste cambio, radica en que las instituciones financieras, cada vez muestran una mayor convicción e interés por apoyar a las autoridades en el esclarecimiento de estos ilícitos, puesto que es la única forma de proteger su reputación y de mantener la confianza⁶⁵⁶, indispensables para su funcionamiento.

En el ámbito sumamente complejo como lo es la mundialización financiera, se evidencia el gran peligro de que los profesionales del mundo de las finanzas intervengan en los procesos de blanqueo, ya que los conocimientos que poseen, así como los contactos personales, profesionales e información privilegiada, les permite reciclar capitales ilícitos con la eficacia pretendida⁶⁵⁷.

Por otra parte, los mecanismos financieros son susceptibles de ser utilizados para las operaciones de blanqueo de capitales, a pesar de la poca o mucha diligencia por parte de las entidades financieras, es decir, el lavado de activos utiliza al sistema financiero ya sea que este haya actuado observando la diligencia y control debido —pero ineficaz—, o ya sea, por el aprovechamiento por parte del blanqueador de la inobservancia —dolosa o culposa—, de las obligaciones de control y vigilancia⁶⁵⁸.

Por todo lo expuesto en el presente apartado, concluyo que la estabilidad y solidez del sistema financiero, es un bien jurídico digno de protección penal y que se ve vulnerado por las actividades de quien blanquea capitales, y fundamento esta postura: por la desconfianza que genera una institución de crédito que no es cooperadora con las autoridades que se encargan de prevenir y sancionar el blanqueo; por los efectos lesivos que en el mercado

⁶⁵⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.138.

⁶⁵⁷ SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: “Blanqueo de capitales en el sector bancario...”, *op. cit.*, p. 308.

⁶⁵⁸ SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: “Blanqueo de capitales en el sector bancario...”, *op. cit.*, p. 308 y nota 3, donde el autor destaca que la esencia del blanqueo de capitales, consiste en utilizar las técnicas lícitas del mundo financiero para realizar operaciones de lavado, y señala que cualquier instrumento de la operativa bancaria puede ser usado en el proceso de reciclaje.

financiero tiene la inyección de capitales ilícitos que se mueven sin ninguna lógica de mercado; y por que independientemente de que las técnicas de reciclaje se especialicen tratando de sortear los cauces financieros, siempre habrán de valerse de ellos aunque sea en la última etapa del proceso de reciclaje⁶⁵⁹.

Así, estoy de acuerdo con DÍEZ RIPOLLES, cuando sostiene que los efectos de las conductas de blanqueo de capitales, se reflejan en la estabilidad y solidez de todo el sistema financiero⁶⁶⁰, ya que la inyección de capital de origen delictivo en el sistema afecta tanto a las instituciones que lo forman como a los usuarios del mismo, lo que ha llevado a SOLANS SOTERAS a considerar que el que blanquea capitales provoca incertidumbre e inestabilidad en la intermediación financiera, siendo tanto el capital ilícito, que puede apoderarse de las entidades crediticias y por tanto condicionar su liquidez y operatividad⁶⁶¹.

Estamos en total acuerdo con FABIÁN CAPARRÓS, quien analiza y afirma la importancia que para el blanqueador de capitales tiene el hecho de que la riqueza circule, ya que a mayor movimiento en los cauces económicos, mayores posibilidades se tendrán para dotar de apariencia de legalidad a lo ilícito⁶⁶², ya que cada nueva operación aleja más de su origen al patrimonio, y que mejor si se encuentra avalada por instituciones creadas para trabajar con fondos lícitos, luego entonces se afecta la credibilidad del sistema financiero cuando las actividades de reciclaje recaen en instituciones ideadas para satisfacer las necesidades de mercado.

Un argumento más para considerar la estabilidad y solidez del sistema financiero como bien jurídico tutelado, es la observación

⁶⁵⁹ No debemos olvidar que solo se trata de capitales a los que se les ha dado una apariencia de licitud, pero los mismos en esencia continúan siendo ilícitos, con lo que indefectiblemente se producirán los resultados lesivos señalados.

⁶⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José, L.: "La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente", en *ADPCP*, año XL, fasc. II, mayo - agosto 1987, pp. 392.

⁶⁶¹ SOLÁNS SOTERAS, Miguel: "Blanqueo de dinero...", *op. cit.*, p. 52 y ss.

⁶⁶² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.285.

que realiza BLANCO CORDERO, quien dice que la infiltración de capital delictivo en el sistema financiero puede infectarlo, a tal grado, que se verían afectados tanto operadores como los ahorradores; ya que las grandes cantidades pueden trastornar su normal funcionamiento, imposibilitando la correcta toma de decisiones, por la imposibilidad de previsión en el comportamiento del mercado financiero, lo que lleva aparejada la desconfianza del público usuario. Con lo cual concluye que si presupuesto fundamental del buen funcionamiento de la economía es un sistema financiero sano, este se encuentra subsidiariamente afectado, con el blanqueo de bienes, ya que es consecuencia directa e inmediata de la distorsión de la competencia, que genera el ilícito⁶⁶³.

En fin, lo verdaderamente relevante, considerando el principio de lesividad en el blanqueo de capitales, es que se inyecten los capitales sucios en los cauces lícitos de la economía y circulen a través de ella⁶⁶⁴; y esa inyección y circulación no es en metálico (salvo a pequeña o mediana escala), la inserción en la economía que debe encender las alertas, es la que se hace de grandes capitales, siempre utilizando el sistema financiero⁶⁶⁵. Es por tal motivo, que la normativa internacional, así como la nacional, va dirigida en cuanto a la prevención del ilícito, a la imposición de medidas más estrictas que se deben de observar dentro del sistema financiero. Medidas que se extienden al ámbito de los sujetos obligados, a la diligencia debida basada en el riesgo, al deber de examen y comunicación de los usuarios, y el endurecimiento del régimen sancionador⁶⁶⁶.

⁶⁶³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 225 y 226.

⁶⁶⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.286.

⁶⁶⁵ Siempre, aunque sea en la última fase del blanqueo, se utilizará el sistema financiero por aquellos que lavan dinero, ya que no solo es el cauce idóneo para la movilidad de los capitales, sino que la normativa va orientada a evitar las transacciones en metálico, a partir de determinados montos. Además, como se ha explicado, cuando el capital goza de una apariencia de legalidad, se le permitirá circular en los cauces del sistema financiero, pero siempre va a conservar la característica de ilicitud.

⁶⁶⁶ *Vid.*: PONS, Pere M.: Comentarios al Proyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades

2.3.- La libre competencia.

El diccionario de la Real Academia Española define lo libre como el adjetivo que hace referencia a “que tiene facultad para obrar o no obrar” mientras que en otra de sus acepciones entiende que es adjetivo de “no sujeto a algo”; por lo que hace a la competencia en una de sus acepciones se define como “situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”⁶⁶⁷. Es clara la terminología y entiendo que hay libre competencia cuando los agentes económicos actúan dentro del mercado, estando vinculados exclusivamente y sin distinción ante la ley, con lo que se garantiza la igualdad de condiciones en su actividad.

Esta libertad comercial es una característica lógica, congruente y real que solo puede darse en un régimen de economía de mercado, ya que solo con la libertad competencial los agentes económicos para satisfacer las necesidades actuales del mercado e incluso, generar nuevas necesidades; esto hace que en regímenes de economía planificada, la libre competencia no exista⁶⁶⁸, razón por la cual desde ahora hago mención a que de ser vulnerada la libre competencia en el proceso de blanqueo de capitales, este bien jurídico únicamente será objeto de tutela en las economías que se encuentren regidas en mayor o menor medidas por las leyes de la oferta y la demanda.

Ahora bien, no basta que la competencia en mercado sea libre, sino que además debe ser leal; en efecto, la libertad sin límites en el comercio conduce a su abuso, puesto que la concurrencia en el

financieras y otros sujetos obligados, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Dykinson, nº 25, abril 2010, *passim*; ALONSO ALLENDE, Inés: “Ley de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo” en *Revista de Derecho vlex*, nº 81, junio 2010.

⁶⁶⁷ Para las definiciones apuntadas de «libre» y «competencia», Cfr.: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁶⁶⁸ BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1999, p. 148.

mercado de varios competidores —si no es leal—, se realizaría con procedimientos torcidos, contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio o servicios, lo cual conlleva al monopolio y a la concentración, que sería la antítesis de la libre competencia⁶⁶⁹.

El artículo 10 bis de la Convención de París⁶⁷⁰, explica lo que se entiende por competencia desleal y dice “1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los *usos honestos* en materia industrial o comercial”⁶⁷¹; para entender en que consisten estos «usos honestos» en las prácticas comerciales, se debe recurrir al derecho positivo tanto nacional como internacional, ya que será en esos ordenamientos, donde en ocasiones, de manera clara y sistemática se listan y prohíben los actos desleales, mientras que en otros casos se tienen que deducir interpretando los principios generales de derecho⁶⁷². Pero en cualquier caso ya sea que lo ordene expresamente la ley o que se deduzca de la interpretación, siempre será desleal la competencia que se basa en la ilegalidad, ya que ésta dentro de un Estado social y democrático de derecho, jamás podrá ser entendida, como apegada a los buenos usos comerciales.

Por su naturaleza, la libre competencia es un bien jurídico que forma parte del orden socioeconómico, al cual, parte de la doctrina —que estudia el reciclaje—, le ha dado el carácter de objeto de tutela⁶⁷³; y

⁶⁶⁹ BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de derecho mercantil...*, op. cit. p. 146., quien en nota al pie núm. 21 destaca el criterio jurisprudencial de la SCJN en el que se critica al liberalismo económico, cuando postula la prohibición total del Estado ya que esto “conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general”.

⁶⁷⁰ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁶⁷¹ El énfasis es agregado.

⁶⁷² BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de derecho mercantil...*, op. cit. p. 146.

⁶⁷³ Dentro de la doctrina que considera a la libre competencia, como bien jurídicamente protegido por el delito de blanqueo de capitales, se encuentra entre otros:

que además, como señala BLANCO CORDERO, se ve directamente lesionado con las actividades del blanqueo⁶⁷⁴, ya que los capitales de origen delictivo se han obtenido sin los costos financieros, personales, industriales o fiscales con los que se ve gravada la actividad lícita⁶⁷⁵, esta situación, coloca en una posición de ventaja respecto de los leales competidores, al que —reciclando— realiza cualquier actividad dentro de los cauces de la economía lícita.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 – 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 63 y 67; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “La política sobre drogas en España...”, *op. cit.*, p. 392; DEL MISMO AUTOR: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 612; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 216 – 229 y 238; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 – 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, Luis A. / TIEDEMANN, Klaus (comps.): *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla – La Mancha, 1994, p. 138; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 – 43; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines...”, *op. cit.*, pp. 438 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros...”, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: “Blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 144; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, p. 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 1419.

⁶⁷⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 y ss.

⁶⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996. p. 707; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 39.

2.3.1.- Crítica a la libre competencia como bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales.

Sin embargo, la doctrina no es unánime al tratar a la libre competencia dentro del blanqueo de capitales, así, los que le niegan el carácter de bien jurídico lesionado durante el proceso de lavado de dinero, exponen diversas críticas, en las que argumentan lo siguiente:

Si bien es cierto la actividad continuada de los blanqueadores de capitales, tiende al monopolio de la actividad en la que se desempeñan; también es cierto que el delincuente que blanquea busca mantener un bajo perfil que lo aleje de la acción de la justicia, ya que solo en la medida que pase desapercibido es que podrá llevar a cabo su cometido. Es por esto que lo que menos busca el que recicla fondos ilícitos, es escalar en su posicionamiento del mercado, por el contrario, evitarán llamar la atención de las autoridades, manteniendo la competencia⁶⁷⁶, con la creación de empresas en mucho casos fantasma, que tienen la única función de servir de tapadera, puesto que su actividad productiva es mínima o nula⁶⁷⁷.

No estoy de acuerdo con ésta crítica, ya que la misma es meramente casuística, cierto es que los blanqueadores de capitales, tratarán de evitar la acción de la justicia y por lo mismo mantendrán un bajo perfil dentro de su actividad; sin embargo, no debemos perder de vista el análisis fenomenológico del blanqueo⁶⁷⁸, este es un proceso, que se verifica con múltiples acciones y en diversas etapas, así esta crítica solo contempla el caso de que dentro de las actividades que se empleen para reciclar fondos ilícitos, no se utilice una empresa que compita en el mercado, pero no dice nada respecto de los casos en que si se utilice.

⁶⁷⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 99 y 100.

⁶⁷⁷ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero...", op. cit., p. 140.

⁶⁷⁸ Vid.: *supra*: tema VI. A. del presente trabajo.

Además de lo anterior, como más adelante se explicará cuando se argumente a favor de considerar a este bien jurídico como lesionado directamente por el lavado; se debe argumentar que quienes critican de ésta forma, igualmente olvidan que en última instancia, en la fase de integración del blanqueo, se verifica necesariamente una afectación a la libre competencia.

Otra crítica, se refiere a los fines perseguidos por el que delinque blanqueando capitales; en esta línea se considera que la finalidad del que blanquea capitales es el uso, disfrute y aprovechamiento de los bienes obtenidos ilícitamente, en tal virtud, su finalidad no es la practica lesiva de la libre competencia.

Tal argumentación ignora de igual forma el proceso mediante el cual se verifica el blanqueo, y no por considerar en exclusiva el ejercicio de la acción final del blanqueador, podemos perder de vista la compleja realidad, en la cual, la vulneración de la libre competencia se vuelve un medio necesario, para alcanzar la finalidad perseguida en el blanqueo de capitales.

Se argumenta también, un concurso aparente de normas y la posibilidad de un concurso ideal de delitos, los detractores de considerar a este bien jurídico como protegido por el blanqueo de capitales, sostienen que la normativa que protege a la libre competencia, es bastante amplia y general, en tal virtud si el blanqueo la lesiona preponderantemente, no tendría por que existir la protección específica mediante la tipificación de éste delito⁶⁷⁹.

Opino de forma contraria a SUAREZ GONZÁLEZ, ya que siguiendo los principios generales de Derecho, la norma especial prevalecerá sobre la general, y si es el caso de que la libre competencia se vulnere mediante acciones concretas de reciclaje de activos, sostengo que no existe contravención alguna, ni razonamiento válido que impida una especialización para el caso concreto.

Con una óptica macroeconómica, se critica la consideración de la libre competencia como bien jurídico protegido en las actividades de blanqueo de capitales, ya que se opina, no existiría diferencia entre

⁶⁷⁹ SUAREZ GONZÁLEZ, C. J.: "Blanqueo de capitales...", *op. cit.*, p. 143 y ss.

la actuación de las grandes empresas que por su competitividad — legal—, acaparan el mercado, y los criminales que lavan dinero⁶⁸⁰.

Tampoco comparto tal crítica, puesto que se tratan de supuestos diferentes, una cosa es la empresa que compite y acapara el mercado dentro de la legalidad, y otra muy diferente el que desde la ilegalidad se posiciona frente a sus competidores. En el primer caso la legislación tratará de prevenir y sancionar cualquier práctica monopólica que llegara a realizarse; en el segundo caso se trata de evitar que toda la actividad ilegal, viole la libre competencia y dote de una apariencia de legalidad a capitales ilícitos.

En suma, las críticas que se hacen a la consideración de la libre competencia, como uno de los bienes jurídicos vulnerados en el proceso de reciclaje, son meramente teóricas; como puede verse, hablar de las formas en las que se conducen los criminales que blanquean o atender a la finalidad que persiguen y presuponer conductas que se llevaran a cabo, nos sitúa en un plano meramente hipotético que efectivamente puede no darse, pero no resuelven el problema si ocurre. Como se ha analizado, el proceso de blanqueo de capitales se verifica en diferentes fases y con múltiples mecanismos, lo que imposibilita al investigador a concretar el principio de lesividad, basándose en suposiciones casuísticas; si queremos encontrar una respuesta correcta y real que solucione la problemática, se tiene que atender a la naturaleza del blanqueo.

2.3.2.- Toma de postura.

La libre competencia constituye un principio fundamental en el liberalismo económico⁶⁸¹, mismo que se encuentra consagrado tanto nacional como internacionalmente⁶⁸²; como tal es un elemento

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 143 y ss.

⁶⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 901. El autor señala que "En concreto, el elemento del orden socioeconómico especialmente vulnerado por este fenómeno delictivo es la libre competencia".

⁶⁸² BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de derecho mercantil...*, *op. cit.* pp. 139, 140 y nota 1. Dentro de la normativa internacional, *Vid.*: La Carta de la Habana, de enero

sustancial para la organización económica de esos modelos de Estado, y representa la forma más importante del ejercicio de la libertad de empresa⁶⁸³. Coincido con FABIÁN CAPARRÓS cuando señala, que si de precisar se trata, la afección al régimen de la libre competencia, sería el efecto más nocivo que sobre el orden socioeconómico produce el blanqueo de capitales durante su proceso⁶⁸⁴.

Durante el proceso que sigue el lavado de dinero, los que detentan capitales producto de ilícitos, tratan de «maquillarlos de legalidad» de la forma que les sea más conveniente, pero dicha conveniencia no atañe a lo económico, no buscan el mayor beneficio con el menor coste, por el contrario como el beneficio ya lo tienen, los costes de legitimación son lo de menos, la conveniencia que buscan atañe exclusivamente a burlar la acción de la justicia. Así, al actuar con esos fondos en una economía legal, indefectiblemente se afectarán los principios que rigen la libre competencia, ya que el valor real de los bienes no será objetivo y competitivo, sino que se podrá disminuir, sin ninguna lógica de mercado⁶⁸⁵.

Sin lugar a dudas, la actividad económica únicamente puede concebirse cuando se asegura que los competidores se rigen por las mismas normas. Esto no ocurre cuando las operaciones de la criminalidad organizada se infiltran en la economía legal, ya que al manejar cantidades tan grandes de dinero, es fácil que alcancen posiciones monopólicas al desplazar a los competidores que legalmente actúan en algún ramo, sobre el cual, los blanqueadores

de 1948 y el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, del 18 de marzo de 1951.

⁶⁸³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 220.

⁶⁸⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 216. quien especifica, que la lesión a la libre competencia se verifica de modo siquiera potencial en las primeras etapas del blanqueo y se concretiza en la fase de integración.

⁶⁸⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 100; GLUYAS MILÁN, Ricardo: *Inteligencia financiera*, INACIPE, México, 2007, p. 10.

de capitales ha utilizado para su actividad ilícita⁶⁸⁶. Y aunque no se tenga como finalidad posicionarse dentro del mercado, esto es lo que ocurre con su actividad prolongada, puesto que el flujo de un gran capital dentro de una empresa, necesariamente acarrea cooptación del mercado y beneficios adicionales a los que pudieran tener los competidores leales⁶⁸⁷.

El producto del crimen, y sobre todo de la criminalidad organizada, produce cantidades estratosféricas, montos tales que pudieran competir con las economías de pequeños países; si analizamos el caso italiano, *la N'drangheta, la Camorra y la Cosa Nostra* registran —en conjunto— ingresos anuales que oscilan entre los 120.000 y los 180.000 millones de euros, de los cuales entre el 40% y el 50% se reinvertirán para la continuidad de la actividad delictiva (contrabando, tráfico de droga, armas, etc., pago de «nómina», asistencia a presos y sus familias... etc.), el restante será preciso dotarlos de apariencia de legalidad para su uso, disfrute y aprovechamiento⁶⁸⁸.

La inversión de éstos rendimientos de origen ilícito, proporcionan a los criminales que los detentan, el poder para apropiarse progresivamente del mercado que sea, ya que la empresa ilícita tiende a constituirse en monopolio; en tales condiciones los competidores que realizan su actividad dentro de la legalidad, ven gravemente afectada su posición, puesto que son marginados y hasta expulsados del tráfico legal⁶⁸⁹. Como advierte FORGIONE, el crimen

⁶⁸⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 y ss.

⁶⁸⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸⁸ FORGIONE, Francesco: *Mafia export, cómo la N'drangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo* (trad. Francisco J. Ramos Mena), Anagrama, Barcelona, 2010, pp. 20 - 22. El autor, pone de manifiesto que tales cantidades compiten con lo que el Parlamento italiano aprueba anualmente como partidas para sanear los presupuestos del estado y constituye entre el 5 y 7 % del PIB de ese país, y que en conjunto es superior al PIB de tres países de la Unión Europea: Eslovenia (30.000 millones de euros), Estonia (25.000 millones de euros) y Croacia (34.000 millones de euros).

⁶⁸⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 217.

organizado se ha constituido y representan uno de los principales *holdings* económico-financieros del planeta⁶⁹⁰.

Otro argumento para considerar la libre competencia como bien jurídico tutelado en el reciclaje, lo da ARÁNGUEZ SÁNCHEZ cuando menciona que el blanqueador se coloca en una posición en extremo privilegiada en relación con los competidores del mercado, y esto lo consigue de una forma inmerecida, puesto que dicha ventaja la obtuvo infringiendo la ley⁶⁹¹.

Por último, hay que referirse a los costos de producción —insumos, materias primas, mano de obra, servicios profesionales y cargas fiscales—. Como se ha dicho, la lógica que el blanqueador de capitales sigue se centra en dotar de apariencia de legitimidad a un capital ilícito, corriendo el menor riesgo posible, en tal sentido, su lógica no es la del mercado, no le importa obtener el mayor beneficio con el menor coste, se puede dar el lujo de pagar altos costes de producción sin que estos se vean reflejados en el precio de los bienes o servicios que oferta, lo cual ya es una competencia desleal. Y si consideramos que el capital ilícito que pretende reinsertar en la economía legal, jamás fue gravado con ningún impuesto, el campo está sembrado para cosechar una ventaja sobre los competidores que siguiendo una lógica de mercado, ofertan bienes o servicios, y que además tienen que cubrir las cargas fiscales del capital que invierten en su actividad⁶⁹². BLANCO CORDERO dice que “el

⁶⁹⁰ FORGIONE, Francesco: *Mafia export...*, *op. cit.*, p. 21. El autor hace referencia a los grupos criminales italianos, pero tal razonamiento, siempre guardando las proporciones, puede ser aplicado en general a toda delincuencia organizada.

⁶⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁹² Objetivo de la criminalidad organizada, cuando dispone de capital, es infiltrarse en la economía legal, recurriendo normalmente a empresas para lavar su dinero, lo que les lleva a alcanzar posiciones monopolísticas. Y es que los costes de los recursos obtenidos de forma delictiva son notablemente inferiores respecto de los derivados para conseguir fondos lícitos. Imaginemos una empresa a través de la cual se invierte lo recaudado del comercio de heroína. Se encuentra en condiciones notablemente ventajosas respecto de una empresa análoga que deba encontrar en el mercado sus propios medios financieros. Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...”, *op. cit.*, p. 18.

blanqueo de capitales pone en peligro la libre competencia sobre la que se basa el actual sistema de economía de libre mercado. Objetivo de las organizaciones criminales cuando disponen de capitales ilícitos, es infiltrarse en la economía legal y tratar de alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de competidores. Para ello, recurren a la creación de empresas, que se encuentran en una situación notablemente ventajosa económicamente sobre el resto.”⁶⁹³

Por lo dicho en el presente apartado, considero que dentro del orden socioeconómico, la libre competencia es un bien jurídico que se ve lesionado directamente durante el proceso de blanqueo de capitales; ya que los capitales de origen delictivo se han obtenido sin los costos financieros, personales, industriales o fiscales con los que se ve gravada la actividad lícita, esta situación, coloca en una posición de ventaja respecto de los leales competidores. En palabras de BLANCO CORDERO “la conclusión más importante es que el blanqueo de capitales pone en peligro la libre competencia sobre la que se basa el sistema de economía de libre mercado, y con ello el orden económico.”⁶⁹⁴

⁶⁹³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 901.

⁶⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...”, *op. cit.*, p. 18.

VIII. PRECISIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE PROTEGE EL BLANQUEO DE CAPITALS.

A. CUESTIONES PREVIAS.

1.- La relación entre bien jurídico, fases y métodos del blanqueo de capitales.

Del estudio hecho hasta ahora, respecto de los diversos intereses que por su relevancia son trascendentales para una sociedad y en tal virtud merecen ser considerados como bienes jurídicos dignos de tutela penal, protegiéndolos de su lesión o puesta en peligro mediante la tipificación del delito de blanqueo de capitales; considero —desde mi particular punto de vista—, que la doctrina mayoritaria, comete dos errores en el análisis del tema⁶⁹⁵:

El primero de ellos consiste en un vicio de origen con el que se ven afectado sus argumentos. Vicio consistente en que su análisis parte de un tipo penal concreto y no de la realidad fenomenológica de la conducta. Si bien es cierto que el positivismo normativista rige en el mundo moderno, y que la ley independiente mente de su contenido obliga —*dura lex sed lex*—; también es cierto que tal vicio de origen dificulta la colaboración internacional en la prevención y represión del delito, puesto que si sostenemos la internacionalidad del ilícito —en ejecución y efectos—, la primera gran problemática es la adecuación de ordenamientos jurídicos internos, que trasciende desde luego, a la prevención y combate del delito. Además, cuando se parte de un tipo penal concreto, para de él derivar un bien jurídico,

⁶⁹⁵ Resaltando la importancia y complejidad del bien jurídico en el blanqueo de capitales, BLANCO CORDERO dice: "El análisis del bien jurídico protegido es un punto de referencia fundamental para el estudio de los elementos que integran la estructura típica del delito de blanqueo de capitales. La determinación del bien jurídico protegido por la normativa española relativa al blanqueo de capitales es un problema extremadamente complicado." Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 900.

se actúa en contra de la realidad fáctica y no olvidemos que en el caso del delito de lavado de activos, su tipificación en los ordenamientos internos responde —por lo menos en su origen y por lo menos en la generalidad de los casos—, al cumplimiento de compromisos internacionales y no a la necesidad social de los países que lo regulan.

El segundo equívoco doctrinario, consiste en la inacabada concepción del bien jurídico. Observamos que los teóricos de la materia, cumplen su estudio dando un catálogo de bienes que pueden ser susceptibles de alguna afección⁶⁹⁶; pero esos estudios limitados al plano hipotético, conduce a un mundo de posibilidades en el que no necesariamente se vulneran los bienes que señalan, lo que crea a una nueva situación de indeterminación, que acarrea graves problemas dogmáticos, que en la práctica se traducen en última instancia, en la violación de los derechos de los gobernados, con la aplicación de una norma que no cumple con certeza el principio de lesividad.

Considero que el estudio realizado hasta ahora, salva el primer equívoco mencionado, ya que la gama de intereses analizados —a los cuales se les ha dado un contenido que los eleva a bienes jurídicos dignos de tutela penal—, constituyen todos los intereses que se ven violentados con el delito de blanqueo de capitales. Tal determinación del principio de lesividad, realizada con base en un análisis fenomenológico y no normativo, sustenta la validez y necesidad de la intervención penal, cuando de conductas de lavado de activos se trata. En efecto, el hecho de que hasta el momento no me haya referido a ningún cuerpo normativo (nacional o supranacional), atiende a la imperiosa necesidad de fundamentar con criterios reales —y no meramente formales—, el contenido del principio de necesidad en el lavado de dinero. Plantear un análisis de otra forma, sería tanto como obviar la naturaleza de la cuestión, y

⁶⁹⁶ Es un gran avance en el desarrollo de la determinación del bien jurídico, el criterio propuesto por BLANCO CORDERO, ya que su estudio se basa por un lado en la finalidad del blanqueo de capitales y por otro en los diferentes bienes jurídicos (que directa o indirectamente) se ven afectados. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230.

resignarse a la derogación del criterio por una nueva opinión legislativa⁶⁹⁷.

Pero el estudio no puede quedarse con la mera referencia a un catálogo de bienes jurídicos, puesto que se caería en el segundo de los errores que hemos mencionado. En otras palabras nos encontramos a la mitad del camino en la determinación del principio de lesividad en el blanqueo de capitales. El catálogo de bienes jurídicos desarrollado, aún se muestra bastante difuminado para cumplir a cabalidad las exigencias de certeza y determinación del principio de lesividad; considero que este abanico de bienes debe ser precisado, para lo cual, tomando en cuenta la realidad del fenómeno delictivo, planteo la siguiente cuestión: *¿Cuándo se vulneran dichos bienes jurídicos?*; la respuesta determinará con toda certeza, el principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales.

Considero, que por la pluralidad de intereses susceptibles de tutela, se debe regir el análisis con dos criterios: a) en primer lugar, la protección mediata y la protección inmediata de los bienes jurídicos, en el Derecho penal económico; y b) en segundo lugar, el análisis finalista de la fase externa del *iter ciminis* del delito, así como los métodos con los que se actualiza el lavado de activos, puesto que su peculiar fenomenología, me permite pensar, que el principio de lesividad en el blanqueo de capitales, se encuentra condicionado a la etapa del proceso de reciclaje en que se encuentre el delito, así como a los métodos empleados en dicho procesos.

En mi opinión, por la forma en la que se actualiza el delito de blanqueo, concluyo, que atendiendo a los métodos que se empleen así como al ejercicio de la acción final de cada fase del delito, es que se atentará de forma inmediata contra algún bien jurídico. Subsistiendo siempre, en cada etapa del delito, la vulneración

⁶⁹⁷ Si se entendiera así el blanqueo de capitales, tendríamos que resignarnos a quella frase del fiscal Von Kirchmann: «*Tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca jurídica en basura*», Sobre tal cuestión Vid.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 109.

mediata a un bien jurídico supraindividual, constituido por el orden socioeconómico en sentido estricto.

Estamos en presencia de un delito complejo en su ejecución, que precisa de diversas conductas para actualizar cada una de las etapas de las que está compuesto; con la peculiaridad de que cada una de las etapas pueden ejecutarse de manera sucesiva o n⁶⁹⁸ y constituyen una realidad criminológica individualizada, que sirven como instrumento para el fin del blanqueo.

En mi opinión, dependiendo de los métodos con que se ejecuten las diferentes fases del lavado de activos, es que se lesionaran unos u otros bienes jurídicos; con lo que encuentro una estrecha relación entre los métodos empleados por los blanqueadores y la concreta vulneración de los intereses protegidos penalmente — Administración de Justicia, Orden socioeconómico *lato sensu*, y en sentido estricto (libre competencia, licitud de los bienes que circulan en el mercado, y la estabilidad y solidez del sistema financiero)—.

De esta forma, considero que la referencia a «*métodos y finalidad de las fases del delito, para la determinación del bien jurídico protegido*», es un criterio que sirve para constituir un nuevo paradigma en la concepción del ilícito, ya que, los criterios en que se ha basado el análisis reflejan la realidad con la que se lava dinero, con lo cual, se dan las bases para la adopción de un criterio unánime que facilitaría en primer lugar la prevención —puesto que conocemos los sectores vulnerables—, y llegado el extremo de la represión, se aseguraría la adecuada intervención del orden punitivo, sin violentar uno de los principios fundamentales que lo rige como es el de *nullum crimene sine iniuria*.

⁶⁹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.* p. 63; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 80 quien afirma que de la experiencia se conoce que las distintas etapas se solapan e incluso con cierta frecuencia coinciden en su ejecución, pero no por eso se cuestiona la sistemática de las tres etapas, ya que un esquema definido es de gran utilidad al momento de clasificar las innumerables conductas en las que se desarrolla el blanqueo.

2.- Finalidad última y finalidad próxima en las conductas de blanqueo de capitales

Cuando se habla de finalidad en el blanqueo de capitales, se debe distinguir la realidad compleja en la que este fenómeno delictivo se presenta; en efecto, como se ha expuesto⁶⁹⁹, en el desarrollo del delito se precisan diversas acciones, las cuales van encaminadas a un fin concreto e inmediato —la consumación de la etapa del delito correspondiente—, pero que sumadas obedecen a la idea rectora del proceso, es decir, se encuentran guiadas por una finalidad última, consistente en la consumación del ilícito penal.

Normado por su característica de proceso, el blanqueo de capitales no es un hecho puntual por el cual los bienes de origen ilícito, instantáneamente adquieran una apariencia de legalidad⁷⁰⁰; es decir, el delito no sigue la sucesión natural de acción-resultado, por el contrario, necesita de una pluralidad de acciones que concatenadas permitan al blanqueador el disfrute de los bienes sin levantar sospechas sobre su origen.

Entendido así el blanqueo, considero necesario distinguir entre dos finalidades de acción: la inmediata, que atenderá a la finalidad próxima que se persigue con cada etapa del proceso; y la finalidad última, que atenderá a la intencionalidad concreta del blanqueador de capitales, consistente en dotar de apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo con el propósito de reinvertirlos en la economía lícita; Esta finalidad última del proceso criminal, constituye el eje rector del actuar criminal, así la pluralidad de conductas intermedias con fines inmediatos, se encuentran orientadas al fin último.

Al hacer esta distinción sobre la finalidad (mediata e inmediata), de las acciones que se ejecutan en el proceso de blanqueo, se llega a dos ideas fundamentales en cuanto a la determinación del principio de lesividad en el delito:

⁶⁹⁹ *Vid., supra:* tema VI. A., del presente trabajo.

⁷⁰⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 91 y nota 241.

a) la primera referida a la certeza en cuanto al bien jurídico tutelado, ya que diferentes acciones, violentan diferentes bienes jurídicos, pero para que estemos en presencia del delito de blanqueo de capitales, no basta con que la acción concreta e intermedia viole uno de los bienes que protege el delito, sino que es necesario y un requisito *sine qua non*, que el ejercicio de la acción final inmediata persiga la culminación de una fase del delito, y que mediatamente busque el pleno aprovechamiento en la economía legal, de los bienes que procediendo de delitos aparentan tener un origen lícito.

b) la segunda, se excluye la posibilidad de abuso del delito, entendiéndose por tal, su aplicación a casos que no afectan a los bienes jurídicos tutelados. Para ilustrar el criterio, pongamos como ejemplo el caso del carterista que entrega «el producto de sus ilícitos» a su esposa, para que ésta realice las compras del mercado; si no regimos nuestro criterio por las diversas finalidades que persigue el blanqueador de capitales, deberíamos inexorablemente atribuir conductas de lavado a la mujer del carterista.

El análisis teleológico⁷⁰¹ de las conductas que se actualizan durante el proceso delictivo del lavado de dinero, fundamentan el criterio de que el blanqueo de capitales, vulnera inmediatamente los bienes jurídicos correspondientes a la fase concreta del delito, mientras que mediatamente, vulnera los bienes jurídicos protegidos por el delito consumado. Con base en esta afirmación, dedicaré las siguientes páginas a la determinación de los intereses que protegen las fases del blanqueo así como los que tutela el delito acabado.

3.- Unidad delictual con pluralidad de acciones en el blanqueo de capitales.

El delito de blanqueo de capitales inacabado, corresponde al ilícito que encontrándose en cualquiera de sus etapas de ejecución no ha sido consumado, por el motivo que fuere; por su parte el delito de blanqueo consumado es aquel que ha materializado con éxito las

⁷⁰¹ Para una interpretación teleológica del delito de blanqueo, con base en el orden socioeconómico. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 215 y ss.

diferentes etapas del proceso. Los bienes jurídicos que se protegen en cada una de las etapas del blanqueo de capitales, son bienes jurídicos, cuya vulneración se traduce en un medio comisivo, para alcanzar el fin último del blanqueo. Entendido así el lavado de dinero, las conductas intermedias del delito, cumplen con todos los presupuestos necesarios para ser penalmente relevantes, cuando de el delito inacabado se trate; pero por ser requisitos indispensables para la consecución del fin último, deberán ser consideradas como continuadas⁷⁰² en el delito consumado, es decir, se deberá tener al delito, como una pluralidad de acciones con unidad de resultado típico.

Para entender el principio de necesaria protecciones de bienes jurídicos en el blanqueo, es indispensable —en mi opinión— diseccionar las diversas etapas que lo componen; sostengo esta afirmación por la realidad compleja del delito, la cual admite en su actualización a diversos sujetos activos especializados en cada una de sus fases. De facto, son diversas las personas que intervienen en las diferentes etapas del blanqueo, y si no se tiene claridad en los bienes concretos tanto mediatos como últimos, se pueden producir graves consecuencias al confundir los grados de autoría o participación en la que actúa el sujeto activo y sobre todo en la proporcionalidad al individualizar la pena⁷⁰³.

⁷⁰² Por la homogeneidad objetiva y subjetiva que revisten las conductas de blanqueo. Sobre los delitos continuados *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 398 y ss.

⁷⁰³ A estas problemáticas me referiré más adelante, cuando se analicen los temas concernientes a las consecuencias de la postura adoptada sobre el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales. *Vid.*: *Infra*, tema X. del presente trabajo.

B. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LAS FASES DEL BLANQUEO DE CAPITALS, DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIOECONÓMICA.

1.- Fase de colocación y fase de conversión.

1.1.-Teleología de las fases de colocación y conversión en el blanqueo de capitales.

La finalidad de las etapas del blanqueo de capitales —así como la forma de arribar a ella—, es lo que nos dará una cimentación sólida en la determinación de los intereses que se protegen por el delito.

Analizando la primera etapa del blanqueo, la colocación, se observa que el crimen, sobre todo cuando se estructura de forma organizada, acumula en su actuar grandes cantidades de dinero en metálico⁷⁰⁴; en este submundo delictivo, los actores económicos —oferente y adquirente de bienes y servicios «ilícitos»—, tratarán de conservar el anonimato en sus transacciones, puesto que a ninguno le interesa ser identificado o rastreado, en tal sentido, el medio de pago preponderantemente será el dinero en efectivo, como bien fungible por excelencia; claro que en ocasiones excepcionales se puede pensar en el trueque de muebles —relojes, celulares, cámaras, automóviles, etc.—, pero tal forma de pago, será excepcional y obedecerá a casos circunstanciales o de desesperación por parte del consumidor final⁷⁰⁵. No es razonable pensar, que dentro de la ilegalidad, el que oferta, acepte como medio de pago algo distinto al dinero, ya que si aceptara cualquier otro tipo de contraprestación,

⁷⁰⁴ FORGIONE, Francesco: *Mafia export, cómo la N'drangheta, la Cosa Nostra y la Camorra...*, op. cit., pp. 20 - 22. El autor, pone de manifiesto que tales cantidades compiten con lo que el Parlamento italiano aprueba anualmente como partidas para sanear los presupuestos del estado y constituye entre el 5 y 7 % del PIB de ese país. Sin olvidar que no todo proceso de blanqueo comienza con la etapa de colocación puesto que no siempre es necesario reducir grandes cantidades metálico. Vid.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 133.

⁷⁰⁵ Piénsese en el caso *junkie*, que afectado por el síndrome de abstinencia y carente de efectivo, entrega los bienes que tenga —propios o ilícitamente adquiridos— para conseguir una dosis.

estaría —por las secuelas documentales o electrónicas—, preconstituyendo una prueba de su actuar ilícito; esto mismo, sucede con el adquirente de los bienes o servicios, resultaría absurdo pensar, en que exija factura por los mismos.

Las cantidades en metálico, por su proximidad con el delito que las originó, así como por el volumen tan inmensamente grande que llegan a alcanzar⁷⁰⁶, constituyen un riesgo —lícito (comiso) o ilícito (robo)—, y estorban a quien las detenta, en tal sentido el dinero se vuelve un problema, que representa el primer obstáculo a superar por el blanqueador de capitales.

Ahora bien, por lo que respecta a la segunda etapa del delito —el blanqueo de capitales en sentido estricto—, este consiste en la realización de múltiples operaciones financieras o comerciales, que se irán superponiendo unas a otras y con cada una se irá dificultando más y más el conocer el origen de los capitales⁷⁰⁷; la finalidad que persiguen los blanqueadores con la conversión, es ocultar el origen de los bienes ilícitos, para darles una apariencia de legalidad que les permita su posterior reinversión en la economía legal.

Todo capital sucio que pretenda ser reinvertido en la economía legal, debe necesariamente, someterse a una fase de conversión, con la cantidad de operaciones que sean necesarias para desvincularlo de su origen ilegal⁷⁰⁸.

Ahora bien, como se ha dicho, en la materialización del delito puede ser que la etapa de colocación se presente o no⁷⁰⁹, pero la que

⁷⁰⁶ *V.gr.* el caso <<pizza conection>>, en el cual se utilizaban 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.” *Vid.*: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 113.

⁷⁰⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 69.

⁷⁰⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁰⁹ Lo cual dependerá de la procedencia de los capitales a blanquear, así como el volumen y estado físico que se detentan. Como hemos explicado, hay casos en que la etapa de colocación es indispensable, como ocurre en el narcomenudeo, donde por

constituye un requisito indispensable para alcanzar el fin último delictual es la segunda fase del ilícito, es decir: la conversión, enmascaramiento o blanqueo en estricto sentido⁷¹⁰. Sin embargo, ya sea que se presente o no la etapa de colocación, vemos que éstas dos primeras etapas del delito, comparten la misma finalidad mediata, sin la cual no será posible alcanzar el fin último del blanqueo de capitales; en efecto, tanto la etapa de colocación como la de ensombrecimiento, buscan alejar de su origen ilícito a los capitales, y esta es la razón por la cual en este apartado las analizamos en conjunto, ya que al estar orientadas al mismo fin, vulnerarán los mismos bienes jurídicos, que en todo caso tendrán el carácter de instrumentales.

1.2.- Determinación de los bienes jurídicos que se protegen en las fases de colocación y conversión.

1.2.1.- El bien jurídico protegido, atendiendo a la finalidad última de las fases de colocación y conversión.

a) La Administración de Justicia.

La primera finalidad que los blanqueadores de capitales buscan, es alejar de su origen delictivo los bienes a blanquear, dotándolos de una cierta legalidad, lo que les permitirá por un lado evitar la acción de la justicia —sobre el origen de los capitales—, y por otro les dará la libertad de actuación futura para las diversas etapas del reciclaje.

la gran cantidad de dinero que se detenta en efectivo y en baja denominación, se necesitará colocarlo como primer paso para su final reinversión.

⁷¹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 133. Quien afirma que "No todo proceso de blanqueo se inicia reduciendo grandes cantidades de dinero en metálico."

Si a un capital no se le aleja de su origen delictivo, confeccionándole un pasado que se presume legal⁷¹¹, jamás podrá ser invertido en los cauces de la economía legal; puesto que encendería las alarmas de los sectores (públicos o privados), donde circulara. Con lo cual entendemos que por su finalidad, tanto la colocación como el ensombrecimiento, vulneran el bien jurídico Administración de Justicia⁷¹².

⁷¹¹ La licitud del capital blanqueado siempre será simulada, en tal sentido, por más apariencia de legalidad que tenga, siempre deberá considerarse como *iuris tantum* la presunción que referimos.

⁷¹² Entre otros: ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82-85; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio...*, *op. cit.*, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 78 - 80; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido" en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 1999; BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos" en AA. VV.: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 135 y ss.; DEL MISMO AUTOR: "Derecho penal económico...", *op. cit.*, pp. 76 y ss.; BERNASCONI, PAOLO: "Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario", en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 199; BLANCO LOZANO, Carlos: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.; CALDERÓN CEREZO, Ángel: "Análisis sustantivo del delito" en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 271; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 59 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999. p. 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *AP*, núm. 32, 1994, pp. 583 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, 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", *ADPCP*, T. XLVI, fasc. II, mayo - agosto 1993, pp. 585 y ss.; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 253- 258; FARALDO

En efecto, cuando se alejan los bienes de su origen delictivo, se impide el correcto y adecuado funcionamiento de las Autoridades encargadas de Administrar Justicia, puesto que se impide o entorpece, el conocimiento del delito que les dio origen. Ahora bien, para evitar que el blanqueo de capitales se confunda con un mero encubrimiento, insisto en la precisión de que la vulneración de este bien jurídico es inmediata y obedece a una actuación final —la consumación del delito de blanqueo de capitales—, por lo que no es dable, considerar esta vulneración aislada, como una especie de favorecimiento⁷¹³.

1.2.2.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en las fases de colocación y conversión.

a) *La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.*

En su afán de dotar de legalidad un capital que proviene de actos ilícitos, alejándolo de su origen delictivo, los sujetos activos que intervengan en las etapas de colocación y ensombrecimiento,

CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 127; DE LA MISMA AUTORA: "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *EPC*, XXI, 1998, p. 127; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales...", *op. cit.*, pp. 173 - 203; FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio: *El delito de lavado de dinero en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 172; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 32 - 35; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994, pp. 481 y 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 295.

⁷¹³ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.62; en el mismo sentido ARÁNGUEZ quien considera que: "La total autonomía del delito de blanqueo respecto al delito previo se aprecia nítidamente en la pena prevista para el blanqueador, la cual es determinada por el legislador con independencia de la establecida para el delito del que provienen los bienes[...]. Se demuestra con ello que el legislador no ha querido configurar el blanqueo como una forma de encubrimiento o de participación *post-delictum*, sino que considera que esta figura tiene un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo". Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 296.

pueden ejecutar cualquier tipo de actos jurídicos, ya civiles o mercantiles. De ser esta la hipótesis operacional en las primeras fases del blanqueo, se estaría violando el bien jurídico consistente en la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado⁷¹⁴.

Dentro del mercado, se puede actuar con una serie de actos jurídicos —civiles o mercantiles—, que transmiten la propiedad o los derechos que a esta conforman —*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*—⁷¹⁵. Los contratos y convenios que se celebran, se encuentran protegidos por ley, y es el propio ordenamiento legal el que se encarga de darle seguridad jurídica a las partes que en ellos intervienen.

Una de las principales premisas de la teoría general de los contratos, es que los convenios y contratos nacen para cumplirse⁷¹⁶; en efecto, cuando la voluntad de las partes concurre para la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, ésta voluntad debe ser respetada por los particulares y por el propio estado si cumple con los requisitos esenciales y de validez que la ley impone. Dentro de dichos requisitos se exige la licitud de los bienes

⁷¹⁴ GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Curso de derecho penal español, parte especial*, Madrid, Edersa, 1992, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁷¹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, editorial jurídica de Chile, Chile, 2006, pp. 134 y ss.

⁷¹⁶ Ya que como señala Díez -Picazo, al hablar de la eficacia del contrato como eficacia reglamentaria o vinculante, dice: “En rigor, lo que hay aquí es una instauración de la reglamentación de intereses contenida en el contrato y la elevación de dicha reglamentación a la categoría de precepto jurídico. Por ellos, de manera inmediata, el efecto del contrato consiste en la necesidad de que las partes ajusten su conducta ulterior a esta reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un deber de respeto o un deber de observancia del contrato. Las partes tienen que cumplir todo aquello que el contrato les impone[...] En otro sentido, el contrato comporta un deber de observancia por parte de los jueces y tribunales”. Cfr.: DÍEZ - PICAZO, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, introducción, teoría del contrato*, t. 1, 6ª ed. Thomson, Pamplona, 2007, p.518.

objeto de contrato, so pena de nulidad absoluta del acto jurídico del cual son objeto⁷¹⁷.

Los capitales que se pretenden blanquear, pueden obtener un disfraz de legalidad, una apariencia tal que permita engañar a los que intervengan en las negociaciones que sobre ellos se hagan, pero jamás podrán adquirir una legalidad plena que los haga susceptibles de ser objeto dentro del comercio⁷¹⁸.

Los argumentos vertidos, permiten concluir que cuando para apartar de su origen ilícito a un capital, se celebra cualquier acto jurídico —civil o mercantil—, éste se encontrará viciado en su origen por una nulidad absoluta, que conlleva a la destrucción retroactiva de los efectos que haya producido, como si el acto no se hubiera celebrado jamás⁷¹⁹.

De tal relevancia es la licitud de los bienes que circulan en el mercado⁷²⁰, que el proceso productivo no existiría si los bienes que intervienen en el tráfico comercial, se encuentran viciados de una procedencia ilícita. En tal sentido, considero que cuando en las etapas de colocación y ensombrecimiento, para ocultar el origen ilícito de los capitales, se emplea como medio cualquier acto jurídico —civil o mercantil—, cuyo objeto sea el bien a blanquear, se estará violando inmediatamente el bien jurídico consistente en la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.

b) La estabilidad y solidez del sistema financiero.

Sin olvidar la premisa de que los sujetos activos que intervengan en el blanqueo de capitales, se valdrán de todos aquellos medios que sean menos riesgosos para alcanzar sus objetivos (inmediatos y mediatos); las instituciones que forman parte del sistema financiero,

⁷¹⁷ LUTZESCO, Georges: *Teoría y práctica de las nulidades...*, *op. cit.*, p. 169.

⁷¹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 93 y 227.

⁷¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Derecho civil mexicano, obligaciones...*, *op. cit.*, p. 132.

⁷²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18º ed..., *op. cit.*, p. 554.

así como las diversas operaciones que dentro de él pueden realizarse, crean una muy amplia gama de posibilidades para ejecutar las primeras fases del blanqueo de capitales.

Además de la pluralidad de instituciones y operaciones financieras, el blanqueador de capitales tiene la ventaja añadida, de los avances tecnológicos, ya que el desarrollo de las telecomunicaciones, permite el desplazamiento de capitales, de un lugar a otro del mundo, de forma instantánea y sin la exposición física de quien lo realiza⁷²¹. Estas circunstancias han puesto de relieve, el criterio de organismos internacionales sobre necesidad de cumplir con las obligaciones de identificación e información de los usuarios y operaciones que realizan⁷²². Pero por más recomendaciones, obligaciones y lineamientos que deban de cumplirse, el crimen y sobre todo el organizado, maneja tal poder económico, que puede coaccionar o corromper a los funcionarios del sistema financiero, logrando su complicidad y evitando los obstáculos legales en su proceso de reciclaje de activos.

Cando se utilice al sistema financiero⁷²³ para alejar a los capitales de su origen ilícito y darles apariencia de legalidad, se estará mezclando capital «sucio» con capitales «limpios», lo que afectará la confianza que el público usuario debe de tener con las instituciones del sistema, ya que a nadie —personas físicas o jurídicas—, les interesa ver sus bienes, derechos u obligaciones, confundidas con los que proceden del crimen, sobre todo por el riesgo de una intervención gubernamental de las instituciones financieras, o por el comiso de

⁷²¹ SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: "Blanqueo de capitales en el sector bancario y corrupción...", *op. cit.*, p. 307.

⁷²² Destacando que la esencia del blanqueo de capitales, consiste en utilizar las técnicas lícitas del mundo financiero para realizar operaciones de lavado, y señala que cualquier instrumento de la operativa bancaria puede ser usado en el proceso de reciclaje. *Vid.*: SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: "Blanqueo de capitales en el sector bancario...", *op. cit.*, p. 308 y nota 3.

⁷²³ Lo cual ocurrirá casi en la totalidad de las operaciones de blanqueo de capitales, ya que actualmente la circulación de moneda ha quedado desplazada a un puesto secundario en el tráfico comercial, reservándose para las transacciones económicas menos relevantes FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 110.

los bienes que en el se encuentran, generando problemas de liquidez y pánico bancario⁷²⁴.

Al afectarse este pilar fundamental del sistema financiero, representado por la confianza que los usuarios depositan en él, considero que en las fases de colocación y conversión, cuando los blanqueadores de capitales utilizan al sistema⁷²⁵, se vulnera de manera inmediata el bien jurídico estabilidad y solidez del sistema financiero.

2.- Fase de integración.

2.1.- Teleología de la fase de integración en el blanqueo de capitales.

Cumplimentada sobre los capitales de origen delictivo, la premisa previa y necesaria del alejamiento de su origen delictivo —mediante la ejecución de diversos actos o hechos jurídicos, que le atribuyen una apariencia de legalidad—, importa al blanqueador, completar el proceso de reciclaje mediante la reinversión de aquellos productos del delito, en la economía lícita.

⁷²⁴ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: “Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...”, *op. cit.*, p.7.

⁷²⁵ BLANCO CORDERO analizando la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Dice que “La versión final de la Directiva fundamenta su aprobación en que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo de capitales “puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y 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”. Parece, por tanto, que la Directiva surge con la intención de tutelar el sistema financiero de los Estados miembros, y para ello trata de armonizar su legislación nacional. Es evidente que el sistema financiero es el más habitualmente empleado para blanquear los bienes de origen delictivo, y, de no ser así, en última instancia éstos desembocan en él.” Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...”, *op. cit.*, p.15.

Se observa que en primer lugar, con las fases previas del delito, el blanqueador de capitales busca crear las condiciones suficientes, para que sin levantar sospechas o alertar a las autoridades, pueda invertir el producto del delito, en bienes o servicios que sean susceptibles de negociación dentro de los cauces de la economía lícita. En efecto, el blanqueo de capitales se consuma con la reinversión del capital ilícito en la economía legal, se tiene que distinguir en esta fase, los actos de consumo personal y los de inversión en la «*empresa*» delictiva que producirá nuevos capitales. Ambos actos —consumo y reinversión criminal—, se encuentran excluidos de la fase de integración en el blanqueo, ya que ninguno de dichos actos constituye una verdadera inversión en la economía legal.

Cuestión importante, en cuanto a la fase de integración se trata, es la que puntualiza FABIÁN CAPARRÓS, cuando precisa que la inversión, por la naturaleza del blanqueo constituye un acto *sui generis*, ya que no busca la obtención de beneficios económico, es decir, no sigue una lógica de mercado, por la cual la reinversión del capital se haría en los sectores económicos mayormente productivos, por el contrario la lógica que sigue la consumación del blanqueo, es la reinversión en bienes y servicios que representen un menor riesgo de ser detectada la operación ilícita —produzca o no beneficios pecuniarios—⁷²⁶; se entiende con esto, que para el blanqueador, el beneficio económico lo constituye precisamente la fase de integración, incluso cuando con ella pierda dinero, puesto que su ganancia será el libre uso y disfrute del capital ilícito.

Comprendida así esta fase del blanqueo, se concluye que teleológicamente la integración, persigue el pleno aprovechamiento de un capital ilícito, mediante la adquisición de bienes y servicios que pueden ser negociados en la economía formal. Solo se puede hablar de la integración como conducta idónea para la consumación del blanqueo de bienes, cuando el sujeto activo del delito destina

⁷²⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 149.

esos capitales ilícitos, a la adquisición de bienes y servicios con la finalidad de hacerlos circular en el mercado lícito⁷²⁷.

2.2.- Determinación de los bienes jurídicos que se protegen en la fase de integración.

2.2.1.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a la finalidad última de la fase de integración.

a) El orden socioeconómico (stricto sensu).

Cuando se analizó el Derecho penal económico⁷²⁸, se estableció que la doctrina lo ha dividido, en función de su objeto de estudio; determinando que todos aquellos aspectos relativos a la rectoría económica del estado, quedaran vinculados al derecho penal económico en sentido estricto, de tal suerte que la doctrina lo define como “*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendiendo como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía*”.⁷²⁹

Ahora bien, si el aspecto económico que rige la vida de un país, es guiado por las necesidades concretas de la sociedad que conforma al Estado, es cuando se habla de orden socioeconómico; en éste orden, se hace referencia al desarrollo social sustentable, según los principios y modelos económicos que cada Estado se fija en ejercicio de su capacidad de autodeterminación⁷³⁰. Con lo que se fundamenta que el orden socioeconómico (*stricto sensu*), consiste en el conjunto

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 151.

⁷²⁸ *Vid.*, tema VI. del presente trabajo.

⁷²⁹ BAJO FERNANDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 13.

⁷³⁰ CARPIZO MCGREGOR, Jorge: *Estudios constitucionales*, 1ª ed., Porrúa, México, 1980, pp. 97 y ss.

de principios que rigen la actividad del Estado en la economía, así como las políticas públicas que en el sector económico de un país, realiza el Estado; en otras palabras, al hablar del orden socioeconómico en sentido estricto, estamos haciendo referencia a la rectoría económica del Estado.

La rectoría económica del Estado, se encuentra materializada en los principios contenidos en la llamada «Constitución Económica», la cual se entiende, como la parte de la Ley Fundamental que regula las diferentes áreas productivas del Estado, y establecen los objetivos dentro del proceso productivo así como las formas de alcanzarlos.

En la consecución de los fines sociales y económicos, los Estados actúan en el proceso económico —interno y externo—, con base en capitales lícitos, no puede ser de otra forma; un Estado solo existe dentro de un orden jurídico⁷³¹, por lo tanto toda actuación debe de ser apegada a derecho, y aunque coloquialmente se escuchan expresiones tales como «narco estado», o «estado mafioso», esto atiende a un aspecto meramente descriptivo, pero sin ningún fundamento dentro de la Teoría del Estado, pues como se decía sin orden jurídico no se puede existir un Estado.

Así, la actuación de los países por lo que se refiere al aspecto social, buscarán siempre dentro de la legalidad, proporcionar el mayor número de satisfactores a la población; mientras que en materia económica, buscarán el mayor beneficio con las operaciones que realicen, es decir, orientarán la actividad económica a los bienes y servicios, que en determinado momento se consideren como los más productivos, por la demanda que de los mismos existe⁷³².

Los elementos aportados, nos indican que la rectoría económica del Estado se orientará con las leyes que rigen al mercado; sin embargo,

⁷³¹ Así, en una concepción kelseniana de Estado, se identifica éste con el orden jurídico plasmado en la Constitución, que se erige en norma fundante de todos los demás elementos del Estado. *Vid.*: KELSEN, Hans. *Teoría del Estado...*, *op. cit.*, *passim*

⁷³² Explicando los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales dentro de la toma de decisiones económicas y sociales de los Estados. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas...", *op. cit.*, pp. 16 y 17.

cuando el capital que circula en la economía no se rige por esa *oferta y demanda*, imposibilita al Estado que lo sufre, a una adecuada toma de decisiones en materia económica⁷³³. Insisto en que el capital ilícito, no sigue la lógica del mercado en los sectores de la economía donde es reintegrado, lo que ocasiona, en un primer momento el aumento del PIB de cada país, pero que repercute muy nocivamente en el mediano y en el largo plazo, puesto que genera un ambiente de inestabilidad económica. Como veíamos, el blanqueo de capitales, tiene un efecto extremadamente nocivo en un nivel macroeconómico, ya que por la inestabilidad que genera tanto en los sectores productivos como financieros, produce la pérdida del control de la política económica de los países⁷³⁴.

Así se determina, que si la finalidad última que se persigue con el proceso de blanqueo de capitales, es la aplicación del producto del delito en bienes y servicios que puedan ser negociados dentro de la economía formal; dicho fin afecta el bien jurídico supraindividual, consistente en el orden socioeconómico en sentido estricto.

b) La libre competencia.

Cuando el producto del delito ha sido alejado de su origen, el blanqueador actuara con el propósito de reintegrar ese producto del delito, en los cauces económicos formales. Para cumplimentar tal etapa, su actuación será lo más apegada a la legalidad⁷³⁵, es decir,

⁷³³ CHAMBERLIN, Wendy: "La lucha contra el lavado de dinero...", *op. cit.*, p.2.

⁷³⁴ *Vid.: supra*, tema VI, B., 2.1.2.-

⁷³⁵ Es claro que si el primer obstáculo al que se enfrentan los blanqueadores, consisten en apartar de su origen a los capitales ilícitos; solo buscarán con ese capital «limpio», la reinversión mediante actos lícitos. De lo contrario, no se estaría actuando para cumplimentar la fase de integración y consumir el blanqueo de capitales, sino que se estaría cometiendo un nuevo ilícito, que en este momento en nada importa al proceso de reciclaje.

Se habla de una actuación lo más apegada a la legalidad, ya que si somos estrictos en la naturaleza de las cosas, los bienes siempre seguirán siendo producto del crimen, y cualquier acto jurídico que se celebre teniéndolos como objeto, estará viciado en uno de sus elementos esenciales y conducirá a la nulidad absoluta del

celebrará los actos jurídicos que sean apropiados para tal fin, así, formalizará cualquier operación de naturaleza civil, mercantil o financiera, que le permita ejercer un derecho sobre cualquier bien o servicio, que después podrá ser negociado sin complicación alguna, puesto que dichos bienes o servicios, ya son objeto de comercio al estar dentro de la economía legal.

Tal y como se explicó, cuando el sujeto activo del delito celebra estas operaciones con recursos de procedencia ilícita, que le permitirán ser titular de derechos sobre bienes y servicios, no está buscando una ganancia económica —si esta se presenta es irrelevante—, es más, el sujeto activo del delito puede asumir pérdidas en esta etapa de reintegración, si eso le permite culminar con éxito el blanqueo. Así la reintegración, se convierte en una actividad económica que sitúa en un plano ventajoso a quien la realiza, puesto que no se guiará por una posible utilidad que obtenga descontando de su inversión, los costos de producción y distribución.

Por otro lado quien actúa dentro de los cauces económicos formales, y tiene que sujetarse a las leyes del mercado, solamente invertirá en aquellos bienes o servicios que le representen una mayor utilidad; es decir, analizará la oferta y la demanda de dichos bienes, hará un balance de los costos de producción y distribución de los mismos, calculará las ganancias que obtenga después de deducir dichos gastos; y solo si después de ponderar dichos factores, determina que existe un margen de utilidad razonable, según las variables de tiempo y trabajo, es que invertirá⁷³⁶.

En un primer momento, si se observa la actuación de un agente económico que en el proceso productivo tiene que actuar con recursos que son producto de operaciones lícitas, este se verá infinitamente desfavorecido en comparación a aquel que cuenta con recursos casi ilimitados, que además no le han supuesto los costes

mismo, con lo que, la actuación ilegal en la fase de reintegración subsiste. *Vid. supra*, tema VII. C. 3.- del presente trabajo.

⁷³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo código penal...*, op. cit., p. 707; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 39.

legales del proceso productivo; y en un segundo momento, si se observa que la inversión de quien actúa en la legalidad debe de regirse por una lógica de mercado para obtener utilidades, mientras que el blanqueador de capitales, no busca la utilidad —e incluso invierte con pérdidas—, se debe concluir que su práctica comercial es desleal y afecta directamente a la libre competencia que debe regir el mercado⁷³⁷.

Cuando los agentes económicos actúan de forma desleal, con mayores ventajas en el proceso productivo —como es el caso del sujeto activo del delito en la fase de integración—, la consecuencia económica, es acaparar el mercado de los bienes y servicios donde se realiza esta inversión de dinero blanqueado; esto es así puesto que, con tal de hacer circular los capitales dentro de la economía lícita, el inversionista asume costos que deberían ser trasladados al consumidor final, con lo que puede ofertar sus productos a un menor precio que la competencia, la que actúa según lo dicte la oferta y la demanda. Esta acaparación del mercado, crea los monopolios de bienes y servicios, que imposibilitan una sana práctica comercial dentro del mercado, ya que como hemos explicado, los monopolios actúan unilateralmente en la oferta, demanda y correspondiente fijación de los precios de los productos, lo que imposibilita el desarrollo de la libre competencia en el mercado⁷³⁸.

De lo apuntado hasta ahora, se deduce que en la fase de integración⁷³⁹ del blanqueo de capitales, se vulnera directamente el bien jurídico libre competencia⁷⁴⁰.

⁷³⁷ En este sentido, BLANCO CORDERO, afirma que la libre competencia es un bien jurídico que se ve afectado directamente por las actividades e blanqueo de capitales. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 y ss.

⁷³⁸ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.8.

⁷³⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 216. quien especifica, que la lesión a la libre competencia se verifica de modo siquiera potencial en las primeras etapas del blanqueo y se concretiza en la fase de integración, pudiendo ser uno de los efectos más perjudiciales que produce el blanqueo de capitales, dentro del orden socioeconómico.

2.2.2.- Bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en la fase de integración.

a) *La estabilidad y solidez del sistema financiero.*

Otro interés vital para la sociedad, que se ve violentado por la fase de integración en el proceso de blanqueo de capitales, es el concerniente a la estabilidad y solidez del sistema financiero.

La reinversión de capitales ilícitos en los cauces e la economía formal, tendrá como instrumento —en la gran mayoría de los casos—, los actos jurídicos que pueden realizarse en el marco de las instituciones que forman el sistema financiero; esta afirmación se sustenta analizando los momentos de la integración de capitales ilícitos:

⁷⁴⁰ Dentro de la doctrina que considera a la libre competencia, como bien jurídicamente protegido por el delito de blanqueo de capitales, se encuentra entre otros: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 – 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 63 y 67; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “La política sobre drogas en España...”, *op. cit.*, p. 392; DEL MISMO AUTOR: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 612; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 216 – 229 y 238; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 – 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, Luís A. / TIEDEMANN, Klaus (comps.): *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla – La Mancha, 1994, p. 138; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 – 43; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines...”, *op. cit.*, pp. 438 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros...”, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: “Blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 144; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, p. 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 1419.

En un primer momento, el acto de inversión directa dentro de los cauces económicos, general mente se realizará en una institución financiera; no puede ser de otra forma puesto que, la normativa internacional se encuentra orientada en el sentido de prohibir las transacciones públicas o privadas con manejo de efectivo, luego entonces, para poder consumir el blanqueo de capitales, el sujeto activo del delito tendrá que valerse en la gran mayoría de los casos del sistema financiero⁷⁴¹.

Decíamos que la finalidad de la integración, es la adquisición de bienes y servicios que sean susceptibles de negociación en la economía formal⁷⁴²; lo cual repercute necesariamente en las instituciones que forman el sistema financiero, ya que las transacciones que se realicen teniendo como objeto los bienes y servicios, adquiridos con capital ilícito; deberán realizarse, según la política bancaria referida en el párrafo anterior, mediante transacciones financieras.

Esta última etapa del blanqueo de capitales, tiene como presupuesto que el los bienes de origen delictivo se han sometido a un proceso complejo —de colocación y/o conversión—, por el cual, es indetectable su procedencia y gozan de una falsa legalidad, susceptible de engañar a los agentes que intervengan en el proceso económico. Amparado en este escenario, el sujeto activo del delito puede actuar libremente sin temor a ser descubierto, con lo cual su actuación será la de un «empresario, o un hombre de negocios», que realiza transacciones comerciales dentro del mercado.

Cuando en esta etapa del blanqueo de capitales, no se tiene temor a ser descubierto, es por que las fases previas del delito han sido realizadas con éxito, y por que llegada la fase de integración, se cuenta con una amplia y suficiente estructura jurídica y financiera que permite consumir el blanqueo sin problema alguno.

Con estas características, el sujeto activo del delito reintegrará el capital ilícito a la economía formal, exclusivamente mediante medios

⁷⁴¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., p. 110.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 149.

lícitos, de lo contrario estaría «ensuciando» lo recién «limpiado». La manera legal de actuar en el comercio —salvo casos excepcionales—, será haciendo transacciones, instrumentadas por las instituciones que conforman al sistema financiero.

Suponiendo que se diera el poco probable caso de una actuación continuada en la integración, mediante la adquisición de bienes y servicios, que por sus características sean susceptibles de ser negociados en efectivo; llegará el punto, en que el sujeto activo del delito, nuevamente acumulará grandes cantidades de dinero en metálico, con las problemáticas señaladas cuando tratamos la etapa de colocación⁷⁴³; para evitar esto, y poder actuar libremente en el mercado, la fase de integración tiene como medio indispensable la actuación dentro del sistema financiero.

Es por lo anterior que la estabilidad y solidez del sistema financiero, como bien jurídico digno de tutela penal, se ve afectado inmediatamente en la fase de integración del blanqueo de capitales⁷⁴⁴. Y es que hacer circular capital —aparentemente legal— pero indefectiblemente ilícito, en las redes financieras, produce los efectos señalados de pérdida de confianza en la institución, la cual se verá afectada en sus principios fundamentales, con el correspondiente efecto desestabilizador del sistema financiero.

b) *La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.*

La naturaleza de los bienes que proceden de actos ilícitos, es precisamente una naturaleza ilícita, por más apariencia de legalidad;

⁷⁴³ *Vid. supra*, tema VI, A., 3., 2.1.-

⁷⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...”, *op. cit.*, p. 15, el autor apunta, que la fundamentación de la Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Descansa en la afectación que produce el blanqueo de capitales sobre la credibilidad del sistema financiero.

su origen será el crimen y por ende un vicio de ilicitud, que no puede ser confirmado o prescribir⁷⁴⁵.

La fase de integración, consumada con la inversión del objeto del delito, en bienes y servicios susceptibles de tráfico comercial, en la economía legal, implica una doble actuación jurídica, que vulnera el bien jurídico necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado:

Al momento de adquirirse bienes o servicios, con capitales ilícitos, se celebrarán los correspondientes actos jurídicos que por un lado tengan como objeto dichos bienes o servicios, pero por otro y como contraprestación, será objeto del contrato un capital con un vicio de ilicitud insubsanable; es decir, todo aquel acto jurídico que se celebre en la fase de reinversión de capitales, estará afectado de nulidad absoluta, como explicamos en su momento constituirá la nada jurídica, lo que es un grave problema para el tráfico comercial, puesto que afecta la certeza y seguridad jurídica de los contratantes de buena fe. Este consecuencia llevada al extremo y retrotrayéndola en el tiempo, es en extremo lesiva, a la seguridad jurídica que debe regir a los contratantes, ya que toda la cadena de actos que se celebraron en las primeras etapas del blanqueo, también se deberán destruir —una vez declarada la nulidad absoluta—, dejando sin efectos a todos los demás actos subsecuentes.

La segunda actuación jurídica que en la fase de integración violenta el bien jurídico que tratamos, se refiere a la actuación posterior y al destino que se le da a los bienes y servicios en los que se invirtió para reintegrar los capitales ilícitos; en efecto, los bienes y servicios que se adquirieran en la fase de integración, al momento de que se negocien en los cauces económicos formales, estarán igualmente viciados de una ineficacia del acto jurídico, consistente en la ilicitud del objeto, lo que producirá la nulidad de pleno derecho de cualquier negociación que sobre los mismos recaiga.

Esta tercera fase, es especialmente lesiva en cuanto a la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado⁷⁴⁶, ya que los actos

⁷⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general...*, op. cit., p. 656.

ejecutados en las etapas anteriores han desvirtuado el origen de los bienes que se negocian, con lo cual, la posición del tercero de buena fe, que actúa como contraparte en la fase de integración, se encuentra en un completo estado de ignorancia respecto del origen de los bienes con los que comercia, con lo que queda en un estado de indefensión y sin ninguna certeza en la seguridad de los actos que celebra. Si consideramos, que para la autoridad encargada de prevenir y sancionar el delito —con todo y los medios con los que cuenta para llevar a cabo su función—, es muy complicada la detección del origen delictual de los capitales en la fase de integración, debemos concluir, que para el particular resulta casi imposible conocer la procedencia de los bienes que negocia, siendo que su actuación se encuentra en el marco de la legalidad.

Atendiendo a lo dicho anteriormente, y tomando en consideración los medios empleados, la fase de integración del blanqueo de capitales, vulnerará directamente el bien jurídico, correspondiente al orden socioeconómico en sentido amplio, y caracterizado por la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Desde luego, siempre y cuando se celebre algún acto jurídico que implique la transmisión de algún derecho sobre los bienes que circulan en el mercado. Sobre éste bien jurídico *Vid.*: GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Curso de derecho penal español, parte especial*, Madrid, Edersa, 1992, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁷⁴⁷ Dentro de la doctrina que considera a la licitud de los bienes que circulan en el mercado, como bien jurídico tutelado por el blanqueo de capitales. *Vid.*: GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Curso de derecho penal español, parte especial*, Madrid, Edersa, 1992, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

C. DETERMINACIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS CON BASE EN EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.

Como se ha venido explicando, es una diversidad de intereses los que vulnera el blanqueo de capitales, lo cual permite deducir que estamos en presencia de un delito pluriofensivo en cuanto a los bienes jurídicos que protege; sin embargo, este argumento —como se ha explicado⁷⁴⁸—, solo sirve como concepto clasificatorio en un análisis meramente académico, pero en nada sirve para su tipificación, aplicación e interpretación, puesto que la exégesis de un juicio de tipicidad, jamás resistiría como argumentación, el que la conducta concreta del sujeto activo del delito viola «*muchos bienes jurídicos*».

Considero, que el delito de blanqueo de capitales puede y debe ser regulado desde el principio de lesividad, caracterizándolo como un delito contra el orden socioeconómico⁷⁴⁹. Tal criterio es sustentado con base en las siguientes argumentaciones:

⁷⁴⁸ Vid., supra tema VII., A., del presente trabajo.

⁷⁴⁹ En éste sentido, caracterizando como delito del orden socioeconómico al blanqueo de capitales: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 270 y 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 83 - 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, Carlos: "El blanqueo de capitales...", op. cit., p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, op. cit., pp. 61 - 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, op. cit., pp.14 y 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...", op. cit., pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: "Consideraciones de urgencia...", op. cit., pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 209 - 229; DEL MISMO AUTOR: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", op. cit., p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: "Aspectos básicos del delito de blanqueo...", op. cit., pp. 128 y 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales...", op. cit., pp. 194 - 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 36 - 43; GONZÁLEZ RUS, Juan J.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero" en COBO DEL ROSAL, Manuel: *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, España, 2005, p. 615 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN

En primer lugar, todas las fases del blanqueo de capitales, tienen la característica común —por los medios que en las mismas se emplean—, de ser violatorias en forma mediata, de bienes jurídicos instrumentales correspondientes al orden socioeconómico.

Por otro lado, si bien es cierto que la finalidad de las fases iniciales del blanqueo de capitales, es violatoria del bien jurídico Administración de Justicia⁷⁵⁰, también es cierto, que dicha finalidad

PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general...*, *op. cit.*, pp. 50 - 57 y 73; DEL MISMO AUTOR: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, pp. 294 - 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: "Receptación y figuras afines" en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 418 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: "Blanqueo de dinero y movimientos financieros", *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992, pp. 52 y ss.; SOTO NIETO, Francisco: "El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo", *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996, p. 1541; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, pp. 86 - 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: "Receptación y blanqueo de capitales" en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996, pp. 1418 y 1419.

⁷⁵⁰ *Vid.*, entre otros: ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82-85; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio...*, *op. cit.*, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 78 - 80; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 199; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999, p. 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *AP*, núm. 32, 1994, pp. 583 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, 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", *ADPCP*, T. XLVI, fasc. II, mayo - agosto 1993, pp. 585 y ss.; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 253-258; FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 127; DE LA MISMA AUTORA: "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *EPC*, XXI, 1998, p. 127; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales...", *op. cit.*, pp. 173 - 203; FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio: *El delito de lavado de dinero en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 172; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 32 - 35; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994,

es inmediata y se orienta a un fin último que vulnera el orden socioeconómico⁷⁵¹. Si analizamos el ejercicio de la acción final en el proceso de reciclaje de capitales, vemos que la violación del bien jurídico Administración de Justicia, solamente constituye un medio comisivo pero no por ello irrelevante, para la consecución de un fin último, el cual orienta la actuación de todo el proceso de blanqueo⁷⁵².

Por su clasificación atendiendo al principio de lesividad, las figuras delictivas pueden ser de ofensa simple o de ofensa compleja; los tipos de ofensa compleja, son aquellos que tienen como objeto de la ofensa más de un bien jurídico⁷⁵³; en tales casos, los códigos deberán ubicarlo en los títulos que respondan al bien jurídico prevaleciente, por la finalidad última del delito, lo que estaría en concordancia con el análisis del ejercicio de la acción final penalmente relevante. Tal es el caso del blanqueo de capitales, donde para su adecuada sistematización en el Código Penal, se deberá tener en cuenta el orden socioeconómico como criterio sistematizador, ya que como se explicará más adelante⁷⁵⁴, este orden se traduce en el bien jurídico preponderante para el lavado de dinero.

pp. 481 y 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 295.

⁷⁵¹ *Vid.*, entre otros: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 270 y 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 - 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, Carlos: "El blanqueo de capitales...", *op. cit.*, p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 61 - 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp.14 y 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...", *op. cit.*, pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: "Consideraciones de urgencia...", *op. cit.*, pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 209 - 229; DEL MISMO AUTOR: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", *op. cit.*, p. 106;

⁷⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 230.

⁷⁵³ NUÑEZ, Ricardo: *Manual de derecho penal, parte general*, 4ª ed., actualizada, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 145.

⁷⁵⁴ *Vid., infra*: tema X., B. Del presente trabajo.

No hay lugar a dudas que el delito de blanqueo de capitales es un delito que afecta el contenido del orden socioeconómico —tanto en sentido amplio como en sentido estricto—, al tipificarlo como tal, se estará englobando también al bien jurídico Administración de Justicia, puesto que este solamente es un bien jurídico vulnerado mediatamente y como consecuencia de la vulneración previa de bienes jurídicos correspondientes al orden socioeconómico. Como afirma BLANCO CORDERO, la caracterización del blanqueo como delito contra la Administración de Justicia, produciría una visión sesgada del ilícito, que se enfocaría en un aspecto muy puntual que no agota en su totalidad el fundamento de la lucha contra el blanqueo⁷⁵⁵.

Toda vez que en las diferentes etapas que forman el proceso de blanqueo de capitales, encontramos que ya sea por los medios empleados o por la finalidad última del delito, subyacen como vulnerados, los principios que conforman el orden socioeconómico, concluyo que el orden socioeconómico, debe servir como criterio de conceptualización y sistematización del delito de lavado de dinero⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁷⁵⁶ Reforzando la interpretación del blanqueo de capitales, como delito contra el orden socioeconómico BLANCO CORDERO dice: No existe, en lo que alcanzo a ver, ningún estudio suficientemente reconocido que cuestione los realizados por QUIRK, TANZI y más recientemente por UNGER Y WALKER. Y desde luego que los efectos microeconómicos del blanqueo, especialmente el menoscabo de la competencia, si que han quedado acreditados. En definitiva, a falta de otros estudios especializados procedentes de la rama económica, podemos seguir manteniendo nuestra postura sobre el bien jurídico protegido, y que menoscaba el blanqueo de capitales." Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012, p. 235.

CUARTA PARTE
BLANQUEO DE CAPITALS Y PRINCIPIO DE
LESIVIDAD. ANALISIS DEL DELITO EN EL
ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

IX. CONSTANTE INDETERMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

El blanqueo de capitales, desde su aparición en el orden punitivo español⁷⁵⁷, ha sido una figura delictiva que se ha construido paulatinamente a golpe de Tratados Internacionales⁷⁵⁸, jurisprudencia⁷⁵⁹ y doctrina⁷⁶⁰, lo que se ha reflejado en el Código penal desde su primera regulación a las subsecuentes reformas⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ La primera regulación en materia penal del hoy delito de blanqueo de capitales, fue por virtud de la LO 1/1988 de 24 de marzo.

⁷⁵⁸ La introducción del delito en el ordenamiento penal español, así como las sucesivas reformas que ha experimentado el blanqueo de capitales, han sido justificadas por el legislador con el argumento de que España debía cumplir los compromisos internacionales que había suscrito. *Vid.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 150; Para un estudio completo sobre la influencia de la normativa internacional sobre blanqueo de capitales, en el orden jurídico español, *Vid.*: ABEL SOUTO, Miguel: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Tesis Doctoral, Facultade de Dereito Universidade de Santiago de Compostela, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com, *passim*.

⁷⁵⁹ *Vid.*: La muy amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo; Así mismo, refiriéndola a las diferentes categorías del ilícito penal, *Vid.*: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 363 – 484.

⁷⁶⁰ Además de los diversos Tratados de Parte Especial y artículos especializados sobre la materia, por todos *Vid.*: ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, *passim*; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, *passim*; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE...”, *op. cit.*, p. 1999 y ss.; BAJO FERNANDEZ, Miguel: “Política criminal y reforma penal. Delitos

No obstante las muy variadas y nutridas fuentes, que han estudiado al blanqueo de capitales, encontramos que la constante en la evolución del delito, es la indeterminación del principio de lesividad que el delito debiera cumplir⁷⁶². Esta falta de certeza sobre la protección específica del tipo penal, vulnera en su aplicación derechos fundamentales de los gobernados y acarrea serios problemas al intérprete, que tratándose del juzgador, queda constreñido a la literalidad de un texto legal que no cumple con uno de los principios fundamentales del *ius puniendi*.

Tal problemática se pone de manifiesto, cuando vemos lo variopinto de los criterios que el Tribunal Supremo ha adoptado al tratar el tema, pero siempre sin dar uno que sea definitivo sobre el bien

patrimoniales económicos” en AA. VV.: *Política criminal y reforma penal...*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; DEL MISMO AUTOR: “Derecho penal económico...”, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, *passim*; BLANCO LOZANO, C: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas pp. 55 y ss.; CALDERÓN CEREZEO, Ángel: “Análisis sustantivo del delito...”, *op. cit.*, pp. 271 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, *passim*; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 583 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...”, *op. cit.*, pp. 585 y ss.; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, *passim*; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995...”, *op. cit.* pp. 127 y ss.; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, *passim*; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido...*, *op. cit.*, pp. 481 y ss.; MOLINA FENRÁNDEZ, Fernando: “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?...”, *op. cit.*, pp. 116 y ss.; MOLINA MANSILLA, María del C.: “El delito básico de blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, C. J.: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena...”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁶¹ En materia Administrativa: la Ley 19/1993 tiene origen en la Directiva 91/308/CEE mientras que la normativa referente al actuar ético y profesional del sector bancario, tiene origen en la Declaración de Principios de Basilea; y por lo que hace a la materia Penal: la legislación española se ha visto influenciada por la Convención de Viena de 1988, así como por el Convenio del Consejo de Europa de 1990 y las recomendaciones del GAFI. Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 150.

⁷⁶² *Vid. supra*, tema VII. del presente trabajo.

jurídico que protege el blanqueo de capitales. En tal sentido podemos mencionar la STS 924/2005, de 17 de junio donde se alude al orden socioeconómico pero solo como criterio de sistemática del delito en la Parte Especial del Código, pero es omiso en cuanto al interés susceptible de protección jurídico penal; dicha sentencia textualmente menciona:

“La nueva figura del blanqueo de capitales se encuadra dentro de la amplia gama de delitos contra el orden socioeconómico y bajo la rúbrica concreta de la receptación y otras conductas afines. En las figuras de ayuda o colaboración con los delincuentes para que se aprovechen de los efectos y los beneficios de los delitos, las antiguas modalidades del encubrimiento y de la receptación, necesitaban de una reetiquetación o actualización a la luz de los nuevos fenómenos de la delincuencia organizada. La generación de ingentes cantidades de dinero pueden, incluso poner en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de los fenómenos generalizados de corrupción.”⁷⁶³.

Esta indeterminación del bien jurídico que protege el delito de blanqueo de capitales, ha limitado el criterio del juzgador a considerar que estamos en presencia de un ilícito penal cuya única finalidad es el combate al tráfico de drogas, en tal sentido la STS 483/2007, de 4 de junio, menciona:

“Como esta Sala ha dicho en Sentencias 266/2005, de 1-3; 202/2006, de 2-3, y 506/2006, de 10-5, remitiéndose a las sentencias 649/1996, de 7-12; 356/1999, de 15-4, y 1637/2000, de 10-1, entre otras, el art. 546 bis.f), antecedente del actual art. 301 CP 1995, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1988, de 24 de marzo, “con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”, pretendiendo “incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos.”⁷⁶⁴.

Ahora bien, considero que con el estudio que hasta el momento se ha realizado, doy respuesta, a cuáles son los intereses dignos de tutela mediante el blanqueo de capitales; sin embargo, considero que la utilidad práctica de dicho estudio, solo puede alcanzarse con el análisis de la figura delictiva en el positivismo normativista desde el criterio dado, es decir, mediante el análisis del tipo penal concreto desde un principio de lesividad cierto y determinado.

⁷⁶³ STS 924/2005, de 17 de junio.

⁷⁶⁴ STS 483/2007, de 4 de junio.

Así, en el presente apartado expondré de manera sucinta la evolución histórica del delito en el orden jurídico español, haciendo énfasis en la sistemática vulneración que al principio de necesidad se ha hecho con las diversas tipificaciones, lo que permitirá tener una panorámica completa de este fenómeno delictivo. Posteriormente analizaré —y siempre desde nuestro criterio sobre el bien jurídico en el blanqueo de capitales—, las diferentes categorías del delito en las que incide el principio de lesividad; esto, con la finalidad de aportar una solución a la problemática que sobre este tema se ha generado desde hace más de dos décadas en que se tipificó por vez primera el delito, en el ordenamiento punitivo español.

A. INDETERMINACIÓN LEGAL.

1.- La Ley Orgánica 1/1998 de 24 de marzo.

La primera vez que el ordenamiento penal español reguló el hoy delito de blanqueo de capitales⁷⁶⁵, lo hizo mediante la LO 1/1998 de 24 de marzo⁷⁶⁶, regulación que estuvo inspirada en los últimos borradores de la Convención de Viena⁷⁶⁷ —aunque ésta haya sido no

⁷⁶⁵ “Naturalmente, ello no significa que en España hasta 1988 resultasen impunes todas las conductas de blanqueo, puesto que con el fin de castigar algunos de dichos comportamientos podía acudir al encubrimiento y a la receptación. No obstante, la regulación de ambas figuras delictivas se reveló insuficiente (sic) para contrarrestar el proceso que nos ocupa”. Cfr.: 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, año II, 2005, p.2.

⁷⁶⁶ LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE núm. 74, 26 de marzo de 1988.

⁷⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p. 590.

solo aprobada, sino ratificada por España meses después⁷⁶⁸—. En dicho contexto se adicionó —dentro de los «delitos contra la propiedad» del Capítulo VII, Título XII del anterior CP—, el artículo 546 bis f)⁷⁶⁹ como medida para tipificar y castigar novedosamente el blanqueo de los beneficios económicos derivados del tráfico de drogas.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ El primer fundamento penal del blanqueo de capitales en el Código penal español, es de 24 de marzo de 1998, mientras que la Convención de Viena fue aprobada el 19 de diciembre de 1998, y ratificada por España hasta el 30 de junio de 1990, publicada en el BOE de 10 de noviembre de 1990 y en vigor desde el 11 de noviembre de 1990. De ahí que DÍEZ RIPOLLES calificara al delito como “hijo aventajado, cuando menos en el tiempo” de la Convención de Viena. *Vid.*: DÍEZ RIPOLLES, José L.: “Alternativas a la actual legislación sobre drogas” en *CPC*, núm. 46, Edersa, Madrid, 1992. p. 596. DEL MISMO AUTOR: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p.450, donde considera que dicha reforma se debió al afán de obtener la aprobación internacional, evitando las críticas de los foros supranacionales sobre la política española en materia de drogas, que por ejemplo no penaba el consumo.

⁷⁶⁹ “Art. 546 bis f): EL que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para si o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código.”

⁷⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p. 590; La propia exposición de motivos de la LO 1/1998 menciona que el objetivo de dicha reforma era “hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”.

El artículo 546 bis f) introdujo una modalidad específica de receptación⁷⁷¹, que aunque en su momento supuso una importante novedad⁷⁷² y para SILVA SÁNCHEZ constituyó una de las aportaciones más significativas de la reforma⁷⁷³, en la práctica no produjo demasiados efectos⁷⁷⁴.

La primera regulación que supuso el blanqueo, causó diversas reacciones en la doctrina, un sector destacó los «aciertos de la reforma», en tal sentido ARÁNGUEZ, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS menciona que la regulación que se hizo fue superior a la regulación de la Convención de Viena⁷⁷⁵, por los siguientes argumentos: “a)

⁷⁷¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en *La Ley*, año XXXI, núm. 7535, lunes 27 de diciembre de 2010, p. 1.

⁷⁷² Para estudio completo sobre las innovaciones de la LO1/1998, en materia de blanqueo, *Vid.*: LORENZO SALGADO, José M., “En torno a alguna de las innovaciones de la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas”, en *Drogodependencias y sociedad*, Serie de estudios sectoriales 2, Fundación Caixa Galicia, Imparesa, Santiago de Compostela, 1990, pp. 222 y ss.

⁷⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M.: “La receptación específica”; en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal...*, *op. cit.*, p. 479.

⁷⁷⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español...”, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁷⁵ La regulación que del delito hizo la Convención de Viena textualmente dice: “Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con 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 acciones;

ii) 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

renuncia a la autonomía del blanqueo, vinculándolo a la receptación, b) elimina el exagerado casuismo de la propuesta internacional, c) mejora técnicamente la conducta de la receptación al admitir la sustitución del objeto y el aprovechamiento para tercero, y d) deja fuera del ámbito de este precepto los supuestos de favorecimiento real, más cercanos al encubrimiento”.⁷⁷⁶

Siguiendo con los pretendidos aciertos que supuso la LO 1/1998, ABEL SOUTO sostiene que el artículo 546 bis f), no incorporó —por ser inadmisibles en el ordenamiento español—, la obligación dada por la Convención de Viena de incriminar autónomamente los actos preparatorios de la receptación y el favorecimiento real, las formas imperfectas de ejecución y grados de participación, así como tampoco se tipificó el tráfico de precursores, mero acto preparatorio del tráfico de drogas; estas razones sirvieron a la doctrina para acoger favorablemente el precepto citado, ya que se celebraba su progreso técnico-jurídico frente a las inacabables propuestas de los organismos internacionales.⁷⁷⁷

Con todo, el planteamiento que hizo el entonces legislador español fue erróneo, por que tanto el delito de receptación como el de encubrimiento son una cosa, mientras que el delito de blanqueo es

tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) 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 inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.”

⁷⁷⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 158.

⁷⁷⁷ ABEL SOUTO, Miguel: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero...*, op. cit., p. 264 y 265.

otra, muy distinta⁷⁷⁸, este es el argumento principal para que la doctrina de la época hiciera serias críticas a la regulación del lavado de dinero⁷⁷⁹. Por lo que interesa a nuestro estudio, centraré la crítica del artículo 546 bis f), en la violación que dicho precepto hacía del principio de lesividad, al pretender regular el blanqueo de capitales.

En prime lugar, la poco afortunada —por lo que respecta al blanqueo de capitales—, LO 1/1998 insertó dentro del Capítulo destinado al encubrimiento con ánimo de lucro y a la receptación⁷⁸⁰, un delito que no coincidía con el bien jurídico tutelado por el Capítulo correspondiente, así el delito fue destinado a engrosar el catálogo de los «delitos contra la propiedad», quedando incrustado en el Capítulo VII, Título XII del anterior CP⁷⁸¹. A nuestro entender, esta violación de la función sistemática del bien jurídico, es resultado del desconocimiento del o los intereses que se pretendían proteger. En efecto, como dice ARÁNGUEZ, si se considera que el principal bien jurídico tutelado por la receptación es el patrimonio —así como otros bienes que se comprometen eventualmente como la Administración de Justicia—, y que por lo mismo resulta esencial para este delito el mantenimiento de una situación patrimonial antijurídica, se debe concluir que el artículo 546 bis f) no comparte dicho bien jurídico, puesto que según la reforma, el único delito que le puede servir de base es el tráfico de drogas que resulta imposible sostener que se trata de un delito patrimonial⁷⁸².

La ubicación del delito⁷⁸³, así como los argumentos de la exposición de motivos⁷⁸⁴ y la propia descripción típica del artículo, crearon una

⁷⁷⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español...”, *op. cit.*, p.2.

⁷⁷⁹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación...*, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁸⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 257.

⁷⁸¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁸² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 158.

⁷⁸³ Ciertamente es que también se justificó la ubicación argumentando las semejanzas externas entre la receptación y el blanqueo de dinero, así como por no encontrarse

confusión —que al día de hoy subsiste— respecto de los bienes jurídicos que se pretendía proteger con el multicitado 546 bis f). Así una parte de la doctrina por considerarlo una especie de receptación, sostuvo que se trataba de un delito contra la Administración de Justicia; mientras que para otros, apegados a una estricta legalidad consideraban que el delito compartía el bien jurídico protegido por el del tráfico de drogas⁷⁸⁵.

De esta primera regulación que del blanqueo de capitales se hizo en el ordenamiento punitivo español, debemos destacar que la incertidumbre que ha permeado al delito hasta nuestros días —en cuanto los intereses jurídicos que se pretenden proteger—, en gran parte se debe a aquella frase del legislador de la época, que en la exposición de motivos, consideró que el lavado de dinero se buscaba la actuación del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas. Es cierto que la doctrina superado esta postura y ha hecho énfasis en el estudio del bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales⁷⁸⁶, abriendo un debate que a más de veinte años sigue inconcluso; pero también es cierto —y llama especialmente la atención—, que la generalidad de las causas penales sobre blanqueo conocidas por los Tribunales, tienen como antecedente el tráfico de estupefacientes⁷⁸⁷, con todo y que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la evolución legislativa del ilícito, en el sentido de considerar que no solo el tráfico de

un «lugar más idóneo». *Vid.*: DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p. 590.

⁷⁸⁴ Recordemos que la propia exposición de motivos de la LO 1/1998 textualmente mencionaba que la reforma se realizaba "con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas"

⁷⁸⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁸⁶ En obvio de repeticiones *Vid. supra*: tema VII. del presente trabajo.

⁷⁸⁷ Sin ser exhaustivos, *vr.gr.*: STS 356/1998, de 15 de abril; STS 1704/2001, de 29 de septiembre; STS 1842/1999, de 28 de diciembre; STS 483/2007, de 4 de junio; STS 1113/2004, de 9 de octubre; STS 483/2007, de 4 de junio; STS 1293/2001, de 28 de julio; STS 2410/2001, de 18 de diciembre; STS 483/2007, de 4 de junio; STS 1504/2003, de 25 de febrero; STS 1293/2001, de 28 de julio.

drogas sino una pluralidad de conductas, pueden ser consideradas como delito previo en el blanqueo de capitales, en este sentido la STS 2410/2001, de 18 de diciembre que dice:

“Como recuerdan las Sentencias núm. 649/1996, de 7 de diciembre (“Caso Nécora”), núm. 356/1998, de 15 de abril y núm. 1637/2000, de 10 de enero, entre otras, el art. 546 bis f), antecedente del actual art. 301 del CP 95, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1988 de 24 de marzo, “con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”, pretendiendo “incriminar esas conductas que viene denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos.

La técnica inicialmente adoptada por el legislador fue la de adaptar el delito de receptación, que ya aparecía definido en el art. 546 bis a), a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los arts. 344 a 344 bis b), con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo a favor del sujeto activo de la infracción (“para sí”, decía el art. 546 bis a), sino también en beneficio de un tercero receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse.

Esta voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el art. 546 bis f) (Sentencias de 4 de septiembre de 1991, de 5 de octubre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 16 de junio de 1993, 21 de septiembre de 1994 y 28 de octubre de 1994), ofrece un criterio de amplitud en la interpretación de esta norma penal, que debe ser aplicado, en cualquier caso, dentro de los límites que impone el respeto al principio de legalidad.

Esta inicial punición del blanqueo seguía la tendencia internacional y, entre otras, las Recomendaciones del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980 y del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 1996. Asimismo, tras la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, cuyo art. 3.º imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente del narcotráfico se incorporaron los arts. 344 bis h) e i). Y, tras la Convención del Consejo de Europa de 9 de noviembre de 1990, se amplía la tipología de delitos de los que puede provenir el dinero ilícito (siguiendo asimismo la Directiva 91/308 del Consejo UE), dando lugar a los actuales arts. 301 a 304 del Código Penal de 1995.

Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de derecho interno tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base

o delito de origen (aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.⁷⁸⁸

2.- La Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre.

Ratificada por España la Convención de Viena⁷⁸⁹, el nuevo intento del Legislador por regular el blanqueo de capitales lo constituyó la LO 8/1992 de 23 de diciembre⁷⁹⁰, por virtud de la cual se reformó el anterior Código Penal y como afirman BERDUGO y FABIÁN CAPARRÓS, dichas reformas determinaron la evolución legislativas del delito hasta la fecha, ya que se quiso adaptar el sistema penal español al programa político-criminal planteado por dicho Tratado Internacional⁷⁹¹; en dicho contexto se adicionaron al texto punitivo los artículos 344 bis h)⁷⁹² y 344 bis i)⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Sentencia citada por: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, *op. cit.*, pp. 367 y 368, donde se señala que en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal supremo con la STS 483/2007, de 4 de junio.

⁷⁸⁹ Ratificada por España el 30 de junio de 1990; publicada en el BOE de 10 de noviembre de 1990 y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1990.

⁷⁹⁰ LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE núm. 308, 24 de diciembre de 1992.

⁷⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.2. La propia exposición de motivos de la LO 8/1992 de 23 de diciembre, menciona que la reforma tiene como objeto “cumplir con los plazos previstos en la Convención de Viena de 1988.”.

⁷⁹² “Art. 344 bis h): 1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que

Como puede observarse la nueva regulación del delito introducida por la reforma de 1992, consistió básicamente en la copia de los incisos b) y c) del artículo 3, 1, de la Convención de Viena⁷⁹⁴. Esta labor del legislador, fue duramente criticada, puesto que prácticamente reprodujo el contenido del documento de Naciones Unidas, ignorando que la redacción de los Tratados Internacionales se realiza de forma tal, que se enumeran hechos y actos que en ocasiones se yuxtaponen o son reiterativos, pero dicha técnica obedece a que los sistemas jurídicos de las partes contratantes, puedan incorporar a su sistema jurídico las obligaciones asumidas en los Tratados, respetando los principios constitucionales y la técnica jurídica que se emplea en su derecho interno⁷⁹⁵.

participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.

3. Si los hechos se realizaren por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.”

⁷⁹³ “Art. 344 bis i): El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos de que los mismos proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas”

⁷⁹⁴ El texto del artículo 3.1, incisos b) y c), de la Convención de Viena, ha sido transcrito en la correspondiente nota al pie, del tema IX. A. 1.- del presente trabajo.

⁷⁹⁵ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 266 y 267; En este sentido, afirma Aránguez que “Como puede observarse, el precepto transcrito abusa a la hora de enumerar las conductas, recogiendo una larguísima lista de verbos típicos que dificultan la interpretación del mismo. Esto se debe, en opinión de Langón Cuñarro, a la voluntad de «elaborar un texto aceptable por las distintas culturas y tradiciones, de modo que cada legislador pueda tomar los elementos que sean más acordes con su propio sistema». Por esto han errado todos aquellos legisladores internos que, como el nuestro, se hayan limitado a trasladar este precepto a su Ordenamiento, sin realizar la necesaria

En tal sentido para DÍEZ RIPOLLÉS la reforma de 1992 cambió la política criminal española respecto del tráfico de drogas, con una absoluta renuncia a la utilización de conceptos jurídicos del ordenamiento interno o incluso del ámbito jurídico europeo, con el afán de responder a las exigencias internacionales; en tal sentido la transcripción prácticamente literal de los preceptos de Viena, plasmados en los artículos 344 bis h) e i), constituyen un verdadero proceso de «colonización jurídica»⁷⁹⁶.

Ahora bien, si ya evidencia una gran falta de técnica legislativa la transcripción de los preceptos contenidos en un Tratado Internacional, resulta más grave la equivocación en la copia⁷⁹⁷, y esto ocurrió con la LO 8/1992, ya que “mientras el art. 3.1.b) de la Convención de Naciones Unidas de 1998 describe como única conducta punible «la conversión o transferencia de bienes» a sabiendas de que proceden de un delito de tráfico de drogas o precursores, «o de un acto de participación en tales delitos», el párrafo primero del art. 344 bis. h)... incluía como conducta típica no sólo la conversión o transferencia de bienes, sino también la realización de «actos de participación en los delitos de los que proceden tales bienes», con lo cual sancionaba inexplicablemente conductas que ya estaban contenidas en el art. 344”.⁷⁹⁸

El legislador de la época, pretendió entonces dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por España, en tal sentido, el objetivo de la reforma fue la introducción en el sistema penal, de las últimas tendencias marcadas por Naciones Unidas⁷⁹⁹; pero esta

adaptación». Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 601 y 602.

⁷⁹⁷ “Raramente se apartan los redactores de la reforma del modelo vienés, pero las veces que ello sucede mejor les hubiese sido ceñirse a la tarea de fieles copistas, por indeseable que sea”. Cfr.: ABEL SOUTO, Miguel: “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo...”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁹⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 585 y 586.

pretensión no constituyó innovación alguna, puesto que como se ha dicho, la LO 1/1988 introdujo el artículo 546 bis f) que tenía el mismo objetivo y que se basó en los trabajos preparatorios de la misma Convención que inspiró la reforma de 1992⁸⁰⁰.

Más aún, la reforma de 1992, incomprensiblemente no derogó del Código el anterior artículo 546 bis f), con lo que generó una doble regulación de la misma materia, en diversas partes del ordenamiento penal —una en los delitos contra la propiedad, mientras que la otra en los delitos contra la salud pública—, pero ambas regulaciones versaban sobre los bienes derivados del tráfico de drogas⁸⁰¹; situación normativa que creó un galimatías jurídico, al violentarse los principios de taxatividad y determinación, que por imperativo del principio de legalidad deben contener los tipos penales.⁸⁰²

Ante las numerosas voces críticas contra esta regulación ⁸⁰³, debemos destacar, lo que constituyó un avance en el blanqueo de

⁸⁰⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁰¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.2.

⁸⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p. 602. Ya que como señala el autor, con la creación *ex novo* de dos artículos, aunado al olvido de la derogación de la anterior regulación —que incluía la mayoría de los supuestos de la nueva—, producía un grave problema en la aplicación de normativa. Respecto de esta doble regulación, Aránguez menciona que: “estuvieron doblemente incriminadas desde ese año hasta la entrada en vigor del Cp de 1995. La doctrina consideraba que se trataba de un concurso aparente de leyes penales, y puesto que ni la especialidad ni la alternatividad ofrecían una solución clara a tal conflicto, se optaba por acudir a los arts. 344 bis h) o i) ACp, tan sólo en base al principio de modernidad de las normas únicamente por haber sido introducidas posteriormente en el Código”. Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁰³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...” *op. cit.*, p.2; En el mismo sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 165, quien señala lo paradójico de la reforma de 1992, ya que aunque fue duramente criticada en su momento, a la larga, ha sido la reforma que más ha influido a las posteriores regulaciones del delito de blanqueo de capitales.

capitales, ya que aunque se trataba de una normativa orientada a “combatir la infraestructura financiera de la industria de la droga”⁸⁰⁴, incluyó la incriminación de la comisión culposa del delito⁸⁰⁵; además de modificar la responsabilidad económica del blanqueador, señalando como pena accesoria el comiso y regulando la prelación con la que el condenado por el delito cumpliría con las obligaciones pecuniarias de la sentencia⁸⁰⁶.

Con sus aciertos y mayoritarios desaciertos —que han influenciado las posteriores regulaciones del delito⁸⁰⁷—, la LO 8/1992 de 23 de diciembre nada aportó a la determinación del bien jurídico

-
- ⁸⁰⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 161.
- ⁸⁰⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 164, quien observa que esta tipificación del delito es una de las novedades más destacables de la reforma, que inició la tradición de punir la imprudencia en el blanqueo —tradición conservada hasta ahora—, y que la admisión de la imprudencia se debe a “una enmienda transaccional en el debate de la sesión plenaria celebrada en el Congreso, que más tarde constituiría el párrafo tercero del art. 344 bis h)”, lo cual contrastaba con la política criminal de la época, de no punir la imprudencia en los delitos relativos al tráfico de drogas; Díez Ripollés señala que la fidelidad a la Convención de Viena solamente se ve rota, por la ampliación en el ámbito punitivo, ya que el artículo 344 bis h), incluía conductas imprudentes de blanqueo. *Vid.*: DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, p. 602; En el mismo sentido: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 607.
- ⁸⁰⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, p. 588. Quien señala tales consecuencias de la reforma de 1992, al modificarse el entonces artículo 344 bis e) relativo al comiso, y añadirse al Código un nuevo artículo 344 bis k) que contenía la prelación en el cumplimiento de las obligaciones del condenado por el delito.
- ⁸⁰⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.2. Los cuales señalan que “tanto el Proyecto de Código Penal de 1992 como, finalmente, la LO 10/1995, asumieron buena parte de los criterios que guiaron la reforma de 1992. Solo refiriéndonos a la redacción original del Código Penal hoy vigente, aunque su art. 301 trascendió más allá del ámbito del narcotráfico —castigando el blanqueo respecto de los bienes derivados de cualquier «delito grave»—, mantuvo una redacción prácticamente idéntica, reincidiendo en el plagio de la Convención de Viena y, lo que es peor, incorporándose en el Libro II al Capítulo XIV del amplio Título XIII bajo la denominación de «conducta afín a la receptación»; En el mismo sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 160 y 165.

protegido por el delito de blanqueo de capitales, por el contrario, al insistir en la vinculación del delito al tráfico de drogas⁸⁰⁸, considero que el legislador de la época contribuyó a la problemática de la indeterminación sobre los intereses que protege el delito, ya que por imperativo legal vinculó el blanqueo de capitales al tráfico de drogas, con lo que parecía que el lavado de activos carecía de una autonomía que lo relacionara con bienes jurídicos propios dignos de tutela penal.

3.- El Código Penal de 1995.

La LO 10/1995 de 23 de noviembre, creo un nuevo Código Penal⁸⁰⁹, e incluyó al delito que nos ocupa dentro del Libro II, Título XIII, Capítulo XIV, denominado «*de la receptación y otras conductas afines*», así, como conducta afín a la receptación, se tipificó el hoy blanqueo de capitales en los numerales 301 a 304⁸¹⁰ del mencionado ordenamiento legal.

Como señala ABEL SOUTO, en una comparación entre el artículo 301 del Código de 1995 y la regulación del blanqueo en el Código derogado, la modificación de especial trascendencia que se observa,

⁸⁰⁸ Lo cual resulta evidente desde el nombre de la Ley: «*de modificación del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas*», así como por su exposición de motivos, su ubicación dentro del Código, el contenido concreto de los tipos penales y la Jurisprudencia de los Tribunales; sirva de ejemplo la STS 2410/2001, de 18 de diciembre, así como la STS 1034/2005, de 14 de septiembre la cual menciona que: “La reforma realizada mediante la LO 8/1992, de 23 de diciembre, que, a su vez, incorporó al Código las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 10-12-1988, y de la Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (arts. 34 bis h y 344 bis i, CP 1973) mantuvieron el mismo referente, es decir, el tráfico ilícito de drogas y los beneficios obtenidos por ese medio delictivo”.

⁸⁰⁹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm., 281, 24 de noviembre de 1995.

⁸¹⁰ Para consultar la regulación original del delito en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, así como las sucesivas reformas. *Vid., infra*: Anexo I.- del presente trabajo.

es que el nuevo Código extiende la punibilidad a cualquier delito grave como hecho previo del blanqueo⁸¹¹.

Continuando con las comparaciones entre ambos Códigos, se debe resaltar la semejanza entre el artículo 344 bis h) del Código derogado y el 301 del Código de 1995; lo que permite deducir que lo que ha operado en el nuevo ordenamiento no es un estudio del delito para su posterior tipificación, sino un estudio de técnica legislativa con la que se depuraron los errores de copia así como la muy problemática doble regulación de una misma conducta; pero con todo, el Código Penal de 1995 continúa teniendo como eje rector en la regulación del delito, los preceptos de la Convención de Viena, con lo cual, la influencia del texto Internacional, lejos de atenuarse con el tiempo, se ha fortalecido⁸¹². Esta subordinación del texto legal al Convenio Internacional, es duramente criticado por ABEL SOUTO, quien menciona que la regulación del blanqueo continúa con la vaguedad de los instrumentos supraestatales y con un casuismo anglosajón, que produce una imprecisión jurídica que afecta los principios fundamentales del ordenamiento español⁸¹³.

En lo referente al bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales, la descripción típica en el Código de 1995, no constituyó un gran aporte para determinar los intereses que el delito pretendía proteger; por el contrario los defectos en la regulación —señalados líneas arriba y especialmente su catalogación como conducta afín a la receptación—, forzaron la construcción de una figura que con grandes dificultades encajaba en el sistema y que, por su dependencia con el delito previo, se afectaba por un lado su

⁸¹¹ ABEL SOUTO, Miguel: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero...*, op. cit., p. 278.

⁸¹² ABEL SOUTO, Miguel: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero...*, op. cit., p. 278; En el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La «emancipación»...", op. cit., p.2.

⁸¹³ ABEL SOUTO, Miguel: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero...*, op. cit., p. 279.

autonomía y desde la óptica del injusto se ignoraba completamente la sustantividad propia de su contenido material⁸¹⁴.

El único aporte que se pudiera rescatar de esta tipificación, en cuanto a la protección del delito, resulta de una exégesis forzada que remite al título concreto en el que se introdujo el lavado de dinero; en efecto, ha quedado claro que el delito que nos ocupa es una cosa muy diferente a la receptación —incluso en un grado de afinidad—, pero también hemos sostenido que estamos en presencia de un delito contra el orden socioeconómico, en tal sentido cuando el Título XIII del Libro II del Código de 1995 se denominó «*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*», reguló ampliamente los ilícitos penales contra dicho orden, con lo que se pudiera encontrar, un muy vago criterio que sirva para comprender la lesividad del ilícito.

Desde luego, y tal como se ha fundamentado en el Capítulo precedente del presente trabajo⁸¹⁵, por la pluriofensividad que representa el blanqueo de capitales, no se trata de un delito que en exclusiva afecte el orden socioeconómico, sin embargo y solo como criterio clasificatorio, recordemos que las figuras delictivas pueden clasificarse en tipos de ofensa simple y de ofensa compleja. “Al tipo de ofensa compleja le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien jurídico que el legislador considera prevaleciente”⁸¹⁶.

Con todo, una referencia tan lejana al orden socioeconómico, que además se encuentra en flagrante conflicto con la denominación del ilícito —conducta afín a la receptación—, impide la taxatividad y determinación necesarias por exigencia del principio de lesividad. Razones por las cuales considero que la LO 10/1995 de 23 de noviembre, no constituyó un criterio efectivo para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales.

⁸¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.2.

⁸¹⁵ *Vid. supra*: título VIII., C. del presente trabajo.

⁸¹⁶ NUÑEZ, Ricardo: *Manual de derecho penal, parte general...*, *op. cit.*, p. 145

3.1.- La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La evolución legislativa del delito, prosiguió con la LO 15/2003 de 25 de noviembre⁸¹⁷, por la que se reformó la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

La reforma de 2003, afectó la regulación sobre el blanqueo de capitales, ya que modificó el apartado 1 y añadió un apartado 5 dentro artículo 301⁸¹⁸, así como también modificó el artículo 302⁸¹⁹, ambos del Código Penal. De una panorámica general sobre la LO 15/2003 de 25 de noviembre, y toda vez que se continúa con la corriente legislativa que se remonta a la transcripción de la Convención de Viena, le son aplicables las mismas críticas que al analizar las anteriores regulaciones he vertido.

Ahora bien, por lo que al estudio interesa, dentro de las reformas que se analizan, se observa que el ámbito de aplicación del delito se extendió, de los bienes que procedían de «*un delito grave*» a los que solamente procedan de «*un delito*»⁸²⁰; considero que tal regulación tiene trascendencia en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales, ya que:

En primer lugar, desvincular al lavado de activos de un delito determinante grave, sirve para alejar al ilícito, de la vinculación a los delitos sobre drogas; es decir, es un comienzo normativo, para

⁸¹⁷ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, 26 de noviembre de 2003.

⁸¹⁸ Para consultar la evolución del delito en el CP y la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, operada sobre el art. 301. *Vid., infra*: Anexo I.- del presente trabajo.

⁸¹⁹ Para consultar la evolución del delito en el CP y la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, operada sobre el art. 302. *Vid., infra*: Anexo I.- del presente trabajo.

⁸²⁰ “El Código de 1995, amplió los tipos hasta comprender cualquier delito "grave", lo que suponía una cierta limitación que ha desaparecido con la LO 15/2003, que amplía el blanqueo punible a cualquier delito, cualquiera que sea su gravedad” Cfr.: COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.): *Derecho penal español, parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p.622.

rompe aquella tradición que comenzó con el poco afortunado 546 bis f) del anterior Código.

Por otro lado, extender el ámbito de aplicación a los bienes procedentes de cualquier delito, permite reafirmar la sustantividad propia del blanqueo, ya que se reconoce que son cosas diversas el delito previo y delito de reciclaje de activos, y esto solo puede ser así, si se reconoce que estamos en presencia de una conducta que protege bienes jurídicos propios e independientemente de los ilícitos penales que le hayan dado origen.

El otro tópico sobre el cual versó la reforma de 2003, fue sobre la modificación que se hizo a la punición del delito, sobre el particular, llama la atención que aunque la exposición de motivos de la reforma, nada dice en específico del blanqueo de capitales, si utiliza una fórmula genérica para motivar la nueva regulación, y lo hace en los siguientes términos.

“Por lo que se refiere a la reforma de la parte especial del Código Penal, las modificaciones pueden estructurarse en torno a dos categorías: aquellas que se refieren a los criterios generales sobre la penalidad a imponer en cada caso, que son, principalmente, consecuencia de las anteriores modificaciones de la parte general, y aquellas que se refieren a tipos delictuales nuevos [...] Las primeras se han introducido teniendo en cuenta los *principios de proporcionalidad*[...]”⁸²¹.

Por las razones que como motivación aduce el legislador de 2003, pareciera ser, que la reforma del delito ha operado —por lo que hace a la modificación de la pena—, mediante el estudio del principio de proporcionalidad en el blanqueo de capitales. Lo cual resulta insostenible y no soporta ningún análisis serio, ya que:

El principio de proporcionalidad —entiéndase en este caso según la propia exposición de motivos, la proporcionalidad en sentido estricto o lo que es lo mismo la proporcionalidad de las penas—, es una especie de un principio de proporcionalidad genérico que

⁸²¹ Énfasis agregado.

incluye además los principios de: «*ultima ratio y lesividad*»⁸²². Dichos principios del Derecho penal, se corresponden y permiten afirmar que: como solución extrema el Estado utilizará el *ius puniendi*, solo en la medida que se vulneren intereses dignos de tutela, y que la sanción que recaiga a esas conductas será mayor o menor según el bien jurídico afectado así como el grado de afectación del mismo.

Si fuera cierto que el legislador modificó la pena del delito con base en el principio de proporcionalidad, esto se hubiera visto reflejado en una nueva regulación del blanqueo y considero que hubiera sido digno de mención en la exposición de motivos de la reforma. Por lo cual cabe cuestionarse, como lo hacen BERDUGO y FABIÁN CAPARRÓS, si “¿el legislador actúa solo por cumplir las normas internacionales o acaso lo hace porque hay motivos materiales que aconsejan a hacerlo?”⁸²³.

En suma, por lo que se refiere al principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales, la LO 15/2003 de 25 de noviembre, constituyó un aporte en la medida permitió disociar al delito de otros en específico, con lo que se le reconoce implícitamente una sustantividad propia. Sin embargo, como menciona ABEL SOUTO en relación a ésta reforma: “nuestras Cortes han superado, con la regulación sobre el blanqueo, los límites de una política criminal racional [...] A todo esto conviene añadir el fundado temor de que los tipos penales contra el blanqueo se queden en una mera legislación simbólica, habida cuenta de la limitada eficacia que poseen tanto en España como en el resto de la Unión europea, y de que no sirvan nada más que para autocomplacer a políticos o tranquilizar a electores”⁸²⁴. Precisamente, para evitar que el delito de blanqueo de capitales se convierta en letra muerta, es necesario determinarlo con base en el principio de lesividad, por que solo en la medida que se

⁸²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁸²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.* p.2.

⁸²⁴ ABEL SOUTO, Miguel: “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo...”, *op. cit.*, p. 5.

comprenda el objeto de protección, es que se podrá encauzar las acciones preventivas y represivas del ilícito, respetando los principios de un Estado social y democrático de derecho.

3.2.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La evolución legislativa del ilícito que analizamos dentro del orden jurídico-penal español, culmina con la LO 5/2010 de 22 de junio⁸²⁵, reforma por la cual se modificó el rubro del Libro II, Título XIII, Capítulo XIV del Código Penal para denominarse «*de la receptación y el blanqueo de capitales*»; así mismo se modificó tanto el apartado primero del artículo 301⁸²⁶, como el apartado segundo del artículo 302⁸²⁷; dando una nueva regulación al —legalmente denominado—, delito de «*Blanqueo de Capitales*».

A reserva de que en el siguiente apartado se analizará a profundidad la estructura típica de la normativa vigente; considero que por la metodología de estudio empleada hasta ahora, corresponde exponer los avances que ha supuesto la LO 5/2010 de 22 de junio, en relación al bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales.

En primer lugar, hago referencia a la denominación del delito, ya que considero que para el principio de lesividad, es un acierto de la reforma la denominación penal de «*blanqueo de capitales*».

Es acertada la nueva denominación legal del delito, ya que por un lado se rompe en definitiva con la incomprensible tradición de considerarlo como «*conducta afín a la receptación*»⁸²⁸, lo cual

⁸²⁵ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, 23 de junio de 2010.

⁸²⁶ Para consultar la evolución del delito en el CP y la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, operada sobre el art. 301. *Vid., infra*: Anexo I.- del presente trabajo.

⁸²⁷ Para consultar la evolución del delito en el CP y la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, operada sobre el art. 302. *Vid., infra*: Anexo I.- del presente trabajo.

⁸²⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: «La «emancipación»...», *op. cit.*, p. 5.

permite fundamentar que nos encontramos en presencia de un delito con una sustantividad propia, que por lo mismo protege bienes jurídicos propios.

Por otro lado, en lo que incumbe a la función sistemática que supone el bien jurídico en los Códigos penales⁸²⁹. Por la naturaleza propia del delito, es adecuada su denominación legal como blanqueo de capitales, ya que de lo contrario, si atendiéramos únicamente a los bienes jurídicos que protege, para nombrarlo en el Código, pudiéramos caer en una vaguedad contraria a la certeza exigida por el propio principio de legalidad. Hay que aclarar, que la sola denominación del delito como blanqueo de capitales, no dice nada respecto de los intereses concretos que dicha figura tutela, pero considero que tal laguna se colma con una interpretación hermenéutica del Título XIII «*De los delitos contra el orden socioeconómico*», con lo que se puede fundamentar la lesividad propia del delito, atendiendo a un orden socioeconómico⁸³⁰.

Otro avance importante de la reforma es el relativo a la conducta previa, del blanqueo de capitales, en efecto, ya no nos encontramos —como conducta determinante—, en presencia de un delito grave, ni siquiera en presencia de un delito, a partir de la LO 5/2010, los capitales a blanquear serán las que “*tienen su origen en una actividad delictiva*”. Este cambio en la naturaleza del objeto material del delito, aporta bastante a la determinación del bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales, ya que al no ser indispensable que la conducta previa sea un delito —es decir, una conducta: típica, antijurídica, culpable y punible—, se rompe en definitiva con aquellas teorías que pretendían encontrar la lesividad del blanqueo

⁸²⁹ Vid.: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal...*, op. cit., pp. 294 - 303.

⁸³⁰ NUÑEZ, Ricardo: *Manual de derecho penal, parte general...*, op. cit., p. 145. Quien sostiene que “Al tipo de ofensa compleja le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien jurídico que el legislador considera prevaleciente”, y si tomamos en cuenta que por un lado el Título XIII del Código Penal regula los delitos contrarios al orden socioeconómico, y por otro, que en su Capítulo XIV se regula «*Blanqueo de Capitales*», debemos de interpretar el contenido con el continente.

en aquella que vulneraba el delito previo, lo cual nos conduce a sostener que estamos en presencia de un ilícito de índole penal que tiene un objeto de protección específico y que por lo mismo no precisa de algún delito diverso.

Ahora bien, la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, nada dice en particular sobre las razones que han inspirado al legislador para reformar el delito de blanqueo de capitales, pero menciona de forma genérica, que uno de los principales motivos que inspiraron la reforma del Código penal, es el de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por España⁸³¹. Sin embargo, como denuncia DEL CARPIO, es discutible la labor del legislador, ya que por un lado trata de dar cumplimiento a ciertas obligaciones internacionales, pero por otro, es cuestionable su apego a los principios que rigen al Estado, y sobre todo, es cuestionable el respeto a los principios de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad rectores del *ius puniendi*⁸³².

B. INDETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Por imperativo del principio de legalidad que rige la materia penal —*nullum crimine, nulla pœna, sine lege*—, la actividad judicial se

⁸³¹ Razonamiento que ha inspirado la regulación del delito, desde su primera regulación, pasando por las subsecuentes reformas, hasta la regulación actual; sin embargo, como he expuesto en los apartados anteriores del presente capítulo, el legislador español se ha extralimitado en el cumplimiento de dichos compromisos internacionales, afectando los principios que rigen al Derecho penal.

⁸³² DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (dir.): *Revista Penal*, Tirant lo Blanch, núm. 28, julio 2011, p. 6. Cuestionamientos que llevan a la autora, a sostener que el blanqueo de capitales es un buen ejemplo de la continua expansión e intensificación de la intervención penal del Estado, con la correspondiente reducción de las libertades y garantías de los gobernados, que pretende incrementar la seguridad de los mismos, pero que en la práctica no se ha traducido en una disminución real de la criminalidad.

encuentra constreñida, a la exégesis de la ley; así, no es de extrañar que la jurisprudencia dictada por los Tribunales en relación al bien jurídico que protege el delito de blanqueo de capitales, sea muy general⁸³³ e imprecisa⁸³⁴, ya que como hemos expuesto⁸³⁵, la regulación sobre blanqueo de capitales no es ni por mucho clara o concreta, en cuanto al objeto de protección se refiere. Y precisamente por esta falta de claridad normativa, es que se vuelve más necesaria la jurisprudencia, máxime si se toma en cuenta la misión que a ella le reserva el artículo 1. 6 del Código Civil: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*”. Y aunque al día de hoy, el Poder Judicial se ha pronunciado para precisar esa doctrina jurisprudencial sobre la materia⁸³⁶, esto

⁸³³ Tal como puede verse en la STS 1070/2003, de 22 de julio, la cual menciona que con el blanqueo de capitales se protegen bienes jurídicos distintos a los vulnerados con los delitos previos, pero no menciona cuales: “lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente, pudiendo incluso conllevar una penalidad superior a éste teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos”

⁸³⁴ *Vid.*: la STS 924/2005, de 17 de junio, la cual de forma bastante imprecisa menciona los intereses que pueden verse afectados con la generación de grandes sumas de dinero, debiendo referirse a los intereses jurídicos que se vulneran con las prácticas de blanqueo de capitales: “La generación de ingentes cantidades de dinero pueden, incluso poner en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de los fenómenos generalizados de corrupción”.

⁸³⁵ *Vid. supra* tercera parte del presente trabajo.

⁸³⁶ Tribunal Supremo Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 18-07-2006.

Primer Punto

ACUERDO “El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados.

Segundo Punto

ACUERDO “Los Acuerdos de Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”.

ha quedado en un vano intento, debiendo ser la reforma legal la que aborde las diferentes problemáticas que plantea el delito.

Ahora bien, los Tribunales españoles han reconocido que el blanqueo de capitales es una figura delictiva que protege bienes jurídicos diferentes a aquellos que tutela el delito previo⁸³⁷, pero no han sido determinantes a la hora de enumerar cuáles son estos intereses jurídicos susceptibles de protección penal por parte del reciclaje de activos.

Aunque ninguno concreto —e insisto, más bien nos encontramos en presencia de postulados generales e imprecisos—, son tres los criterios que la jurisprudencia española ha expresado, al tratar el tema del bien jurídico en el blanqueo de capitales, a saber:

a) Un primer criterio sistematizador, por virtud del cual se considera al blanqueo de capitales como un delito contra el orden socioeconómico. En tal sentido, la jurisprudencia dice que: “La nueva figura del blanqueo de capitales se encuadra dentro de la amplia gama de delitos contra el orden socioeconómico”⁸³⁸.

Fundamentando la ubicación del delito dentro del CP, se encuentran las sentencias: STS 1113/2004, de 9 de octubre y STS 483/2007, de 4 de junio, que menciona que con la punición del blanqueo de capitales “Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen en la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”⁸³⁹

Si consideramos estos criterios desde un punto de vista meramente sistematizador dentro del CP —y siendo esto una de las funciones del bien jurídico penalmente protegido—, debemos concluir que los mismos son adecuados puesto que como se ha venido

⁸³⁷ STS 1070/2003, de 22 de julio.

⁸³⁸ STS 924/2005, de 17 de junio.

⁸³⁹ STS 113/2004, de 9 de octubre; en el mismo sentido la STS 483/2007, de 4 de junio.

fundamentando⁸⁴⁰, se confirma que el blanqueo de capitales es un delito que atenta contra el orden socioeconómico; sin embargo considero que el criterio adoptado por los tribunales para llegar a esa conclusión es limitado, puesto que para llegar a tal conclusión, únicamente se basan en ciertos bienes jurídicos intermedios —como la competencia y el mercado—, sin hacer referencia al ejercicio de la acción final que es donde recaería la conducta delictiva, que tal y como he dicho, afecta directamente al orden socioeconómico, entendido tanto en sentido amplio como en sentido estricto⁸⁴¹.

b) Un segundo criterio, por el cual se mencionan propiamente bienes jurídicos dignos de tutela penal. Mediante éste criterio la jurisprudencia de los tribunales españoles, hace referencia a bienes jurídicos que con las actividades de blanqueo de capitales, se ven afectados, en este sentido, las sentencias STS 1113/2004, de 9 de octubre y STS 483/2007, de 4 de junio, que menciona que con la punición del blanqueo de capitales “Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen en la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”⁸⁴².

Mencionando otros bienes jurídicos susceptibles de afectación, tenemos la STS 409/2006, de 10 de febrero, la cual dice: “la nueva figura del blanqueo de capitales se encuentra dentro de la amplia gama de delitos contra el orden socioeconómico y bajo la rúbrica concreta de la receptación y otras conductas afines. En las figuras de ayuda o colaboración con los delincuentes para que se aprovechen de los efectos y los beneficios de los delitos, las antiguas modalidades del encubrimiento y de la receptación, necesitaban de una reetiquetación o actualización a la luz de los nuevos fenómenos de la delincuencia organizada. La generación de ingentes cantidades de dinero pueden, incluso poner

⁸⁴⁰ *Vid., supra:* tema VII. del presente trabajo

⁸⁴¹ *Vid., supra:* tema VIII. del presente trabajo.

⁸⁴² STS 113/2004, de 9 de octubre; en el mismo sentido la. STS 483/2007, de 4 de junio.

en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de los fenómenos generalizados de corrupción.”⁸⁴³

De los anteriores criterios, tenemos que la jurisprudencia española encuentra —dentro del reciclaje de activos— como bienes jurídicos dignos de tutela penal, los siguientes: 1.- Estabilidad de las condiciones de competencia; 2.- Estabilidad de las condiciones de mercado; 3.- El sistema comercial y financiero; y 4.- La necesaria estabilidad del sistema político.

La primera crítica que hago a estos criterios jurisprudenciales, es que aunque efectivamente la libre competencia, la estabilidad del mercado, y el sistema comercial y financiero, son bienes jurídicos que pueden ser vulnerados durante el desarrollo de las actividades de blanqueo, no son los únicos que son dignos de tutela.

Por otro lado hay que criticar el criterio de los tribunales, por la generalidad de su planteamiento, en efecto, como se ha dicho el blanqueo de capitales representa un fenómeno delictual complejo, en el cual necesariamente se debe distinguir entre bienes jurídicos intermedios que son vulnerados por las acciones concretas de cada etapa del blanqueo, y bienes jurídicos que se ven afectados por el ejercicio de la acción final, el cual rige las diversas etapas del injusto.

La última crítica que hago a la jurisprudencia, es la que se refiere a considerar que el blanqueo de capitales puede poner en riesgo la necesaria estabilidad del sistema político, mediante el fenómeno de la corrupción.⁸⁴⁴ Ya que si bien es cierto con las actividades de blanqueo de capitales se puede afectar el sistema político de un país, por los actos de corrupción que genera, también es cierto y hay que distinguir —tal y como hemos hecho—⁸⁴⁵, que se trata de fenómenos delictivos diversos; es decir, un delito es el blanqueo de capitales y otro muy distinto es cualquier actividad de corrupción.

⁸⁴³ STS 409/2006, de 10 de febrero.

⁸⁴⁴ STS 409/2006, de 10 de febrero. Que textualmente dice: “La generación de ingentes cantidades de dinero pueden, incluso poner en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de los fenómenos generalizados de corrupción.”

⁸⁴⁵ *Vid. supra*, tema V., 2.2.- del presente trabajo.

Tanto las conductas de blanqueo de capitales como las de corrupción lesionan el orden socioeconómico de los Estados; así, cuando estas dos actividades delictivas se vinculan, en un concurso real, la lesividad es exponencial. Cuestión en extremo grave si se toma en cuenta que la interdependencia entre ambas conductas se da de forma casi natural.

La relación entre el delito de blanqueo de capitales y la corrupción, puede ser muy variada ya que en ocasiones ésta sirve a aquel, cuando es el instrumento que facilita los cauces oficiales, con el fin de poder disfrutar los activos obtenidos como consecuencia del delito determinante. En otros casos, la relación existe cuando el blanqueo es el medio por el cual se permite la legalización de los beneficios obtenidos como producto del ejercicio desviado del poder —corrupción pública—, o de cualquier otra práctica corrupta —corrupción privada—. De cualquier forma la relación entre ambas figuras delictivas es directa e interdependiente, y su funcionalidad radica en que por un lado se emplean cauces corruptos para blanquear, mientras que por otro el blanqueo lava el producto de la corrupción⁸⁴⁶.

c) Otro criterio jurisprudencial, es el que conserva el vicio de origen del delito, al subordinarlo al tráfico ilícito de drogas. Desde la Ley Orgánica 1/1998, de 24 de marzo, por la que se reformó el CP adicionando el artículo 546 bis f), se ha mantenido hasta el día de hoy⁸⁴⁷ una consideración especial sobre el blanqueo de capitales, considerándolo como un delito tendiente a combatir el tráfico ilícito de drogas.

Así la jurisprudencia de los tribunales españoles dice: “[...]se ha puesto de relieve por nuestra doctrina científica, el blanqueo, lavado o reciclaje del dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Se ha dicho que el

⁸⁴⁶ FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁴⁷ Tal y como se analizará más adelante, cuando se exponga el tipo agravado de blanqueo de capitales, en aquellos casos en que la procedencia de los capitales a blanquear tienen su origen en el tráfico de drogas. *Vid. Infra.*: tema X., C., 2.-, 2.1.- del presente trabajo

origen del movimiento legislativo en materia de blanqueo de capitales encuentra su raíz, fundamentalmente, en la lucha contra el tráfico de drogas. Mediante la adopción de medidas penales se procura en definitiva atacar a los destinatarios de los beneficios que produce una organización criminal a gran escala en cierto tipo de delitos, especialmente aptos para la obtención ilícita de ganancias importantes. La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud[...].⁸⁴⁸

Más aún, si se analizan los hechos delictivos que han servido de base a la jurisprudencia española sobre el blanqueo de capitales, encontramos que la inmensa mayoría, tiene como delito determinante el tráfico ilícito de drogas⁸⁴⁹. Ante tal concepción del delito, y toda vez que la jurisprudencia considera que el narcotráfico “genera enormes beneficios económicos”⁸⁵⁰, hay que contraponer los datos aportados por el Consejo de Europa, el cual hace los siguientes cálculos: mundialmente el tráfico de drogas produce entre 450.000 y 750.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; el tráfico de armas reportaría 400.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; la prostitución genera beneficios netos de 8.000 millones de dólares de EE.UU. anuales, estimándose que cada persona que ejerce la

⁸⁴⁸ STS 1293/2001, de 28 de julio; en parecidos términos, haciendo referencia a una finalidad del blanqueo consistente en atacar el tráfico de drogas, encontramos la STS 483/2007, de 4 de junio, que dice: “Como esta Sala ha dicho en Sentencias 266/2005, de 1-3; 202/2006, de 2-3; y 506/2006, de 10-5, remitiéndose a las sentencias 469/1996, de 7-12; 356/1999, de 15-4, y 1637/2000, de 10-1, entre otras, el art. 546 bis f), antecedente del actual art. 301 CP 1995, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1988, de 24 de marzo, “con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico de tráfico de drogas”, pretendiendo “incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos”

⁸⁴⁹ De manera ejemplificativa y no exhaustiva, y además de las jurisprudencias citadas hasta ahora, referimos las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 356/1998, de 15 de abril; STS 1842/199, de 28 de diciembre; STS 1704/2001, de 29 de septiembre; STS 483/2007, de 4 de junio; STS 1842/1999, de 28 de diciembre; STS 1584/2001, de 18 de septiembre; STS 2026/2001, de 28 de noviembre; STS 1293/2001, de 28 de julio; STS 1504/2003, de 25 de febrero.

⁸⁵⁰ STS 1293/2001, de 28 de julio

prostitución reporta un beneficio de 100.000 euros anuales; la piratería se considera como la responsable de la pérdida de 10.000 empleos anuales en la Unión Europea y representa pérdidas para la industria de 93.000 millones de euros⁸⁵¹.

Se observa pues, que circunscribir el blanqueo de capitales, exclusivamente al narcotráfico —como delito anterior—, bajo el argumento de considerar los grandes beneficios económicos que produce, carece de sustento, ya que la criminalidad que produce beneficios económicos, es muy variada y no se limita al tráfico de drogas. Hemos de reconocer que con la evolución legislativa que ha experimentado el delito desde 1988 a la fecha, han existido grandes avances en cuanto a la autonomía del delito, sin embargo, pareciera que el legislador se empeña a considerarlo como parte del narcotráfico, puesto que al día de hoy el texto vigente conserva —sin razón alguna—, la agravante en el caso de que los bienes objeto de blanqueo, sean producto del tráfico de drogas.

C. CONSIDERACIONES SOBRE LA INDETERMINACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL, DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL BLANQUEO DE CAPITALS.

El análisis que de el ordenamiento jurídico español hemos hecho, respecto de la evolución legislativa y la jurisprudencia, que en materia de bien jurídico versa sobre el delito de blanqueo de capitales, arroja diversas conclusiones que considero necesario desarrollar, para una vez más, hacer hincapié en la necesidad de un principio de lesividad claro y concreto en el delito de de reciclaje de activos, el cual no puede ser otro —ni por la naturaleza del delito, ni por los medios empleados, ni por los fines perseguidos en el *iter*

⁸⁵¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada” en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 216.

criminis del delito—, que aquel que he propuesto en la segunda parte del presente trabajo.

Para dar fundamento a las consideraciones, expondré brevemente algunas cuestiones relativas a la Ley penal, y otras relativas a la Teoría General del Delito.

A) Por lo que se refiere a la Ley penal: En primer lugar hay que profundizar en el principio de legalidad —*nullum crimen, nulla poena, sine lege*—, ya que como afirma MUÑOZ CONDE la sola existencia de una ley, no garantiza que se cumpla el principio de legalidad al momento de aplicar la pena, sino que esta debe reunir una serie de requisitos, por los cuales pueda ser considerada como ley penal⁸⁵². Entender el delito, como la conducta descrita por la Ley a cuya actualización se le aplicará una pena o medida de seguridad, nos enmarca en una consideración meramente formal que nada dice del contenido de la norma; así, el punto de partida para la determinación del contenido material del delito, es la función del Derecho penal en la sociedad, función que no es otra, mas que posibilitar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos⁸⁵³.

Uno de los fundamentos del principio de legalidad es el democrático-representativo, por el cual se le niega al legislador la potestad absoluta e irrestricta al momento de determinar lo que es delito⁸⁵⁴;

⁸⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 100. Tan es así, que como afirma el autor han existido leyes e incluso la proclamación formal del principio de legalidad, dentro de regímenes autoritarios en los que se violaba constantemente los derechos individuales.

⁸⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *et al.: Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 23. “Por tanto, detrás de cada conducta delictiva debe haber un bien jurídico, y su realización ha de poder ser evitada como consecuencia de la función de motivación”.

⁸⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *et al.: Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 48. Citando la STC 105/1988 “del principio de legalidad se deriva también la necesidad de que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos”.

es decir, el orden jurídico no puede quedar a capricho del legislador, éste, solo podrá considerar como delito aquellas conductas que sean violatorias de bienes jurídicos, que por su importancia afecten gravemente a la sociedad.

Dentro del Derecho positivo español, el principio de legalidad tiene rango constitucional, fundamentado en los artículos 9.3⁸⁵⁵ y 25.1⁸⁵⁶; por otro lado considera TERRADILLOS, “que la máxima *nullum crimen sine iniuria* adquiere categoría constitucional en el art. 10.1,⁸⁵⁷ en el que se consagra la dignidad de la persona como fundamento del orden político, estimando que ello implica «la imposibilidad de restringir sus derechos cuando no sea imprescindible»⁸⁵⁸.

Ahora bien, como afirma MUÑOZ CONDE, la previsión del artículo 25.1 constitucional, adquieren una considerable relevancia por encontrarse dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, lo que lo enmarca dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas; razón por la cual lo hace susceptible de protección extraordinaria y de la procedencia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en caso de que dicho precepto sea violado⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ “Artículo 9,3 La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

⁸⁵⁶ “Artículo 25,1 Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

⁸⁵⁷ “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁸⁵⁸ La cita es tomada de: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., p. 174.

⁸⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed..., op. cit., p. 102. Esto en virtud del artículo 52,2 el cual dice “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un

En segundo lugar —y derivado del de legalidad—, tenemos que tener presente el principio de reserva absoluta de ley; el orden constitucional español no deja dudas respecto a que la determinación de los delitos y las penas está monopolizada por el poder legislativo de las Cortes Generales, tal y como lo dispone el artículo 149.1.6^a de la CE, reservando en exclusiva, la competencia penal al Estado.⁸⁶⁰ Así, la reserva de ley en materia penal se encuentra dentro del artículo constitucional 25.1, y pertenecer a los “derechos fundamentales”, hay que tener presente lo ordenado por el artículo 81.1 que exige que las leyes que desarrollan derechos fundamentales deben revestir el carácter de leyes orgánicas⁸⁶¹.

En cuanto a la forma de las leyes orgánicas; la legitimación exclusivamente atribuida al legislador para ser el creador de la norma penal, debe ejercerse con el máximo consenso posible —según la organización de un Estado como el democrático y social de derecho—, este consenso solo se logra con la mayoría cualificada. En cuanto al contenido, las leyes penales deben de ser leyes orgánicas, puesto que expresan los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando su protección al instrumento más agresivo del que dispone el Estado⁸⁶².

En tercer lugar, hay que recordar el principio de determinación, certeza o taxatividad, por el cual la reserva de ley en materia penal, no constituye una exigencia meramente formalista, sino que debe relacionarse con el contenido material del principio de legalidad, en este sentido, la ley debe decir cuáles son las conductas punibles de forma clara y concreta, toda vez, que la no concreción en las definiciones penales, priva de contenido material al principio de

procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.”

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8^a ed..., *op. cit.*, p. 105.

legalidad, además de disminuir o eliminar la seguridad jurídica ordenada por el artículo 9.3 de la CE.⁸⁶³

B) Por lo que se refiere a la teoría general del delito, considero necesario profundizar sobre el concepto material del delito, así como las razones por las cuales una conducta puede ser constitutiva de injusto penal; y estas razones, al tener una incidencia directa en la antijuricidad de las conductas, hace preciso que distingamos entre el desvalor de acción y desvalor de resultado. Entramos al estudio de éstas cuestiones, ya que las mismas complementan el principio de legalidad, y aunque como se explicaba líneas arriba, el concepto de delito tiene que estar circunscrito a la ley —y por tal motivo no puede ser concebido fuera del Derecho positivo—, no por eso, el jurista queda vinculado a un concepto meramente formal de delito, sino que debe indagar cuál es el contenido, material del mismo⁸⁶⁴.

La consideración del delito como la sola conducta que describe la ley, y a cuya actualización recae una pena o medida de seguridad, solo es una consideración formalista del delito, que nada dice de su contenido. El punto de partida para la formulación del contenido material del delito lo constituye la función que pretende el Derecho penal, la cual consiste en posibilitar la vida en comunidad con la tutela de bienes jurídicos mediante la motivación de sus miembros; en tal sentido, detrás de cada norma penal considerada como delito, debe haber un bien jurídico que se pretende proteger con la función de motivación⁸⁶⁵.

⁸⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed..., *op. cit.*, p. 105.

⁸⁶⁴ “Todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión, moral o sociología. La verdad es que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en esta materia al jurista” MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed..., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

⁸⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *et al.: Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 23. “Si se da por bueno este punto de partida, la determinación del concepto de delito ha de llevarse a otro ámbito; en concreto, a intentar precisar los criterios por los que se llega a establecer la concurrencia en un comportamiento de la gravedad suficiente para que está justificada su calificación como hecho delictivo”

Sin embargo, la protección de bienes jurídicos es una característica de todo el Derecho, razón por la cual, se tiene que precisar los criterios para considerar que un comportamiento reviste la gravedad suficiente para ser considerado como delito por parte del legislador. Para determinar lo anterior se necesitan contrastar dos criterios: a) el primero referente a la relevancia del bien jurídico que se pretende proteger; y b) un segundo criterio, consistente en las características de una sociedad en un momento y lugar determinado⁸⁶⁶.

Por ultimo, siguiendo con la Teoría General del Delito, debemos recordar que solo existirá delito, después de haber determinado cual es el bien jurídico protegido por la norma penal, y siempre y cuando la conducta que recaiga sobre el mismo sea antijurídica, es decir, que se desvalore tanto la acción como su resultado.

El desvalor de acción constituye una conducta que por sus características es especialmente peligrosa para determinados intereses o bienes jurídicos, es decir, la primera característica para considerar a una conducta como delito, lo constituye la especial peligrosidad que ésta representa para los bienes jurídicos. Por su parte el desvalor de resultado, lo constituye la concreta lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la norma penal pretende proteger⁸⁶⁷.

De lo expuesto hasta ahora en el presente apartado, vemos que para que exista delito, es necesario tanto la Ley penal (con los principios de: legalidad, reserva de ley y taxatividad), como la Teoría general del delito (con el contenido material del delito y la antijuricidad de la conducta); ambas categorías nos remiten indefectiblemente a la idea de bien jurídico como criterio rector y determinante de aquellas conductas que pueden ser consideradas como delito.

Si lo anterior lo aplicamos al estudio del blanqueo de capitales en el orden jurídico penal español, necesariamente tenemos que concluir

⁸⁶⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *et al.*: *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁸⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed..., *op. cit.* p. 44.

que la regulación que ha versado sobre el mismo, es una regulación arbitraria que carece de un contenido material claro, preciso y concreto, por tal motivo, se trata de una regulación violatoria de los principios de necesidad, legalidad, reserva de ley y taxatividad; esta premisa sobre el blanqueo de capitales tiene las siguientes consecuencias, a mi juicio muy graves dentro del orden jurídico:

En primer lugar, el estudio de la evolución del blanqueo de capitales, y la jurisprudencia dictada sobre el mismo, nos llevan a la conclusión de que ni el legislador —en las diversas etapas históricas—, ni los jueces —cuando han pretendido aplicar la norma—, comprenden el significado y alcance del delito. Esto ha hecho que la mayoría de las causas criminales que han versado sobre un probable blanqueo de capitales, tengan como antecedente conductas de narcotráfico; como si el reciclaje de activos fuera una agravante de aquel delito, o como si estuviéramos en presencia de un delito accesorio. Esta incomprensión del bien jurídico en el blanqueo de capitales, ha producido la falta de persecución y sanción, de una pluralidad de conductas que siendo especialmente lesivas de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales, no tienen como antecedente delictual conductas de narcotráfico⁸⁶⁸.

Por otro lado, y de mayor gravedad, es que las sentencias que han recaído a las causas criminales sobre conductas de blanqueo de capitales, han sido fundadas y motivadas con base artículos del CP que violan el principio de legalidad por falta de objeto de tutela⁸⁶⁹,

⁸⁶⁸ Dentro de la jurisprudencia que no tiene como antecedente delictual el delito de narcotráfico, *v.gr.*: la STS 1501/2003, de 19 de diciembre, la cual analiza como delitos antecedentes la Estafa y la Falsedad documental; la STS 279/2012, de 9 de abril, la cual tiene como antecedente el delito de estafa cometido en banda organizada, y versa sobre la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades financieras por no comunicar, en contra de la normativa vigente, la sospecha sobre el origen ilícito del dinero; STS (sala 3), de 14 de mayo de 2012, que versa sobre el blanqueo de capitales derivado de una infracción grave por no declarar la salida de dinero acreditando el origen, destino y tenencia previa; y la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 179/2013, de 16 de abril, que versa sobre delitos de cohecho activo, cohecho pasivo y blanqueo de capitales.

⁸⁶⁹ “El ámbito situacional que describe el tipo legal sólo puede quedar fijado desde lo protegido, esto es, desde el bien jurídico. La exigencia de determinación de los delitos que surge del art. 25.1 de la Constitución sólo se cumple si se recurre al bien

con lo cual dichas sentencias, aplican normas inconstitucionales que vulneran directamente el art. 25.1 de la CE, el cual, al encontrarse dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, convierte al principio de legalidad —con su contenido referido entre otros al principio de lesividad—, en derecho fundamental del gobernado⁸⁷⁰.

Con fundamento en el artículo 53 de la CE⁸⁷¹, toda sentencia que haya recaído sobre una conducta de blanqueo de capitales, podría ser recurrida —a mi juicio—, mediante un amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el concepto de violación a los derechos fundamentales, debería estructurarse, alegando la falta de determinación y certeza, del principio de legalidad —por lo que hace al las normas que regulan el blanqueo de capitales—, lo cual deja en un absoluto estado de indefensión al procesado, toda vez que no

jurídico”. Cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 4.

⁸⁷⁰ “Por otra parte, sabemos que la Ley Fundamental —que, además, no es demasiado explícita en materia penal— no se agota en su pura literalidad. Desde ese entendimiento, la doctrina, e incluso la propia jurisprudencia constitucional española, han advertido la existencia de otros límites que, aunque no encuentren plasmación expresa en ninguno de sus preceptos, también coartan la actuación de los poderes públicos a la hora de llevar a la práctica una política criminal determinada. Tal es el caso, *verbi gratia*, de los principios de proporcionalidad de las penas, utilidad de la intervención, intervención mínima o exclusiva protección de bienes jurídicos.” Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁷¹ Artículo 53 “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.a del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

puede conocer que bien jurídico vulneró con su conducta. FABIAN CAPARRÓS señala que: “El uso por parte del legislador de fórmulas tan imprecisas como las que comentamos atenta claramente, a nuestro juicio, contra el mandato de *lex certa*, emanado del principio constitucional de legalidad penal”.⁸⁷² A mayor abundamiento, como señala COBO DEL ROSAL “En España, a partir de la SSTC 11/1981 y 62/1982 la protección de un bien jurídico ha de estimarse requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales y, por lo tanto, de las injerencias de naturaleza penal. De ello se desprende que es constitucionalmente ilegítimo el castigo de conductas inocuas, meramente inmorales o que, desde una perspectiva constitucional, no puedan considerarse lesivas.”⁸⁷³

Sobre lo que vengo comentando respecto al recurso de amparo, aclaro que la consideración hecha, no la realizo con ingenuidad, es decir, estoy cierto de que se trata de un recurso que jamás resultará procedente, pero no por que carezca de razón en la argumentación, sino que no resultará procedente, por razones que exceden al jurista, como son la política, la opinión social y la consideración internacional.

Tan grave es la falta de determinación del principio de lesividad en un delito, que trasciende —en la aplicación de la norma, en la sentencia—, a la violación de derechos fundamentales. Esta problemática tiene origen desde el proceso legislativo, ya que como afirma DÍEZ RIPOLLÉS: “[...]se carece de una teoría de la legislación penal que marque los pasos y las comprobaciones que deben llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre la penalización o la despenalización de un comportamiento”⁸⁷⁴. El Derecho penal

⁸⁷² FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 380. El autor se refiere a la hipótesis normativa del art. 301.1 CP, pero considero que su argumentación sirve a lo expuesto aquí.

⁸⁷³ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Derecho penal parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 316.

⁸⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: *Política Criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.45. Quien dice que: “resulta urgente reflexionar sobre el establecimiento de un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en la

tiene un efecto instrumental por el cual se procura evitar lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos que posibilitan la convivencia social, en último término procura evitar la delincuencia, todo esto mediante la promulgación de normas cuya infracción, da lugar a la sanción. Pero en la consecución de este efecto instrumental, adquiere un papel especialmente relevante los efectos de carácter psicológico, es decir, efectos de carácter simbólicos, que produce la existencia de la norma o la amenaza de sanción sobre los ciudadanos.⁸⁷⁵ Cuando estos efectos simbólicos constituyen la *ratio legis* de la norma, se está abusando de los dogmas que rigen la materia penal, por lo cual se cree una legislación viciada de ilegitimidad. Este pareciera ser el caso de la normativa sobre el blanqueo de capitales, puesto que desde su génesis hasta el día de hoy, no se ha concretado (ni por el legislador —pese a las numerosas reformas—, ni por los jueces —pese a la numerosa jurisprudencia), que bienes jurídicos protege el delito.⁸⁷⁶

Constitución, introduzca una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales”.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 49

⁸⁷⁶ Hablando de esta crítica normativa y la descalificación al legislador: DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: *Política Criminal...*, *op. cit.*, p.59. “El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no solo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios.”.

X. ANÁLISIS DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES, DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.**A. EN CUANTO A LA AUTONOMÍA DEL DELITO.**

Con frecuencia, se analiza al blanqueo de capitales, desde un punto de vista político criminal y sobre la base, de su utilidad para combatir el delito determinante⁸⁷⁷, ante esta concepción errónea del lavado de dinero, grandes esfuerzos de la doctrina, han sido encaminados a sostener la autonomía del delito de blanqueo de capitales; dentro de los mismos, el principal argumento para considerar que se está en presencia de una figura delictiva independiente de otras, es el que recae en que los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales, son diversos de otros delitos. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del tribunal supremo⁸⁷⁸:

“El delito tipificado en el art. 301 CP vigente, que tiene como enunciado general otras conductas afines a la receptación, conocido como blanqueo de bienes o capitales, responde al criterio omnicomprendido asumido internacionalmente (Recomendación del Consejo de Europa de 27/06/1980, Declaración de Basilea de 1988 Convención de Viena de Naciones Unidas 20/12/1988, Convención del Consejo de las Europa de 8/11/1990 referente al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional 1990 y 1996 o la Directiva 91/308 CEE. del Consejo de las Comunidades Europeas) de abarcar todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito grave (art.13 CP), lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente, pudiendo incluso conllevar una penalidad superior a éste teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos. El denominado blanqueo equivalente a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes y así el art. 301.1 CP describe y castiga aquellas conductas que tienen por

⁸⁷⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José M.: “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes” en *CPC*, nº 91, enero de 2007, p.6.

⁸⁷⁸ Siempre teniendo en cuenta lo dicho en el epígrafe anterior, sobre la falta de concreción y determinación jurisprudencial, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo de capitales.

objeto adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante con bienes que se sabe que tienen su origen en un delito grave, con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”.⁸⁷⁹

La jurisprudencia también menciona, que la regulación jurídica del blanqueo de capitales, “[...]tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma.”⁸⁸⁰

No obstante y ser el blanqueo de capitales un delito autónomo, que tutela bienes jurídicos propios y de forma independiente al delito previo —tal y como es reconocido por la jurisprudencia—, es la propia jurisprudencia la que se empeña en vincularlo al crimen organizado y más propiamente al tráfico ilegal de drogas, como si el delito de lavado de capitales fuera una agravante a aquellos delitos. Así los tribunales mencionan:

“Como esta Sala ha dicho en sentencias 266/2005, de 1-3; 202/2006, de 2-3, y 507/2006, de 10-5, remitiéndose a las sentencias 649/1996, de 7-12; 356/1999, de 15-4, y 1637/2000, de 10-1, entre otras, el art. 546 bis f), antecedente del actual art. 301 CP 1995, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1998, de 24 de marzo, “con objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”, pretendiendo “incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos”.⁸⁸¹

En este sentido podemos constatar, que la constante de la jurisprudencia española —con independencia de las reformas al Código Penal—, es la de vincular al delito de blanqueo de capitales al tráfico de estupefacientes, por ejemplo véanse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 356/1998, de 15 de abril; STS 1637/1999, de 10 de enero; STS 1842/1999, de 28 de diciembre; STS 1584/2001, de 18 de septiembre; STS 1704/2001, de 29 de

⁸⁷⁹ STS 1070/2003, de 22 de julio.

⁸⁸⁰ STS 1113/2004, de 9 de octubre.

⁸⁸¹ STS 483/2007, de 4 de junio.

septiembre; STS 2026/2001, de 28 de noviembre; STS1504/2003, de 25 de febrero; STS 1070/2003, de 22 de julio; STS 1746/2003, de 23 de diciembre; STS 483/2007, de 4 de junio.

Es cierto que el crimen organizado se ha convertido en un una especie de *industria* o *empresa* delictiva, donde la última etapa de su actividad se encuentra necesariamente vinculada al blanqueo de capitales⁸⁸² —tan es así, que de otra forma quienes integran la organización criminal, no podrían (por lo menos libremente y sin temor a ser perseguidos por las autoridades) usar, disfrutar y aprovechar, el producto económico de su actividad criminal—, también es cierto que el narcotráfico produce ingentes cantidades de dinero de forma ilícita⁸⁸³; pero no por eso podemos limitar el blanqueo de capitales a un delito meramente accesorio de aquellos, pues tal criterio lo único que hace es desconocer la verdadera naturaleza del delito y negar protección jurídica a lo bienes que blanqueo pretende proteger.

Así pues, hay que rectificar este criterio, y para ello se debe reforzar la autonomía del delito; esta tarea solo puede llegar a buen término, si basamos la autonomía del delito en el criterio del bien jurídico. Con este fundamento tenemos que tener presente tres criterios que determinan el bien jurídico en el delito de reciclaje, los cuales son:

⁸⁸² *Vid. supra*: tema VI, B.

⁸⁸³ Recordemos lo dicho anteriormente, donde se hizo mención a que según cifras de Naciones Unidas, el lavado de activos a nivel mundial en el transcurso de un año oscila entre el 2 y el 5% del producto global bruto, lo cual oscila entre 800 billones y 2 trillones de dólares de EE.UU. —cifras expresadas según la escala numérica del sistema estadounidense—, (sitio web: <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html> última consulta abril de 2013). Además tenemos que tener en cuenta que no solamente el narcotráfico produce esas grandísimas cantidades de dinero ilícito, ya que como decíamos en el referido capítulo del presente trabajo, El Consejo de Europa hace los siguientes cálculos, mundialmente el tráfico de drogas produce entre 450.000 y 750.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; el tráfico de armas reportaría 400.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; la prostitución genera beneficios netos de 8.000 millones de dólares de EE.UU. anuales, estimándose que cada persona que ejerce la prostitución reporta un beneficio de 100.000 euros anuales; la piratería se considera como la responsable de la pérdida de 10.000 empleos anuales en la Unión Europea y representa pérdidas para la industria de 93.000 millones de euros.

A) El blanqueo de capitales es un proceso, lo cual implica que tiene diversas etapas; B) Cada una de las etapas del blanqueo de capitales tiene diversas finalidades, correspondiendo a las etapas intermedias una finalidad próxima que va orientada a una finalidad última perteneciente a la última etapa del delito; y C) Para la actualización del fin de cada etapa, se utilizan diversos medios.

—Disecionado así el delito, desde mi punto de vista considero⁸⁸⁴, que las etapas intermedias, de colocación y conversión en el blanqueo:

Por su finalidad, el bien jurídico protegido es: la Administración de Justicia.

Por los medios empleados: 1.- La licitud de los bienes que circulan en el mercado; y 2.- La estabilidad y solidez del sistema financiero.

—Mientras que en la fase final de integración:

Por la finalidad: 1.- EL orden socioeconómico en sentido estricto; y 2.- La libre competencia.

Por los medios empleados: 1.- Licitud de los bienes que circulan en el mercado; y 2.- Estabilidad y solidez del sistema financiero.

Así concluyo, que esta característica multilesiva del delito, lo convierte en único, con lo cual se reafirma la postura de un delito autónomo, esto es, existe independientemente de otras conductas delictivas y su actualización no puede estar supeditada a ningún otro delito. Una consideración en diferente sentido, se traduciría en la desprotección de los bienes jurídicos para cuya protección existe el delito.

⁸⁸⁴ *Vid., supra*, temas VII y VIII del presente trabajo.

B. EN CUANTO SU SISTEMATIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.

De la diversidad y amplitud de las hipótesis normativas en los hechos delictivos, resulta la dificultad de clasificar y sistematizar los tipos penales. Así, adquiere especial relevancia la noción penal del bien jurídico, ya que tiene un singular reflejo en la Parte especial del Derecho penal, en específico en el encuadramiento de las distintos tipos penales. “Para ordenar técnicamente la extensa variedad de hecho delictivos, se ha recurrido al objeto jurídico-penalmente tutelado en los respectivos tipos legales, como máximo postulado que en la Parte especial permite el desarrollo científico de una sistemática valorativa”⁸⁸⁵.

FERNÁNDEZ hace una acotación a la regla de que el bien jurídico constituye el criterio fundamental de clasificación de los delitos en la Parte especial, acotación consistente en que existen casos en que dentro de la hipótesis normativa de una misma descripción legal, concurren diversos bienes jurídicos merecedores de tutela; concluye diciendo, que para tal caso ha de decidirse con arreglo al criterio del bien jurídico preponderante⁸⁸⁶.

Sin lugar a dudas, el carácter pluriofensivo del blanqueo de capitales, nos sitúa dentro de esta problemática, es decir, nos corresponde ahora determinar —dentro de la pluralidad de bienes jurídicos protegidos por el blanqueo de capitales—, cuál es el bien jurídico preponderante.

⁸⁸⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico...*, *op. cit.*, p. 300; el autor además menciona, que en un estudio de doctrina comparada, el bien jurídico como criterio sistematizador de la Parte especial, no ha sido acogido unánimemente no obstante ser un criterio que sin lugar a dudas representa el factor más relevante para esta tarea clasificatoria, se ha pretendido sustituirlo por una sistemática de los motivos del delito y de la personalidad del autor. También aclara el autor que dichos intentos solo han sido esfuerzos doctrinarios que no han trascendido.

⁸⁸⁶ *Ibid.* p.301. Según lo expuesto en tema VII. A. de éste trabajo doctoral, el caso del blanqueo de capitales representa uno de esos supuestos en los cuales, dentro de la hipótesis normativa, concurren una amplia gama de bienes jurídicos protegidos, de ahí la afirmación que estamos en presencia de un delito, de los considerados como pluriofensivo.

El diccionario define preponderante como: “Que prevalece o tiene cualquier tipo de superioridad respecto a aquello con lo cual se compara”⁸⁸⁷. En el blanqueo de capitales, he fundamentado que los bienes jurídicos que se protegen son: La Administración de Justicia; la licitud de los bienes que circulan en el mercado; la estabilidad y solidez del sistema financiero; el orden socioeconómico en sentido estricto y la libre competencia⁸⁸⁸. De este conjunto de bienes jurídicos determinaré cual es el que tiene superioridad frente a los otros, para así estar en posibilidad de darle al delito una adecuada sistematización, dentro del Código penal.

Para esta ponderación de los bienes jurídicos tutelados, comenzaré analizando la relevancia del bien jurídico Administración de Justicia; sin lugar a dudas es un interés de vital importancia para una sociedad; la correcta función judicial, se traduce en confianza en las autoridades por la certeza y seguridad jurídica para los gobernados. Si analizamos las consecuencias de estos atributos en un Estado social y democrático de derecho, se distinguen dos aspectos, que al presente estudio importan, el social y el económico:

Socialmente, la adecuada función judicial genera confianza en la Justicia. La convicción de que Jueces y Tribunales van a actuar de manera pronta, completa, imparcial y aplicando de forma correcta las leyes a los conflictos que puedan surgir entre los ciudadanos — sin que las resoluciones dependan de la posición social o económica de alguna de las partes—, es un elemento esencial para el mantenimiento del orden jurídico y de la convivencia en sociedad.

Económicamente, un Estado en el cual se tiene confianza en las personas e instituciones encargadas de impartir justicia, es un Estado que propicia el desarrollo económico, ya que generará el aumento en la inversión por la seguridad que genera a los

⁸⁸⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁸⁸⁸ *Vid. supra*: tema VII), B. y C., del presente trabajo.

inversionistas, el saber que sus capitales se encuentran al amparo de una adecuada función judicial⁸⁸⁹.

Ahora bien, entendidos los efectos sociales y económicos de la Administración de Justicia como bien jurídicamente protegido por el blanqueo de capitales, se deben hacer algunas consideraciones en aras de determinar la mayor o menor relevancia de éste bien jurídico, respecto de los otros intereses que tutela el delito que se estudia.

En primer lugar, tal y como se determinó en su momento⁸⁹⁰, el bien jurídico Administración de Justicia como susceptible de tutela jurídica penal en el delito de blanqueo de activos, únicamente se puede ver vulnerado en las dos primeras etapas del delito (fase de colocación y fase de conversión), y únicamente atendiendo a la finalidad de dichas etapas; recordemos que la finalidad de estas dos etapas iniciales consiste en una finalidad próxima orientada a la consecución de un fin último que solamente se puede lograr con la actualización de la última etapa del blanqueo (fase de integración); en este sentido la Administración de Justicia se convierte en un bien jurídico de protección intermedia en el desarrollo del delito.

En segundo lugar, considerar a éste bien jurídico como aquel que es tutelado en el delito de blanqueo de capitales, tiene razón de ser, por la estrecha relación que el ilícito guarda con el de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real⁸⁹¹. En este sentido, el reciclaje

⁸⁸⁹ No pretendo en esta parte hacer un estudio de los efectos económicos de la correcta Administración de Justicia, tal análisis excede por mucho el objeto del presente trabajo; por otro lado no se ignora que la toma de decisiones económicas, atienden a una gran variedad de factores (decisiones gubernamentales, precios, oferta, demanda, etc.), es decir no solamente a una adecuada función judicial. Lo que afirmo en este punto, es que independientemente de los diversos factores que propician el crecimiento económico, la Administración de Justicia se convierte en un elemento fundamental, ya que a los inversores genera confianza por que se saben amparados por el imperio de la ley y por una adecuada aplicación de la misma; por otro lado, hacia el interior de los Estados, se crea un desarrollo económico sustentado.

⁸⁹⁰ *Vid., supra:* tema VII, A.

⁸⁹¹ Al analizar el reciclaje como forma de favorecimiento, la doctrina mayoritaria ha considerado que al versar precisamente sobre los bienes producto del delito, se

de capitales se convertiría en una figura delictiva de segundo grado puesto que su existencia sería condicionada a la previa realización de otra conducta ilícita, siguiendo a FARÍA COSTA —en términos muy simples e inequívocos: sólo hay necesidad de blanquear dinero si éste proviene de actividades primitivamente ilícitas⁸⁹²—; con esta línea de pensamiento, GÓMEZ PAVÓN señala que el lavado de dinero intenta obstaculizar la identificación del origen ilícito y por tanto evitar el descubrimiento del delito, con lo cual apunta que el bien jurídico protegido sería la Administración de Justicia, puesto que el ilícito conlleva conductas entorpecedoras de la función judicial⁸⁹³.

En tercer lugar, hay que referirse a los efectos positivos que en lo social y económico produce la adecuada impartición de justicia —efectos a los que hemos hecho referencia líneas arriba—; tenemos entonces, que cuando hablamos del bien jurídico Administración de Justicia dentro del blanqueo de capitales, este, repercute necesariamente en el orden socioeconómico.

Por tales motivos la Administración de Justicia no puede considerarse como preponderante dentro de la amplia gama de intereses protegidos en el delito.

trata de un favorecimiento real, tal es el caso de BERNASCONI, PAOLO: “Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario”, en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99. En el mismo sentido FABIÁN CAPARRÓS al hablar del artículo 301 del CP dice que “[...] conviene no dejarse llevar por las apariencias afirmando que la modalidad descrita en el último inciso del párrafo primero de su apartado 1 tipifica un supuesto de favorecimiento personal. Ciertamente, el objetivo que se describe en este caso —«ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»— está orientado al apoyo de quien trata de huir de la Justicia, pero ello no impide que tal auxilio se realice a través de una actividad que siempre debe recaer sobre los rendimientos derivados de la comisión de un delito [...]” FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 255.

⁸⁹² Citado por FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 253, nota al pie número 38.

⁸⁹³ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación...*, op. cit., p. 216.

Los demás bienes jurídicos que he determinado como susceptibles de protección dentro de las conductas de blanqueo —licitud de los bienes que circula en el mercado, estabilidad y solidez del sistema financiero, libre competencia y orden socioeconómico en sentido estricto—, pertenecen en su conjunto al orden socioeconómico. Y en una correcta técnica legislativa, deben ser agrupados en dicho orden cuando se sistematiza en el Código penal se trata, ya que resultaría en extremo confuso un título dentro de la parte especial del Código punitivo con el enunciado de todos los bienes que se protegen con el delito.

Por otro lado y siguiendo a BLANCO CORDERO “Creemos más acertado optar por un bien jurídico de carácter económico en la línea de lo manifestado en el Preámbulo del Convenio de Viena, según el cual los vínculos que existen entre el narcotráfico y otras actividades delictivas de las organizaciones criminales relacionadas con él, «socavan las economías lícitas». De forma insistente la doctrina mayoritaria, tanto nacional como extranjera, se pronuncia a favor de una vinculación del blanqueo de capitales con la influencia que despliegan el dinero y los bienes de origen delictivo en la economía legal. Se destaca, con ello, que el blanqueo de capitales es un delito económico con el que se pretende proteger un bien jurídico de carácter económico. La ventaja que se deriva de ello es, como indica FORTHAUSER, que con la puesta en conexión con la fase final del blanqueo (la integración del dinero o bienes de origen delictivo en la economía legal) se incluyen todos los estadios intermedios; no se incide sobre los aspectos parciales, como ocurría, por ejemplo, en casos de concebirse como delito contra la Administración de Justicia”⁸⁹⁴.

En una interpretación teleológica, la intención del legislador puede entenderse como dirigida a considerar al delito, como contrario al orden socioeconómico, tal y como consta en la propia ubicación sistemática en el CP, ya que el Libro II, Título XIII se denomina como “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Por otro lado, hay que tener presente en este tipo de interpretación, los

⁸⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 216.

precedentes legislativos, los cuales avalan tal criterio; así se observa que el preámbulo del CP de 1995 dice de manera expresa que en su elaboración “se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del [Proyecto] de 1992”; dicho proyecto consideró, que el blanqueo de dinero era un delito que agredía «genuinamente» al orden socio-económico.⁸⁹⁵

En este sentido estamos en posibilidad de afirmar que el bien jurídico que dentro del blanqueo de capitales tiene superioridad, preponderancia o relevancia sobre los demás —puesto que engloba a la pluralidad de bienes susceptibles de protección—, es el orden socioeconómico, y así lo ha entendido tanto la doctrina⁸⁹⁶ como la

⁸⁹⁵ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, núm. 121/000102, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, 23 de septiembre de 1992, pp. 12 y 16.

⁸⁹⁶ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 270 y 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 83 - 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, Carlos: “El blanqueo de capitales...”, op. cit., p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, op. cit., pp. 61 - 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, op. cit., pp.14 y 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, op. cit., pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, op. cit., pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 209 - 229; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, op. cit., p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, op. cit., pp. 128 y 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, op. cit., pp. 194 - 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 36 - 43; GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad” p. 851; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general...*, op. cit., pp. 50 - 57 y 73; DEL MISMO AUTOR: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, op. cit., pp. 294 - 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, op. cit., p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines...”, op. cit., pp. 418 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros...”, op. cit., pp. 52 y ss.; SOTO NIETO, Francisco: “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996, p. 1541; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, op. cit., pp. 86 - 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales” en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996, pp. 1418 y 1419.

jurisprudencia⁸⁹⁷. Además de que al dar preponderancia al bien jurídico orden socioeconómico, se da relevancia a la última fase del blanqueo de capitales, quedando abarcadas las etapas intermedias del delito⁸⁹⁸.

C. EN CUANTO AL TIPO OBJETIVO.

1.- El sujeto activo.

El blanqueo de capitales, desde su primera regulación en el orden punitivo español, hasta la última reforma operada sobre el tipo penal, ha mantenido el mismo criterio sobre el sujeto activo del delito⁸⁹⁹, empleando la expresión «*el que*» para designarlo; se trata pues, de un delito común que puede ser cometido por cualquiera que

⁸⁹⁷ STS 1113/2004, de 9 de octubre: “Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de derecho interno tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado ilícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiera a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida ilícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y del mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

⁸⁹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 217.

⁸⁹⁹ Sobre la autoría en el Derecho penal, *Vid.*: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en el Derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, *passim* y en especial pp. 688 yss.

se encuentre en la hipótesis normativa, sin que la descripción típica exija una calidad específica del sujeto, para realizarla⁹⁰⁰.

Esta calidad de delito común, es unánimemente aceptada por la doctrina, sin embargo, existe dos cuestiones que se deben de tratar respecto al sujeto activo del blanqueo de capitales. La primera es la referente a la comisión del delito por personas jurídicas⁹⁰¹ — posibilidad comisiva introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio que reformó el art. 302.2 CP⁹⁰²—; la segunda cuestión es la referente al sujeto activo del delito en relación con los bienes jurídicos tutelados por el mismo, me refiero a los casos de *autoblanqueo de capitales*. Cuestiones éstas, que se analizarán a continuación.

1.1.-La responsabilidad de la persona jurídica en el blanqueo de capitales.

Respecto de la persona jurídica como sujeto activo del blanqueo de capitales, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo un art. 32 bis al CP⁹⁰³ y reformó el artículo 302.2 CP diciendo: “En tales casos,

⁹⁰⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 480 y 512; CALDERÓN CERREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, *op. cit.*, p. 385; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 369 y 370.

⁹⁰¹ Aclarando que un análisis completo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excedería por mucho al objeto del presente trabajo; en tal sentido, únicamente se mencionarán los lineamientos que rigen ésta posibilidad comisiva, por la novedad del texto legal, así como por su repercusión en la agravante del delito por pertenecer a una organización dedicada al blanqueo (sobre ésta última cuestión, *Vid.: infra*, tema X., C., 5.2.1.-, a) del presente trabajo).

⁹⁰² *Vid. infra*, anexo I del presente trabajo.

⁹⁰³ Art. 31 bis: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, 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 las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los

hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

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.”⁹⁰⁴

El legislador opta por el concepto de persona jurídica, distinguiendo de las organizaciones que carecen de personalidad jurídica en términos del art. 129 CP⁹⁰⁵. En el ordenamiento penal español no hay definición sobre lo que debe entenderse por persona jurídica, así, para su adecuado entendimiento es necesario recurrir al CCiv.⁹⁰⁶ el cual en su art. 35 dispone: “Son personas jurídicas: 1.º Las

⁹⁰⁴ *Vid. infra*, anexo I del presente trabajo.

⁹⁰⁵ art. 129 “1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”

⁹⁰⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Societas delinquere potest”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (coords.): *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011, p.15. Estoy de acuerdo con la autora cuando afirma “debe reiterarse que bien podría la ley penal concebir su propio concepto de persona jurídica”.

corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”

Así, siguiendo a BLANCO CORDERO, para la consideración de una persona jurídica en materia penal, lo esencial es que el ente tenga personalidad jurídica; y siguiendo a GÓMEZ TOMILLO añade que: “sobre la base de los fines propios del Derecho penal. Así, requiere el concurso de tres requisitos para que se pueda imputar un delito a una entidad: a) que posea alguna clase de reconocimiento por parte del Derecho (de forma que se pueda mantener su condición de persona jurídica); b) que tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma penal; c) que posea capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, la cual en el sistema posee un papel central.”⁹⁰⁷

El problema interpretativo del art. 302.2 CP, comienza con su mala redacción al decir *en tales casos*, con lo que pareciera ser que se alude a la agravante por organización dedicada al blanqueo contenida en el art.301.1 CP. Considero que la forma adecuada de entender a la persona jurídica en el lavado de activos, es como un delito común, en términos del tipo básico, de tal forma que cualquier sociedad puede cometer el delito. Así, comparto criterio con BLANCO CORDERO, quien al respecto dice: “Un importante problema de interpretación de este precepto es consecuencia de su defectuosa redacción que comienza con la expresión «en tales casos». Tales casos parecen ser los del nº 1 del art. 302 CP, lo que supone una limitación en exceso (sic) del ámbito de aplicación de este precepto, pues solo se va a poder castigar penalmente a una persona jurídica cuando el blanqueo se comete en el marco de una organización dedicada a la comisión de este delito. No creo que fuera esta la voluntad del legislador, que se dejó llevar por la redacción del texto derogado y mantuvo la mencionada locución. En cualquier

⁹⁰⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 860.

caso, habrá que estar a lo que decidan los Tribunales sobre esta cuestión”⁹⁰⁸.

En mi opinión es acertada la inclusión de las personas jurídicas, como sujeto activo del delito de blanqueo de capitales, ya que, las sociedades —consideradas singularmente o en un entramado multisocietario complejo—, son el instrumento idóneo y generalizado, del cual se sirve el blanqueo de capitales en la actualización de sus diversas etapas; además, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ las empresas juegan un papel muy importante en la política social y económica, tanto a nivel nacional como internacional⁹⁰⁹. En este sentido, la utilización de una persona jurídica en actividades de reciclaje de activos, repercute directamente contra el orden socioeconómico, especialmente contra el bien jurídico libre competencia.⁹¹⁰

1.2.- El autoblanqueo de capitales.

Una de las cuestiones más controvertidas en relación al sujeto activo del delito de blanqueo de capitales, es la referente a los casos en que existe identidad entre los sujetos que realizan la comisión del delito previo y quienes realizan las acciones posteriores tendientes a legalizar los bienes obtenidos, es decir los casos de «*autoblanqueo de capitales*».⁹¹¹

En un estudio de Derecho comparado, DEL CARPIO señala que existen tres modelos para tratar la problemática apuntada: Un

⁹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 914 y 915

⁹⁰⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Societas delinquere potest...”, *op. cit.*, p. 11.

⁹¹⁰ *Vid. supra*, tema VII., 2.3.- y VIII., 2.2.1.- del presente trabajo. También, como afirma BLANCO CORDERO “Las empresas legales carecen de la posibilidad de recurrir a una financiación competitiva, y han de financiarse con las tasas corrientes en el mercado, lo que a la hora de entrar en competencia con las empresas ilegales supone que se vean marginadas y posteriormente expulsadas del mercado, que tiende a ser abarcado por la empresa ilegal de forma monopolística”. Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 902.

⁹¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

modelo *alternativo* en el cual el autor del delito previo no es penado por el posterior blanqueo de capitales, tal sería el caso de los sistemas jurídicos italiano y alemán; un segundo modelo *acumulativo* en el que el autor del delito previo puede ser penado por el posterior blanqueo, como ocurre en el orden jurídico español vigente, así como en la legislación belga; y, un tercer modelo en el cual el legislador omite pronunciarse sobre la autorización o prohibición del autoblanqueo, dejando el debate a la doctrina y a la jurisprudencia⁹¹².

Desde la reforma introducida al Código Penal por la LO 5/2010 de 22 de junio, en España se sigue un modelo acumulativo, ya que el actual artículo 301 del Código penal sanciona expresamente el autoblanqueo al decir: «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 terceras personas[...]»⁹¹³, tal redacción pone fin —por lo menos al día de hoy y por lo menos en el orden jurídico español—, a tan controvertida cuestión.

Con todo no es baladí entrar al estudio del autoblanqueo de capitales, desde una perspectiva de los bienes jurídicos tutelados por el delito, ya que la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio, es absolutamente omisa en su exposición de motivos, respecto de las razones que fundamentaron tal regulación, con lo cual el legislador además de perder una gran oportunidad para dejar zanjada en definitiva la controversia sobre el autoblanqueo, reforzando el principio de lesividad en el delito, propicia la incertidumbre jurídica, al permitir suponer que con la misma ligereza podría reformarse en diverso sentido —recordemos la frase

⁹¹² DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 17. El tercer modelo, constituía el caso de España antes de la LO 5/2010 de 22 de junio

⁹¹³ Énfasis agregado.

del fiscal Von Kirchmann: «Tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca jurídica en basura»⁹¹⁴—.

La problemática se acentúa cuando se advierte que la normativa supranacional, faculta a los Estados signatarios de los Convenios y Tratados Internacionales, a sancionar o no el autoblanqueo de capitales⁹¹⁵. Los instrumentos más recientes —Palermo, Mérida y Varsovia—, lo plantean como una solución, dejando a los Estados la potestad de regularlo o no, si es en contra de sus principios internos. Ciertamente, que un Convenio Internacional sirve para dar las directrices generales que permitan una adecuada regulación en los órdenes jurídicos internos, sin embargo, considero que no es correcta la permisividad —siquiera potestativa—, que hacen los instrumentos internacionales citados, ya que tal permisividad se debe a la indeterminación del principio de lesividad en el delito; en efecto, si entendemos que son diversos los bienes jurídicos que se vulneran con las conductas de blanqueo, a aquellos vulnerados por las conductas de delito antecedente, debemos concluir que se trata de delitos diferentes y por lo tanto excluir el beneficio del autoblanqueo de capitales.

Regresando al orden jurídico español, antes de la reforma de 2010 —y frente al silencio del legislador de pronunciarse en uno u otro sentido—, existió un nutrido debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

⁹¹⁴ “[...] dos palabras del Legislador bastan para convertir en papel de viejo bibliotecas jurídicas enteras” Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 109.

⁹¹⁵ En tal sentido: El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, celebrado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, publicación en España: BOE núm. 252, del 21 de octubre de 1998, p. 34714, el cual en su artículo 6.2.b) señala: “A los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: [...] b) puede establecerse que los delitos previstos en dicho párrafo no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal.”

En el mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 6.2.e); El Convenio de Varsovia de 2005, en su artículo 9.2.b); y la Convención de Mérida, en su artículo 23.2.e).

BLANCO CORDERO haciendo un análisis de Derecho comparado, expone los argumentos utilizados por la doctrina para sostener el privilegio del autoblanqueo, los cuales son: a) la aplicación extensiva del privilegio de autoencubrimiento, contenido expresamente en el artículo 451 del CPesp.; y b) el principio de no exigibilidad de otra conducta distinta de la realizada, ya que no puede exigírsele a una persona que confiese o se entregue por los delitos que ha cometido, por el contrario, la conducta natural del que delinque obteniendo un beneficio patrimonial, es la ocultación de esos bienes obtenidos ilícitamente⁹¹⁶.

La jurisprudencia dictada por los tribunales españoles, tampoco fue unánime en su criterio, y ante tal problemática interpretativa, se dictó el Acuerdo del Pleno —no jurisdiccional—, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 18 de julio de 2006, en la cual se establecía: «el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente», criterio bastante tibio tal como lo exponen BERDUGO Y FABIÁN, ya que al permitir y no exigir el concurso real de delitos, no se responde a la problemática que nos ocupa⁹¹⁷.

⁹¹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 490.

⁹¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 5. Aplicando el acuerdo de la 2ª Sala del Tribunal Supremo, la STS 1260/2006, dice: “Generalmente, se ha estimado que el posterior blanqueo de capitales efectuado por persona que participó en las operaciones de tráfico de drogas cuyo beneficio intenta, posteriormente, blanquear, debe quedar absorbido en el delito de tráfico de drogas. Se estaría ante fase de agotamiento del delito. Ésta ha sido la opinión mayoritaria de la Sala aunque pueda contabilizarse alguna sentencia aislada en el sentido de admitir la doble punición por tráfico y blanqueo en la misma persona que participó de ambos delitos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de fecha 18 de julio de 2006 acordó que “el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

En el presente caso se trata de un blanqueo efectuado por el recurrente procedente de operaciones de tráfico anteriores en el tiempo a la concreta acción enjuiciada —aprehensión de 1.496,6 kilos de cocaína— por lo que con la opinión de la Sala y de la mayoría de la doctrina no hay ningún obstáculo a la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos unidos en concurso real, de acuerdo con el acuerdo citado”

a) *Criterios jurisprudenciales que permitían el privilegio del autoblanqueo.*

Dentro de los criterios jurisprudenciales que sostenían la no punición del autoblanqueo⁹¹⁸, destacan por sus argumentos:

a) En primer lugar, el criterio referente a la interpretación exegética del tipo penal, conforme al cual la jurisprudencia española excluyó la posibilidad de sancionar el autoblanqueo, con base a la literalidad del tipo, el cual mencionaba actuar a sabiendas, lo cual solo podía referirse a terceros, toda vez que los autores o partícipes del delito antecedente no tienen ninguna relación de exterioridad para poder ser objeto de ese conocimiento. En este sentido la jurisprudencia STS 1071/2005, de 30 de septiembre, dice:

“El tribunal se ha planteado la hipótesis de que, existiendo razonable fundamento para considerar que el dinero de referencia sería fruto del tráfico ilegal de los propios acusados, pudiera estarse ante un caso de autoencubimiento impune. Y ha resuelto la duda argumentando que esto sólo se daría en el caso de que la imputación del blanqueo estuviera referida a los fondos obtenidos, precisamente, mediante los actos criminales enjuiciados en esta causa. Algo que no se da, visto que el comercio de drogas castigado es producido en los meses de febrero y marzo de 2001, mientras que el que dio origen a los beneficios sobre que versan las operaciones bancarias de los hechos tuvo lugar en momentos anteriores, bien diferenciados.

Entiende, además, el Tribunal que esta interpretación tiene apoyo en el dato normativo de que el art. 301.1 CP a diferencia de lo que sucede con el art. 298.1 CP no exige que el autor del delito de blanqueo hubiera carecido de intervención, como autor o cómplice, en el delito matriz, o de procedencia de los fondos.

Pero, siendo esto cierto, lo es también que el art. 301.1 CP en sí mismo considerado no admite una lectura en tal clave. Porque, en efecto, este precepto prevé como autor de las acciones —de adquirir, convertir, transmitir, etc.—, a un sujeto denotado específicamente como conocedor de la procedencia ilícita de los bienes objeto de esas acciones. Y “conocer” es averiguar o llegar a saber algo externo o ajeno, de lo que el sujeto cognoscente adquiere noticia mediante el ejercicio de sus facultades intelectivas. Es decir, cosa bien distinta de tener constancia cierta de determinados actos y sus efectos, por razón de la directa intervención en los mismo con algún grado de protagonismo. Tanto es así, que, en la práctica social, del que sabe por este preciso motivo nunca se diría que es “sabedor”, es decir, conocedor desde afuera, sino, más precisamente implicado o partícipe.

⁹¹⁸ Criterios jurisprudenciales que desde la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio, resultan inoperantes.

Así resulta que el precepto considerado contempla dos órdenes de acciones. Uno, el de las constitutivas de un delito mediante el que al quien 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 CP.

Pues bien de lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 CP en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opera con ellos de cierta manera a conciencia de ese estatus de ilegalidad. Tal es el criterio de base con que opera la jurisprudencia de esta sala, que tiene expresión entre otras, en sentencias como la núm. 198/2003, de 10 de febrero, y las que en ella se citan.

Una inteligencia de este 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 obteniendo bienes de ella, sorprendido en la ejecución de alguno de tales actos, pudiera ser condenado, en aplicación del art. 301 Cp, por el hecho de gestionar en propio beneficio, cambiando o vendiendo, por ejemplo, el producto de otros no enjuiciados.

Es por lo que en definitiva, no puede considerarse a los recurrentes autores del segundo de los delitos por el que han sido condenados, y, en este sentido, han de ser absueltos.⁹¹⁹

b) Otro criterio es el que hacia referencia a la completa identidad del sujeto activo de los delitos y al privilegio del autoencubrimiento⁹²⁰, en tal sentido puede observarse la STS 94/2006, de 10 de febrero, la cual menciona:

"La redacción del tipo penal permite entender que ha sido configurado para sujetos activos que no hayan participado ni como autores ni como cómplices en el delito precedente, al igual que establece expresamente para la receptación del art. 298 CP. Como dice la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2000, para que la tesis de la identidad de sujetos pueda prosperar tiene que existir "una completa identidad"

⁹¹⁹ la STS 1071/2005, de 30 de septiembre. Sobre esta sentencia CALDERÓN CEREZO considera que es la que con mayor contundencia ha excluido la posibilidad de sancionar el autoblanqueo. CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden...*, *op. cit.*, p. 399.

⁹²⁰ CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden...*, *op. cit.*, pp. 390 y 391; DEL CARPIO DELGADO, Juana: "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo...", *op. cit.*, p. 18.

entre la autoría del delito principal —v. gr., venta de droga— con el blanqueo procedente de esa venta, lo que podría entenderse como un autoencubrimiento impune (STS 1637/2001, de 18 de septiembre).

El delito de blanqueo de dinero descansa sobre un delito anterior de venta y distribución de drogas pero no hay necesaria identidad entre la autoría del delito principal —venta de droga— con el de blanqueo procedente de la venta de la misma; como ocurre cuando al que fue condenado por tráfico de drogas, se le incautó la mercancía y no pudo ser distribuida ni, por tanto, generar beneficios.

No es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el art. 368 CP ya contempla actos de tráfico, en los que van implícitas las ganancias que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar (STS 575/2003, de 14 de abril).

En consecuencia, la absolución de los recurrentes del delito contra la salud no es obstáculo para una posible condena por delito de blanqueo de capitales procedente de aquel delito (...) El Tribunal, sin necesidad de la previa declaración de un hecho como delito, si tiene que hacer una interpretación valorativa de este elemento normativo y concluir que los bienes a ocultar proceden de hechos susceptibles de ser calificados como un delito, o en su caso de tráfico de drogas (STS 1368/2004, de 15 de diciembre)⁹²¹.

En el mismo sentido, pero fundamentando el criterio de la completa identidad, en el Convenio de Estrasburgo, la STS 1637/1999 de 10 de enero de 2000, dice:

“Obviamente, el delito de blanqueo de dinero descansa sobre un delito anterior de venta y distribución de droga. Para que la tesis de la identidad que postula el recurrente pudiese prosperar tendría que existir una completa identidad entre la autoría del delito principal —la venta de droga— con el de blanqueo procedente de la venta de la misma. En tales casos pudiera afirmarse que no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, en este sentido se pronuncia el art. 6 ap. 1, epígrafe b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 de noviembre de 1990 —BOE 21 de noviembre de 1998—. Por lo razonado no es este el caso de autos, tal identidad no existe de forma comprobada, más bien, lo acreditado es la falta de identidad, la consecuencia de ello es la desestimación de los dos motivos⁹²².

c) Otro criterio jurisprudencial para no punir el autoblanqueo de capitales, es el que se fundaba en la violación del principio de *non bis*

⁹²¹ STS 94/2006, de 10 de febrero.

⁹²² STS 1637/1999 de 10 de enero de 2000.

in idem, en este sentido podemos observar la STS 575/2003, de 14 de abril, la cual a la letra, dice:

“Precisamente la invocación del Convenio de Estrasburgo [art. 6, ap. 2, epígr. b)] lo que trata de impedir es que si existe condena por un delito de tráfico 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.

Consecuentemente, no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el art. 368 CP ya contempla los actos de tráfico, en los que van implícitas las ganancias, que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar”⁹²³.

b) *Criterios jurisprudenciales que no permiten el privilegio del autoblanqueo.*

Por su parte dentro de los criterios jurisprudenciales que han sostenido la punición del autoblanqueo de capitales, se encuentran los que hacen referencia a la autonomía del delito y a la diversidad de bienes jurídicos protegidos, en este sentido podemos citar las siguientes sentencias:

La STS 1293/2001, de 28 de julio, que dice: “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 tanto comprende la realización de actos de ocultamiento 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. En este sentido, el citado precepto emplea la

⁹²³ STS 575/2003, de 14 de abril; en el mismo sentido la STS 959/2007, de 23 de noviembre, la cual señala: “Así en esta última resolución citada por el recurrente, podemos leer que “no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito (blanqueo) a quien a su vez ha sido castigado como autor del delito base (tráfico de drogas), si bien para ello es necesario que exista una completa identidad entre la autoría del delito base y la del blanqueo procedente de ése[...]”.

Si tal identidad existe, la total ilicitud del comportamiento correspondiente queda cubierta con la sola aplicación del delito relativo al tráfico de drogas (*non bis in idem*). Y si no hay esa identidad, no basta sancionar con la aplicación del art. 368 y siguientes del CP, sino que en la conducta del autor del hecho hay un plus que hace preciso acudir a la otra norma penal, la del blanqueo (art. 301.1), para cubrir esa total ilicitud”.

disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción (...). Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal”⁹²⁴.

En el mismo sentido se encuentra la STS 1597/2005, de 21 de diciembre, que dice:

“En el anterior motivo se incluye también una denuncia de vulneración de Derecho penal sustantivo por indebida aplicación al autor material del delito contra la salud pública del delito de blanqueo.

1. Sostiene que el delito de receptación o de blanqueo de capitales procedentes de hechos ilícitos, no se puede aplicar sin vulnerar el *bis in idem* al autor del tráfico y venta de drogas, sino solamente a los que cooperan o ayudan a transformar las ganancias ilícitas en bienes de apariencia legal. El blanqueo de capitales procedentes de ganancias ilícitas derivadas de actividades delictivas, eminentemente lucrativas, está más en relación con una específica forma de actuar, en el marco de hechos con ellas relacionados, que el encubrimiento clásico en el que se ayuda al delincuente para que se aproveche de los efectos del delito o falta y que sustancialmente se agotaba en dos conductas, siempre relacionadas con productos materiales de delitos contar ala propiedad o bien en la adquisición de los mismos de forma directa, sabiendo que eran de procedencia ilícita. Esta modalidad de receptación, que pone el acento en el conocimiento por parte del adquirente de la procedencia y su aprovechamiento propio que se inducía del pago de un precio vil, es decir, en la explotación del delincuente al que se ayudaba a obtener un beneficio mínimo del objeto u objetos robados o sustraídos.

2. Esta concepción ha sido superado y no se puede aplicar sin correctivos y de una manera automática a las operaciones de aprovechamiento de las importantes cantidades que genera la delincuencia, fundamentalmente organizada, no sólo en el específico campo del tráfico de drogas sino también en operaciones de fraude fiscal u otras operaciones financieras constitutivas de fraudes societarios, quiebras fraudulentas o cualquier otra modalidad en la que se generen beneficios exorbitantes. Estos supuestos nada tienen que ver con la tradicional y modesta receptación de los terceros, también conocidos en el lenguaje criminológico, como peristas.

3. El que pone en marcha un complejo entramado aprovechando las oportunidades que proporcionan las entidades financieras o sociedades interpuestas, desarrolla una actividad que adquiere sustantividad propia y se sitúan por encima y al margen de las fuentes originadoras del dinero ilícito, ya sea el tráfico de drogas o cualquier otra modalidad de crimen organizado. En estos casos, es posible y exigible deslindar

⁹²⁴ STS 1293/2001, de 28 de julio.

las dos actividades sin perjuicio de que pueda existir una conexión entre los que participan en la generación de los beneficios ilícitos y los que dirigen todo el entramado para sanear los beneficios y dar apariencia de legalidad introduciendo en el tráfico mercantil y financiero importantes sumas de dinero. Esta actuación incide sobre otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos.

Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud público y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad⁹²⁵.

En las sentencias transcritas, se encuentra el argumento más sólido para considerar que en tratándose del delito de blanqueo de capitales, se debe sancionar el llamado autoblanqueo, nos referimos a que son diversos los bienes jurídicos que se vulneran con el delito previo y los vulnerados en el blanqueo de capitales. Sin embargo, no obstante y ser argumento sólido, echamos en falta la determinación de la jurisprudencia en cuanto a qué bienes jurídicos son los que vulnera el delito⁹²⁶, es decir, incluso con una formulación genérica que abarcara los bien jurídicos protegidos por el blanqueo —tal como: siendo los bienes jurídicos protegidos los pertenecientes al orden socioeconómico, así como la Administración de justicia—, la jurisprudencia hubiera podido evitar grandes problemas al jurista al momento de interpretar el alcance del delito.

c) *EL autoblanqueo después de la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio.*

⁹²⁵ STS 1597/2005, de 21 de diciembre. En el mismo sentido la STS233/2005, de 24 de febrero que dice: “Po consiguiente, tampoco existe obstáculo legal alguno para que el acusado pueda ser condenado por un delito de blanqueo de dinero y, al propio tiempo, por su participación en una o más actividades de tráfico de drogas, por tratarse de tipos penales distintos y con diferentes bienes jurídicos”.

⁹²⁶ Indeterminación jurisprudencial que hemos analizado, *Vid.: supra*: tema IX., B.

Toda la polémica doctrinal y jurisprudencial que versaba sobre el autoblanqueo de capitales, pareciera que ha quedado resuelta por imperativo legal, tras las reformas introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, ya que el texto vigente del artículo 301 CP, ha regulado el delito como: “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 terceras personas”⁹²⁷. La nueva regulación ordena que el autoblanqueo de capitales debe ser sancionado, puesto que ha precisado sin dejar lugar a dudas, que en tratándose de blanqueo de capitales, la actividad delictiva previa puede ser cometida por él —sujeto activo del reciclaje—, o por cualquier otra persona.

Sin embargo, la regulación vigente del delito, con las nuevas conductas sancionadas —posesión y uso—, excluye el castigo del autoblanqueo cuando existe identidad entre el sujeto activo de la actividad delictiva previa y entre quien posee o utiliza los productos de aquella actividad. Esto es así con los siguientes matices:

1.- En el caso de la posesión; si se analiza el verbo rector de la conducta encontramos que el diccionario en su primera acepción considera que por poseer se entiende el “acto de poseer o tener una

⁹²⁷ El énfasis en cursivas es agregado. A esta reforma BERDUGO y FABIÁN comentan que: “La redacción inicial del Proyecto también previó el castigo del autoblanqueo, pero empleando la más simple expresión «por él o por terceras personas». La fórmula «por él o por cualquiera tercera persona» procede de la enmienda núm. 358 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario Popular (Proyecto de Ley 121/000052, Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOCG de 18 de marzo de 2010, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, núm. 52-9, págs. 161 y 162). La enmienda quiso evitar la interpretación —infundada, a nuestro juicio— de que «para que exista delito no solo debe tenerse conocimiento de que los bienes proceden de un delito sino que debe saberse la persona que lo cometió». La enmienda núm. 284 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana —Izquierda Unida—, Iniciativa per Catalunya-Verds (págs. 126 y 127 del mismo documento parlamentario) formuló una amplia justificación abundantemente orientada a la expresa tipificación del autoblanqueo, pero la modificación propuesta —que, finalmente, fue rechazada por la Ponencia— incidió mucho más sobre la modalidad comisiva que sobre el sujeto activo, materia sobre la que apenas se pronunció.” Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.5, nota 56.

cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro”⁹²⁸, esta mera detentación de un bien, cuando el mismo es producto de algún delito con un contenido o resultado patrimonial, constituye un comportamiento de consumación de dicho delito; en tal caso si el autor del delito previo, por consumir dicho delito se le sanciona por blanqueo de capitales, se estaría violando en su perjuicio el principio de *non bis in idem*⁹²⁹.

2.- En el caso del verbo rector utilizar; el mismo es definido por el diccionario como “aprovechar algo”⁹³⁰, mientras que el verbo aprovechar es definido como: “emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento”⁹³¹, cuando relacionamos esta hipótesis normativa con el autoblanqueo de capitales, tenemos que distinguir en dos momentos de la fase externa del *iter criminis* del delito previo: a) el primero, en el caso de que la utilización de los bienes —producto de la actividad delictiva previa—, sea inmediatamente posterior o incluso concomitante con la consumación del delito, en tal supuesto, no podría sancionarse el autoblanqueo de esos bienes, puesto que el acto es un mero agotamiento del delito y en consecuencia se cometería un claro *bis in idem*; y b) el segundo, en el caso de que los bienes producto de la actividad delictiva previa sean utilizados una vez consumado el delito, en este supuesto, debiera sancionarse el autoblanqueo de capitales, toda vez que la conducta encuadraría perfectamente en la hipótesis típica⁹³².

⁹²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹²⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana: “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, en *RGDP*, nº 15, 2011, p.23.

⁹³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹³² En este sentido FERNÁNDEZ TERUELO dice: “Queda excluido el castigo de la mera posesión o uso en supuestos de autolavado de dinero; ya que, en caso contrario, se estarían castigando como formas de lavado comportamientos que apenas sirven para la consumación de delito precedente (posesión) o su agotamiento (utilización).

En suma, hay que concluir que la regulación vigente introducida por la LO 5/2010, mediante la cual se tipifica el autoblanqueo de capitales, es adecuada y responde a la naturaleza propia del delito⁹³³, ya que:

1.- Se reconoce la sustantividad propia del delito de blanqueo de capitales, la cual se basa en que los bienes jurídicos vulnerados por la actividad delictiva previa, son diferentes de los bienes jurídicos vulnerados por las acciones de reciclaje⁹³⁴.

2.- Por otro lado y atendiendo al plano fáctico en el que se actualiza el delito, se reconoce la problemática concreta que surge en los casos que el blanqueo de capitales se realiza por esa *industria* delictiva del crimen organizado, en las que el flujo de ganancias derivadas de mercados ilegales es continuo, en estos casos es necesario la continuidad en la regularización de los rendimientos delictivos, por lo tanto en estos casos, resulta prácticamente imposible establecer

En caso contrario se incurriría en un claro bis in ídem.". Cfr.: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G.: "Corrupción y lavado de dinero. Nuevas fórmulas de reacción penal frente al lavado de dinero. El modelo español" en PÉREZ NORIEGA, Fernando / RAMÍREZ LEÓN, Lucero (coords.): *Memoria del seminario internacional sobre corrupción y lavado de dinero*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2011, p.19.

⁹³³ No obstante ser una regulación adecuada y acorde con la naturaleza del delito, la jurisprudencia española se pronunció en un sentido completamente contrario a la nueva redacción legal, y lo hizo una vez publicada la ley mientras que se encontraba en su periodo de *vacatio legis*. A esto BERDUGO y FABIÁN dicen: "Refiriéndose al autoblanqueo, la STS 637/2010, de 28 de junio —por ello, dictada cinco días más tarde de la publicación en el BOE de la LO 5/2010, comenzando su período de seis meses de *vacatio legis* que marca su disposición final séptima—, descarta el castigo del autoblanqueo afirmando que «de momento, el tipo penal vigente [...] nos sitúa ante una modalidad o una variante del antiguo delito de receptación [...] lo que supone que no se ha intervenido en el delito ni como autor ni como cómplice», para añadir que «esta situación se ve modificada [...] por el nuevo texto del Código Penal que incluye en el blanqueo al propio autor de los hechos delictivos. Ahora bien, esta posibilidad inculpativa nos está vedada en estos momentos». Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. "La «emancipación»...", *op. cit.*, p.5, nota 57.

⁹³⁴ Bienes jurídicos que deben ser determinados con base en los medios empleados y los fines perseguidos en cada una de las etapas del delito, tal y como se ha determinado en la tercera parte del presente trabajo.

una conexión específica entre una determinada conducta delictiva previa y el lavado de sus rendimientos. Precisamente por ello, identificar la conducta de quien lava las ganancias que antes ha obtenido como un supuesto especial de autoencubrimiento, no tiene demasiado sentido, por lo menos en los casos en que se involucra el crimen organizado, es decir, aquellos casos en los que el blanqueo de bienes constituye el eje financiero de una *industria delictiva*, por consiguiente aquellos casos en los que adquiere su máxima significación socio-económica y, por ello, su mayor lesividad.⁹³⁵

2.- La conducta en el delito de blanqueo de capitales.

2.1.- Hipótesis normativa del artículo 301.1 del CP.

“Artículo 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”⁹³⁶.

Comencemos el análisis de éste primer supuesto típico que regula el delito de blanqueo de capitales, con el estudio de los verbos rectores de la conducta típica (adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier acto), para posteriormente estudiar la finalidad de dichas conductas (ocultar o encubrir —el origen ilícito—; ayudar —a quien participó en la actividad delictiva—); en este sentido tenemos que el diccionario de la real academia española dice, respecto de los verbos rectores de la conducta típica:

⁹³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p.5.

⁹³⁶ Para comparar la evolución legislativa en el CP español, *Vid.*; *infra* anexo I, del presente trabajo.

Adquirir. Es definido en una 1ª acepción como: “ganar, conseguir con el propio trabajo o industria”, para adoptar esta definición debiéramos darle el calificativo de ilegal al trabajo o industria, por la que se adquiere; por su parte una 3ª acepción lo define como: “coger, lograr o conseguir”⁹³⁷. Adquirir supone la incorporación de un bien a un nuevo patrimonio ya sea a título oneroso ya sea a título gratuito⁹³⁸.

Poseer. Es definido como: “dicho de una persona: tener en su poder algo”.⁹³⁹ Por lo que se refiere al hecho de poseer, un sector de la doctrina consideraba que precisamente se adquiriría un bien —para los fines del verbo rector analizado en el párrafo anterior—, siempre y cuando la posesión permitiera un grado de disposición sobre los bienes⁹⁴⁰.

Utilizar. Es definido como: “aprovecharse de algo”⁹⁴¹.

Convertir. Es definido como: “hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era”⁹⁴². Así, convertir implica la transformación o transmutación de algún bien —de cualquier tipo— por otro. El que se incluya en la descripción típica éste verbo rector, tiene especial trascendencia, ya que la fenomenología del blanqueo

⁹³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹³⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 225. El autor señala que: “Este término abarca, por tanto, un conjunto amplísimo de situaciones, algunas de ellas quizá no merecedoras de una respuesta penal tan seria como es incluirlas en el delito de blanqueo.”

⁹³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹⁴⁰ MORENO CÁNOVES, Antonio / RUIZ MARCO, Francisco: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, Castellón, Edijus, 1996, p.387; Cit. por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 225, nota 276.

⁹⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

se caracteriza por la sucesiva transformación de los bienes de origen delictivo⁹⁴³.

Transmitir. En una acepción más acorde a lo jurídico, se define como: “enajenar, ceder o dejar a alguien un derecho u otra cosa”⁹⁴⁴. Así, transmitir es el resultado de cualquier forma de: transferencia, cesión, traspaso o enajenación de los capitales ilícitos. La transmisión puede ser física o jurídica con lo cual no es necesario el cambio físico de una cosa, más bien con el cambio de la titularidad del derecho sobre la cosa se actualizará ésta hipótesis normativa⁹⁴⁵.

A esta pluralidad de conductas, se le debe de añadir un último comportamiento típico, ya que la norma sanciona la realización de «cualquier otro acto», en este sentido *otro* hace referencia a un cualquier conducta diferente de —adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir—, razón por la cual las específicas conductas típicas, únicamente serían una enumeración ejemplificativa de cualquier acto dirigido a encubrir el origen delictivo de los bienes o a

⁹⁴³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 225 y 226, el autor ejemplifica diciendo “Así, el dinero obtenido por una red de prostitución se traslada a un simple asiento contable en un banco, después en un cheque de ventanilla, posteriormente es sustituido por un pagaré y finalmente se convierte en acciones al portador.

Su inclusión es particularmente útil para incluir aquellos casos en los que un bien circula por el mercado, pero sin desplazamiento de titularidad, ya que normalmente serán actos unilaterales. Así, el dinero ingresado en una cuenta corriente en nuestro país se convierte en un depósito a plazo fijo en Suiza, pero a nombre del mismo titular que ordenó la transferencia”.

⁹⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>). “El Código penal derogado utilizaba el término “transferencia”. EL cambio de este verbo por “transmitir” ha sido justificado por VIDALES RODRÍGUEZ en base a la intención del legislador de homogeneizar la definición de blanqueo que contiene la normativa administrativa, sobre todo el art. 1.1 de la Ley 19/1993, pero reconoce que esa pretendida uniformidad no se consigue en absoluto ya que las diferencias en descripción de las conductas consideradas como blanqueo son notables”. Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 226.

⁹⁴⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 226, señala que en este sentido quedan incluidas las transferencias electrónicas de fondos, que son un medio particularmente utilizado para blanquear.

ayudar a quienes intervinieron en la conducta delictiva previa a eludir las consecuencias legales de sus actos⁹⁴⁶.

Pero realizar ese “cualquier otro acto” debe ser matizado y así, siguiendo a FABIÁN CAPARRÓS sostenemos que, esta cláusula conductual tan amplia debe ser acotada a operaciones de circulación —física o jurídica—, de riqueza sucia mediante los cauces oficiales; es decir, si el blanqueo de capitales se regula bajo el título de delitos contra el orden socioeconómico, y ya desde la exposición de motivos del Proyecto de 1992 se incluía al reciclaje de activos entre los delitos dotados de una naturaleza genuinamente socioeconómica, y más aún, por los bienes jurídicos que de forma relevante se protegen con el delito, debemos concluir que únicamente se deben sancionar aquellas conductas que impliquen una circulación de bienes ilegales en el marco del mercado regular⁹⁴⁷.

Ahora bien por lo que hace a las finalidades específicas que marca el tipo penal en esta primera hipótesis delictiva contenida en el art. 301.1, tenemos que:

Ocultar. Es definido por el diccionario en una 1ª acepción como: “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista⁹⁴⁸. Mientras que encubrir, es definido en una como: “ocultar algo o no manifestarlo”, y

⁹⁴⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 206. En este sentido FABIÁN CAPARRÓS dice que el art. 301.1CP no pretende establecer un auténtico *numerus clausus* de figuras incriminadas. Por el contrario, afirma que tales verbos no son más que ejemplos de la infinidad de conductas que se pueden deducir de la expresión “o realice cualquier otro acto”, lo cual es una auténtica cláusula general que integra el núcleo del precepto; en consecuencia para poder aplicar el art. 301.1 solamente se requiere la voluntaria actuación sobre bienes de origen ilegal. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 367.

⁹⁴⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 381. Por la naturaleza jurídica del delito se debe excluir el castigo de “cualquier otro acto” que aun y encuadrando en la descripción típica desde el punto de vista semántico, “no lo es desde la óptica del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”.

⁹⁴⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

en una 2ª acepción se define como: “impedir que llegue a saberse algo.”⁹⁴⁹ Es decir, ambos verbos comparten el mismo significado.

Ayudar. Es definido en el diccionario en una 2ª acepción como: “auxiliar, socorrer”, y en 3ª acepción, “hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo”⁹⁵⁰.

La interpretación exegética de esta primera hipótesis normativa, plantea diversas interpretaciones doctrinales⁹⁵¹. Para VIVES ANTÓN Y GONZÁLEZ CUSSAC, quienes consideran que el art. 301.1 del CP, contiene dos grupos de comportamientos delictivos: El primero de ellos, es el referente a las conductas —adquisición, (posesión, utilización⁹⁵²), conversión, o transmisión de bienes—, bastando para su relevancia penal, únicamente el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, sin importar el ánimo que rige el comportamiento⁹⁵³.

⁹⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).

⁹⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 204.

⁹⁵² La reforma introducida por la LO 5/2010, es posterior a la obra de VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC (*et. al.*), pero conserva el mismo sentido y alcance que las ideas expuestas, así es que introducimos la posesión y la utilización, dentro de las conductas que señalan los autores en este primer grupo de comportamientos delictivos.

⁹⁵³ VIVES ANTÓN, Tomas S. / ORTS BERENGUER, Enrique. / CARBONELL MATEU, Juan C. / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 636. “La irrelevancia del ánimo comporta una gran diferencia con su correlativo del texto antiguo (art. 344 bis 4) 1º), que sí exigía la presencia de un elemento subjetivo del tipo. Como ha evidenciado VIDALES Rodríguez, esta ausencia viene a corroborar su carácter pluriofensivo. Pues aunque no haya intención de ocultar el bien y, con ello atentar a la Administración de Justicia, el orden socioeconómico si se vería afectado de todos modos al recibir el flujo monetario de dinero o bienes ilícitamente obtenidos.”

Una segunda interpretación es la que sostiene la doctrina mayoritaria⁹⁵⁴ —opinión con la que coincido⁹⁵⁵—, en el sentido de que las conductas —adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir—, los bienes procedentes de un delito, han de dirigirse a ocultar o encubrir su origen ilícito⁹⁵⁶; o a ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias de sus actos —favorecimiento personal—. FABIÁN CAPARRÓS, siguiendo esta línea de pensamiento, considera que se pueden distinguir dos modalidades típicas fundamentales, atendiendo al fin perseguido por el autor de la infracción⁹⁵⁷:

Una primera variante donde —adquirir (poseer, utilizar), convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes—, sabiendo que proceden de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito⁹⁵⁸.

Una segunda variante donde —adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes—, sabiendo que proceden de una actividad delictiva, con el propósito de ayudar

⁹⁵⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 172 - 175; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito...*, *op. cit.*, pp. 164 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 360 y 361; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 475.

⁹⁵⁵ Ya que siguiendo a BLANCO CORDERO, ésta sería una interpretación acorde a la normativa internacional; por otro lado, ésta interpretación se fundamenta si sobre la misma se realiza un estudio: gramatical, histórico y sistemático. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

⁹⁵⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 205. “Serían, en opinión de Zaragoza Aguado, actos de favorecimiento real”.

⁹⁵⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 360.

⁹⁵⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 360. Se introduce dentro de la explicación que el autor hace en este punto, los verbos —poseer y utilizar—, así mismo se cambia el elemento “delito grave” por “actividad delictiva”. Se realizan estos cambios —y así será en lo sucesivo— ya que por un lado no son contrarios al razonamiento de la argumentación; y por otro son acordes a las reformas introducidas por la LO 5/2010.

a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos⁹⁵⁹

Si entramos al análisis de estas dos variables contenidas en la hipótesis normativa regulada por el artículo 301.1 CP tenemos que:

a) Adquirir, poseer, utilizar, convertir transferir o realizar cualquier otro acto sobre bienes de origen delictivo, con el objetivo de encubrimiento real.

Como afirma BLANCO CORDERO, la pluralidad de conductas tipificadas en el art. 301.1, constituyen supuestos específicos de una tentativa del favorecimiento o encubrimiento real regulado en el art. 451.2 del CP. —que menciona los supuestos de ocultación, alteración o inutilización del cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento—, con lo cual no se pretende llevar el delito a su agotamiento, sino simplemente eludir la acción de la Justicia. La actualización de las conductas reguladas en el 301.1 han de dirigirse a ocultar, alterar o inutilizar bienes de una actividad delictiva previa para impedir que sea descubierto su origen ilícito. Las conductas dirigidas a ocultar el origen de los bienes producto de actividades delictivas, se encuentran previstas de forma expresa en el 301.1 CP con lo que el término *encubrimiento* únicamente puede abarcar aquí, los casos de alteración e inutilización de los bienes. En todo caso e independientemente de su tratamiento diferenciado, la ocultación, alteración e inutilización de bienes con origen delictivo constituyen supuestos de encubrimiento real, supuesto delictivo que la doctrina de forma unánime considera como lesivo del bien jurídico Administración de Justicia⁹⁶⁰.

b) Adquirir, poseer, utilizar, convertir transferir o realizar cualquier otro acto sobre bienes de origen delictivo, con el objetivo de encubrimiento personal.

Las conductas —sobre los bienes que tiene origen en una actividad delictiva—, encaminadas a ayudar a quienes intervinieron en la

⁹⁵⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 361.

⁹⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 213 y 214.

comisión del hecho previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, constituyen como señala BLANCO CORDERO, supuestos de tentativa de favorecimiento real dirigidos a conseguir el favorecimiento personal, el autor fundamenta este criterio ya que las conductas objetivamente consideradas recaen sobre los bienes de origen delictivo, pero no para impedir que se conozca el delito, sino para ayudar a los que intervinieron en el mismo a conseguir impunidad, así, desde un punto de vista objetivo, estamos en presencia de un favorecimiento personal por el objeto sobre el que recae el ejercicio final de la acción. Al igual que en el inciso anterior, estamos frente a un supuesto delictivo que la doctrina de forma unánime considera como lesivo del bien jurídico Administración de Justicia⁹⁶¹.

2.2.- Hipótesis normativa del artículo 301.2 del CP.

El segundo supuesto de de derecho que regula las posibles conductas de blanqueo de capitales, es el que señala el art. 301.2 del CP que a la letra dice: “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”.

Desde un punto de vista meramente formal, la tipicidad que ahora se estudia presenta una difícil comprensión, debido a que la conducta se encuentra presidida por dos verbos con el mismo significado —ocultar o encubrir—, que rigen siete complementos directos alternativos —«naturaleza», «origen», «ubicación», «destino», «movimiento», «derechos», «propiedad»—; por otro lado la existencia de dos conjunciones «o», no debe servir para deducir la existencia de distintos rangos entre los siete sustantivos, es decir, la expresión “movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de

⁹⁶¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 214; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Encubrimiento, los artículos 17 y 18 del Código Penal*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 93 y ss.

los mismos” no debe ser interpretada como que la «propiedad» es junto con los «bienes» objeto de los «derechos»; por último en este análisis gramatical, la inclusión del calificativo «verdadera» —femenino singular—, perturba la aparente claridad de la norma, ya que su género y número pareciera referirse únicamente al complemento «naturaleza», sin embargo debe aplicarse a cualquiera de los otros seis⁹⁶².

Cierto es que estas conductas eran contempladas desde los arts. 3.1 b) ii) de la Convención de Viena de 1988 y art. 1 de la Directiva 91/308/CEE⁹⁶³, y no obstante el carácter supranacional de dichas normas, no podemos quedarnos con la perspectiva meramente material de la hipótesis normativa contenida en el art. 301.2, por el contrario consideramos que más bien debe ser analizada conforme a la naturaleza del delito, por lo tanto, conforme a la realidad que pretende regular, de otra forma, estaríamos en presencia de un precepto lingüísticamente discutible que además es ajeno a la fenomenología del blanqueo de capitales⁹⁶⁴.

Para DÍAZ-MAROTO, lo que se castiga en la hipótesis que se estudia son las «ulteriores» operaciones de blanqueo, es decir, cuando los bienes producto del delito ya han sufrido una primera «transformación». Nos encontramos en una modalidad de «doble enmascaramiento», o sea, ante lo que encuadraría en la «tipificación expresa de la segunda etapa del proceso legitimador»⁹⁶⁵. En este sentido, recordemos que el blanqueo de capitales es un proceso que siempre es perfectible, es decir, se puede conocer cual es el punto de

⁹⁶² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 411 y 412.

⁹⁶³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, op. cit., p.20.

⁹⁶⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 412.

⁹⁶⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, op. cit. p.21. El autor considera que: “Se oculta, pues, o se encubre, la previa sustitución o transformación de los bienes obtenidos de manera ilícita, radicando el desvalor de la acción en los obstáculos que el comportamiento típico interpone a la labor de identificación aprehensión y neutralización de los bienes blanqueados, lo que intensifica, por hacer más difícil su protección, la lesión del bien jurídico”:

partida del proceso, pero siempre será susceptible de una nueva operación que lo aleje más de su origen ilícito. “Así pues, aunque el encubrimiento se componga de actos puntuales, en su conjunto, debe ser entendido como una realidad *in fieri*, como un proceso siempre susceptible de mejora. De ahí que no pueda hablarse de un lavado de capitales «perfecto» —representado por el art. 301.2—, junto a otro «imperfecto», «incompleto» o «intentado» —los actos descritos en el 301.1, realizados con el mismo fin—. Por ello, se habrá de llegar a la conclusión de que el 301.2 no penaliza «la ocultación o encubrimiento» irreparable, sino como también lo hace el art. 301.1, la ejecución de actos que sólo se aproxime a ese fin⁹⁶⁶.

El intérprete del art. 301.2 únicamente puede dar dos soluciones⁹⁶⁷, la primera entender que se trata de una modalidad específica de encubrimiento y en tal sentido la hipótesis normativa regulada por el art. 301.2, sanciona el favorecimiento real consumado e incluso el auxilio complementario al delito previo consumado. Cuando la conducta se materializa en auxilio a los delincuentes para que se beneficien de los bienes del delito previo, y así se esconda la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, estamos en presencia de un auxilio complementario regulado en el art. 451.2 CP. Cuando se actualiza este segundo supuesto típico del blanqueo de capitales, como supone una —*ocultación o encubrimiento*—, que necesariamente recae sobre bienes, estaríamos en presencia de un supuesto de favorecimiento real, con lo cual se lesiona directamente la Administración de Justicia⁹⁶⁸. La segunda solución es entender la hipótesis normativa en relación al bien jurídico tutelado,

⁹⁶⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 361 y 412.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 413.

⁹⁶⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 214 y 215. El autor expone esta postura desde un punto de vista meramente formal, antes de dar su postura con base en la naturaleza jurídica del delito.

considerando que la ocultación de los bienes no es más que la consecuencia de actos lesivos *per se*.⁹⁶⁹

Si seguimos la primera opción, ajustada a la literalidad del texto legal, bastaría con la conducta de ocultación o encubrimiento, en tal sentido el art. 301.2 debería suprimirse, puesto que caería en concurso con el art. 451.2. Por el contrario si seguimos la segunda alternativa —que ciertamente es menos acorde con la redacción legal, pero es más ajustada a la sistemática que el propio Código exige para la norma—, debemos de concluir que lo que se protege no es tanto el perjuicio a la Administración de Justicia como si lo es el perjuicio al orden socioeconómico, que aunque no se expresa en el tipo, debe de realizarse para su consumación⁹⁷⁰.

2.3.- Hipótesis normativa del artículo 301.3 del CP.

Por último dentro de las hipótesis normativas que contempla el tipo penal de blanqueo de capitales, se encuentra la posibilidad de comisión imprudente⁹⁷¹ —siempre que se trate de culpa grave⁹⁷²—;

⁹⁶⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 413.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 413. Baste por ahora, dejar señalada la problemática, la cual analizaré más adelante en el apartado 2.4 del presente tema, donde trataré la conducta delictiva regulada en la norma, desde una perspectiva teleológica del blanqueo de capitales, lo que permitirá arribar a un resultado acorde a la *ratio legis* del delito y a la determinación de la conducta con base en los bienes jurídicos que tutela el reciclaje de activo.

⁹⁷¹ Entramos al estudio de esta hipótesis típica, por ser texto legal vigente, sin embargo concurre con la doctrina que sostiene, que esta materia debería estar reservada al Derecho administrativo. En tal sentido FABIÁN CAPARRÓS señala: “[...] la penalización del blanqueo imprudente no es correcta desde la perspectiva político-criminal, dado que responde en la mayoría de las ocasiones a un utilitarismo contrario a las garantías propias de un Estado democrático de Derecho. Según creemos, un precepto como el 301.3 no tiende tanto a reprimir al que opera con unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a garantizar el castigo del sospechoso frente al que las autoridades policiales y judiciales se ven incapaces de demostrar la preexistencia en su mente de ese conocimiento. Así las cosas, debería ser el Derecho administrativo [...] el que trate de evitar estas conductas, no ya por la vía de la represión, sino por la más eficaz y menos lesiva de la prevención”. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 417; DEL MISMO AUTOR: “Consideraciones

en este sentido el art. 301.3 CP dispone: “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”⁹⁷³.

Para BLANCO CORDERO, el art. 301.3 es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona, ya que según argumenta: “no podemos convertir esta modalidad delictiva en un delito especial porque no es esto lo que dispone el tenor literal de este precepto (a diferencia de otros países en los que se limita el círculo de sujetos activos del delito imprudente). Por lo tanto, cualquier ciudadano puede cometer un delito de blanqueo de manera imprudente”⁹⁷⁴. Sin embargo “no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legales genera responsabilidad penal [...] sino meramente administrativa, pues su incumplimiento no es relevante respecto de una concreta operación de blanqueo de capitales. No ocurre lo mismo con otras obligaciones tales como la de identificación de los clientes, la de comunicación al Servicio Ejecutivo, la de abstenerse de

dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales..., *op. cit., passim*; DEL MISMO AUTOR: “Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / LIBERATORE S. BECHARA, Ana E. (coords.): *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileña*, Centro de Estudios Brasileños / Universidad de Salamanca, España, 2013, p. 383.

⁹⁷² “En orden a la protección del contenido material del tipo, cualquier ciudadano puede ser sometido al deber de interesarse por el origen de los bienes, motivo por el cual nadie debe quedar exento de la obligación penal de respetar el correspondiente deber objetivo de cuidado, máxime teniendo presente que sólo se comete el delito descrito en el art. 301.3 si se incurre en un quebrantamiento de carácter grave”. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, en *RGDP*, nº 16, 2011, p.21.

⁹⁷³ Resulta significativo que ninguna norma de UN hable sobre blanqueo de capitales imprudente, y que dentro de la normativa supranacional a la que España se encuentra vinculada y que hace referencia a esta forma comisiva del delito, únicamente se encuentran el Convenio de Estrasburgo de 1990 y el Convenio de Varsovia de 2005. *Vid.*: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente...”, *op. cit.*, pp. 4 y 10.

⁹⁷⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: El delito de blanqueo de capitales, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 756.

ejecutar las operaciones en tanto no se haya efectuado la oportuna comunicación, y la de confidencialidad de la operación. La infracción de tales obligaciones sí puede resultar determinante para que una concreta operación de blanqueo tenga éxito, por lo que su incumplimiento, individual o cumulativo, es fundamental para la construcción de la figura imprudente⁹⁷⁵.

Este supuesto típico de reciclaje de activos, menciona que, la comisión imprudente puede ser tanto del apartado 1 como del apartado 2, del art. 301 CP. Sin embargo, únicamente puede actualizarse la hipótesis normativa del 301.3 CP en los casos contemplados en el apartado 2 del referido artículo, ya que cada uno de los dos fines a que se refiere el art. 301.1 —«ocultar o encubrir» o «ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva previa»—, contienen un elemento subjetivo del injusto que impide su comisión imprudente; en tal sentido el único supuesto sobre el que pudiera actualizarse la hipótesis culposa típica sería la contenida en el art. 301.2⁹⁷⁶.

En la hipótesis normativa del art. 301.1. la exigencia al autor de una finalidad concreta refuerza el elemento volitivo del dolo, y toda vez que el elemento intelectual queda perfectamente delimitado con la exigencia de conocimiento de que el bien tiene su origen en una actividad delictiva previa⁹⁷⁷. Por esta razón es inadmisibles en esta primera hipótesis del artículo 301 la comisión imprudente, incluso quedaría excluida de la misma un dolo eventual, lo que hace que solo sea factible la comisión imprudente del blanqueo de capitales, la que encuadre en los supuestos previstos y sancionados en la hipótesis normativa del art. 301.2 CP.

La imprudencia en el delito de blanqueo de capitales, ha sido duramente criticada por la doctrina, ya que dentro del marco de los

⁹⁷⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro: El delito de blanqueo de capitales, 3ª ed..., *op. cit.*, pp. 758 y 759.

⁹⁷⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 417 y 418.

⁹⁷⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

países sociales y democráticos de derecho, la protección penal de bienes jurídicos colectivos respecto de ataques culposos es infrecuente, además de que la negligencia es poco probable en el lavado de activos a gran escala. Por lo tanto, se considera que el blanqueo imprudente, carece de fundamento material necesario para ser constitutivo de infracción penal. En consecuencia, de *lege ferenda*, la opción más acertada sería la derogación del art. 301.3 del CP.⁹⁷⁸

2.4.- Interpretación teleológica de la conducta descrita en el art. 301 del CP.

Analizadas las diversas hipótesis normativas que contiene el tipo penal de blanqueo de capitales, encuentro que la casuística normativa no se corresponde con el desarrollo fenomenológico del blanqueo⁹⁷⁹, en este sentido como afirma FABIÁN CAPARRÓS, la literalidad del art. 301 CP no siempre facilita su interpretación en coherencia con la protección de bienes jurídicos de naturaleza socioeconómica⁹⁸⁰.

A la vista de una descripción típica tan extensa, resulta inútil tratar de determinar cuál de las categorías que se analizaron pertenece a la figura delictiva del 301.1. Por lo menos en términos formales de *lege lata* existe una gran relación con las hipótesis de favorecimiento — ya real, ya personal—. Si hacemos una abstracción de cuál es la finalidad que persigue el sujeto —puesto que el tipo penal exige que actúe orientado por la idea de obtener la ocultación o el encubrimiento del origen de los bienes, o ayudar a las personas a evitar las consecuencias legales de sus actos—, nada impide que el 301.1 pueda infringirse por actos de enriquecimiento ilícito, de

⁹⁷⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente...”, *op. cit.*, pp. 26 y 31. El autor señala que la mayoría de la doctrina, durante casi dos décadas ha venido desacreditando la forma culposa del blanqueo, por considerarlo simbólico, contrario a la protección del tráfico económico e inconstitucional.

⁹⁷⁹ *Vid., supra*: tema VI., 3.- del presente trabajo.

⁹⁸⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 367.

operaciones de circulación de capitales o incluso, por la integración o inversión de los bienes ilícitos en actividades económicas plenamente regulares⁹⁸¹.

Tal pluralidad de conductas contenidas en las diversas hipótesis normativas que regulan el delito nos sitúan frente a un tipo mixto alternativo, respecto del cual, ARÁNGUEZ se cuestiona sobre las razones que han motivado al legislador a formular un tipo penal tan abierto, y siguiendo a QUINTERO OLIVARES llega a la conclusión de que esta forma de tipificar el blanqueo de capitales, se debe al temor de olvidar alguna conducta y al deseo de reunir en un solo precepto legal lo que antes estaba disperso⁹⁸². Para poder diferenciar entre las conductas del tipo, así como el concurso aparente de normas con los delitos de receptación y encubrimiento, se debe recurrir a la interpretación teleológica para poner orden a una conducta típica descrita de forma tan caótica por el legislador⁹⁸³.

La interpretación teleológica es la que sigue BLANCO CORDERO, y dice: "frente a una interpretación del blanqueo de capitales acorde con su naturaleza jurídica, que lo configuraría como un delito contra la Administración de Justicia, consideramos más acertado proceder a una interpretación teleológica del mismo. La intención del legislador parece dirigirse a la configuración de un delito contra el orden socioeconómico, como se deriva de la propia ubicación sistemática del art. 301 CP en el Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», Además los precedentes legislativos avalan tal interpretación. El Preámbulo del nuevo Código Penal de 1995 dice, expresamente, que en su elaboración «se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del [Proyecto] de 1992». EL Preámbulo del Proyecto de CP de 1992 defendía

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 379.

⁹⁸² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁸³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 222; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.) / *et. al.*: *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 70.

respecto del blanqueo de capitales el carácter de delito que «genuinamente» agrade al orden socio-económico”⁹⁸⁴.

Una correcta interpretación de la normativa que regula el delito de blanqueo de capitales, debe de hacerse atendiendo al fin de la conducta delictiva; el intérprete debe estar al ejercicio de la acción final, de lo contrario llegará a resultados erróneos en su análisis. En otras palabras, una interpretación meramente exegética conforme a la descripción que la ley hace del delito nos llevaría a considerar el delito de blanqueo de capitales como una modalidad específica de encubrimiento —donde únicamente se protege como bien jurídico la Administración de Justicia—, lo cual además de absurdo —por la redundancia legislativa—, resultaría contrario a los fines perseguidos con las iniciativas que tanto internacional como nacionalmente se han encaminado a prevenir, perseguir y sancionar las conductas de lavado de activos.

Como se analizó en la segunda parte del presente trabajo; cuando se atiende a la finalidad del blanqueo, debemos partir de la estructura fenomenológica del delito, ya que el mismo solo se entiende en su característica de proceso —por el desarrollo de la fase externa del *iter criminis*—, dentro de la cual se debe distinguir entre sus diversas etapas —colocación, conversión e integración—; más aún, de cada etapa del blanqueo de capitales se tiene que determinar la finalidad perseguida, así como los medios empleados para conseguirla.

Resultado de un análisis en tal sentido, obliga a entender el blanqueo de capitales como un delito contra el orden socioeconómico⁹⁸⁵, con

⁹⁸⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 215; Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, núm. 121/000102, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, 23 de septiembre de 1992, pp. 12 y 16.

⁹⁸⁵ Un gran sector doctrinario considera el orden socioeconómico como el bien jurídicamente vulnerado por el delito de blanqueo de capitales: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 270 y 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 - 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, C: “El blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 61 - 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El*

la división que en su momento hicimos respecto del orden socioeconómico en sentido estricto y el orden socioeconómico en sentido amplio.

La exégesis de la normativa vigente, refiere el principio de lesividad en el blanqueo de capitales a la finalidad de las primeras fases del delito, ya que se encuentra enfocada a la sanción de la ocultación del origen ilícito de los bienes, con lo cual se tiene una visión parcial del fenómeno delictivo, que se centra puntualmente en un aspecto de su lesividad y que no agota —por mucho—, el fundamento de la existencia del delito: *la incidencia contra el orden económico en su conjunto*. La ventaja de entender al blanqueo de capitales como un delito contra el orden socioeconómico, además de la adecuación a su específica naturaleza, es que vincula al delito con la finalidad de la última fase del blanqueo —la integración de los bienes de origen delictivo en la economía legal—, con lo cual se incluyen todas las etapas intermedias del proceso de reciclaje, es decir, no se actúa

blanqueo de capitales..., *op. cit.*, pp.14 y 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 y 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 209 – 229; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 128 y 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 – 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 – 43; GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad” p. 851; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general...*, *op. cit.*, pp. 50 – 57 y 73; DEL MISMO AUTOR: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, pp. 294 – 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines” en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 418 y ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros”, *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992, pp. 52 y ss.; SOTO NIETO, Francisco: “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996, p. 1541; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, pp. 86 – 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales” en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996, pp. 1418 y 1419.

sobre la finalidad de las etapas intermedias —colocación y conversión—, como ocurre en el caso de considerarse un delito contra la Administración de Justicia⁹⁸⁶.

3.- El resultado.

Por la pluralidad de conductas con las que se puede ejecutar el blanqueo de capitales, y ante la pluralidad de bienes jurídicos que el delito tutela, la doctrina discute su naturaleza de delito, como de mera actividad o como de resultado⁹⁸⁷. Precisamente por esa multiplicidad conductual regulada por el CP, es que se considera, que el art. 301.1 CP regula un delito de peligro abstracto, en consecuencia un delito de mera actividad; mientras que el art. 301.2 regula en su descripción típica un delito de resultado⁹⁸⁸.

Como afirma ARÁNGUEZ, la doctrina mayoritaria se inclina en considerar al delito de la forma apuntada; sin embargo el autor discrepa de tal postura y dice: “Pero esta concepción tropieza con una importante objeción: Si el legislador ha tipificado expresamente un supuesto de tentativa en el párrafo primero del art. 301 Cp y lo sanciona con la misma pena que el delito de resultado recogido en el párrafo segundo, ¿por qué más tarde, en el art. 304 Cp, castiga la conspiración, la proposición y la provocación de tales actos con una pena atenuada en uno o dos grados también respecto al párrafo primero del art. 301 Cp?”

En nuestra opinión el delito de blanqueo del art. 301 Cp, tanto en su párrafo primero como en el segundo, constituye un delito de peligro en abstracto, pues se presume la lesividad para el bien jurídico (la lealtad en la competencia) tanto de la ocultación del origen delictivo del bien, como de la reintroducción de ese bien en los círculos económicos legales. Y es que es muy difícil entender que el blanqueo

⁹⁸⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 230.

⁹⁸⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 250.

⁹⁸⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 250; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...”, *op. cit.*, p. 606.

es un delito de resultado, porque siendo el blanqueo un proceso siempre perfectible, no puede afirmarse con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado, sino que cada conducta de blanqueo sólo supone una mayor distanciamiento del bien respecto a su origen ilícito.”⁹⁸⁹

Del análisis fenomenológico del blanqueo de capitales, se determina que con la actualización de las diferentes etapas que componen al delito, se vulnera una pluralidad de bienes jurídicos dignos de tutela penal. Ahora bien, cuando se habla del resultado típico en el delito, se está haciendo referencia a la reinserción de capitales de origen ilícito que después de haber sido sometidos a un proceso, han sido dotados de una apariencia de legalidad que les permite su reintegración en el tráfico comercial lícito.

Tal resultado, tiene aparejadas grandes consecuencias negativas para el Estado que los sufre, mismas que son exponenciales, y tienden a aumentar afectando siempre los sectores económico, político y social del país receptor de las conductas. Es por lo anterior, que siguiendo a FABIÁN CAPARROS “Si lesiva es la mera puesta en circulación de rendimientos criminales, aún lo es más la utilización ulterior de los mismos en la práctica de actividades productivas lícitas”⁹⁹⁰.

Por el resultado tan lesivo que produce el blanqueo de activos, se vuelve necesario para la conservación del Estado conocer de manera clara, precisa y concreta, cual es el principio de lesividad en materia de blanqueo de capitales, ya que solo con tal conocimiento se estará en posibilidad de prevenir, perseguir y sancionar el resultado típico apuntado. Así en la actualización del resultado del blanqueo de capitales, el intérprete siempre tendrá que tener presente las finalidades de las etapas intermedias, así como la finalidad última del delito; de lo contrario se pueden caer en supuestos que nada incumben al delito, produciéndose un abuso del derecho al punirse

⁹⁸⁹ Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 251.

⁹⁹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 304.

conductas como los negocios socialmente adecuados de los que habla BLANCO CORDERO⁹⁹¹.

Considero, que la problemática de la interpretación en el resultado del blanqueo de capitales, se limita al ámbito de su estudio. Si se analiza el art. 301 CP, se tiene que concluir que la descripción típica del párrafo primero regula un delito de mera actividad, mientras que el párrafo segundo regula un delito de resultado. Sin embargo, si lo que se analiza no es la norma jurídica, sino la fenomenología con la que se presenta el delito, hay que concluir, que para su determinación como de resultado o de mera actividad, se debe de tener presente el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro, dependiendo de la etapa y de los medios empleados para la consumación del delito.

4.- La actividad delictiva previa.

Según ha considerado la jurisprudencia, la infracción determinante es un elemento normativo del tipo penal, en este sentido *mutatis mutandis* la STS 1504/2003, de 25 de febrero de 2004: "*Es innegable que uno de los elementos normativos del tipo, es el relativo a la procedencia del dinero[...]*", como tal debe de quedar a interpretación del juzgador, consideramos esta aclaración, de especial importancia en el tema que nos ocupa, ya que precisamente la jurisprudencia ha sido muy nutrida al respecto.

Antes del CP vigente, el reciclaje de activos únicamente era penado cuando los bienes objeto del delito eran procedentes del narcotráfico⁹⁹². La regulación que el CP de 1995 ha hecho respecto de la infracción determinante en el delito de blanqueo de capitales,

⁹⁹¹ Como los casos en que el delincuente destina el producto del ilícito a satisfacer las necesidades básicas de la vida; o los casos en los que los abogados cobren honorarios de un delincuente, a sabiendas que dicho capital es producto del crimen. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: "Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales" en *ADPCP*, nº L, enero 1997, p.272.

⁹⁹² Regulación criticada al comienzo del presente capítulo.

ha sido objeto de diversas reformas, en un primer momento se refería a «delitos graves»⁹⁹³; posteriormente la LO 15/2003 amplió el cuadro de infracciones a cualquier hecho tipificado como delito, ésta reforma para BERDUGO y FABIÁN, constituye un gran avance en la determinación de la autonomía del blanqueo, además de facilitar la prueba del delito, ya que desde entonces solo basta acreditar un conocimiento genérico del sujeto activo respecto del origen criminal de los bienes, sin que sea necesario probar la concreta procedencia de dichos bienes⁹⁹⁴.

Actualmente a partir de las reformas introducidas por la LO 5/2010, el vigente art. 301.1 del CP exige el conocimiento —por parte del sujeto activo del delito—, de que los bienes objeto del blanqueo procedan de «una actividad delictiva»⁹⁹⁵. Este cambio introducido

⁹⁹³ Es decir, según el texto entonces vigente, debía tratarse de delitos con pena de prisión superior a tres años. A partir de la LO 15/2003 se modificó el art. 32.2 del Código Penal, estableciendo que los delitos graves son los que alcanzan una pena superior a cinco años. De ésta forma resultaba necesario siquiera la determinación del delito de naturaleza grave del cual procedían los capitales. Así se puede ver en la sentencia STS 707/2006, de 23 de junio: “Sabido es cómo para la existencia de este delito del art. 301.1 CP, conocido con el nombre de blanqueo de capitales, se requería, en aquellas fechas 1999 a 2001 en que ocurrieron los hechos, que los bienes receptados, en este caso el dinero que se cambió de pesetas a dólares tuviera su origen en un “delito grave” (ahora, por LO 15/2003, se habla sólo de delito)”.

Es decir, para condenar por estas infracciones de blanqueo de capitales se exigía como uno de los elementos de tales infracciones esa procedencia concreta de los bienes receptados. No basta afirmar su origen en “negocios ilícitos”, sino concretar que vienen de algún “delito (grave)”, que habrá que precisar en la correspondiente resolución condenatoria, lo que aquí no se hace.

Ante tal omisión, no nos queda otra opción que un pronunciamiento absolutorio: faltó un elemento del tipo delictivo del art. 301.1 CP, una vez que la sentencia recurrida excluyó la procedencia relativo al tráfico de drogas”.

⁹⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹⁵ De acuerdo con esta reforma, las conductas punibles como delito de blanqueo de capitales, deberán tener como antecedente una actividad delictiva, cualquiera que esta sea. En tal sentido y analizando sus implicaciones con el delito fiscal, *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales” en *RECPC* 13-01 (2011), p.15.

por la última reforma al delito, tiene como finalidad, adecuar a la ley el pacífico criterio jurisprudencial⁹⁹⁶, por el cual no es necesario la existencia de una Sentencia ejecutoria, que condene sobre el delito previo, bastando su acreditación en términos fácticos⁹⁹⁷.

Para la constatación de la «actividad delictiva previa⁹⁹⁸», resulta suficiente su acreditación mediante la prueba indiciaria y es la misma jurisprudencia la que expone los razonamientos por los cuales dicha probanza no es violatoria del principio de presunción de inocencia.

“La primera cuestión que debemos analizar se refiere a los presupuestos de hecho que justificarían que los bienes “tienen su origen en un delito”, así como la aplicación del párrafo 2.º del art. 301.1 CP. La cuestión planteada se contrae a la vinculación del recurrente con el llamado “mundo de la droga” y de la inferencia que de allí se realiza para firmar que el delito, del que provienen los bienes en cuestión, es el tráfico de drogas.

El origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo penal objetivo con todas las consecuencias que de ello se derivan. En lo que aquí interesa como elemento del tipo debe ser objeto de la prueba y, en este sentido, se debe destacar que no rige al respecto ninguna regla especial. Por lo tanto, son aplicables a la prueba del “origen delictivo de los bienes” los principios enunciados en las SSTC 174/1985, 175/1985 y 229/1998, según las cuales “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria”. Es decir: el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del art. 301 CP no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado, ni que el acusado por el delito del art. 301 CP haya sido el autor del delito.”⁹⁹⁹

⁹⁹⁶ Vid.: STS 575/2003, de 14 de abril; STS 1450/2004, de 2 de diciembre; STS 924/2005, de 17 de junio; STS 94/2006 de 10 de febrero; STS 390/2007, de 26 de abril.

⁹⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹⁸ Una de las problemáticas principales, que conciernen al blanqueo de capitales, es la referente a la acreditación de la procedencia ilícita de los bienes a blanquear, así como la conexión del sujeto activo con el delito determinante. Vid.: TRILLO NAVARRO, Jesús P.: *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008, p.140

⁹⁹⁹ STS 928/2006, de 5 de octubre.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran, que a falta de prueba directa se debe recurrir a la prueba indirecta o indiciaria, con la cual se desvirtuaría la presunción de inocencia con base en determinados hechos concluyentes que deben estar plenamente acreditados, en este sentido tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo han establecido los requisitos que la prueba de indicios debe cumplir, en este sentido la Segunda Sala del Supremo ha dicho, que tal probanza debe satisfacer los siguientes extremos:

“a) Los indicios deben estar plenamente acreditados y han de ser plurales si bien que excepcionalmente, puede ser único pero dotado de una singular potencia acreditativa.

b) Han de ser concomitantes al hecho que se trata de probar

c) Deben estar interrelacionados cuando sean varios y han de reforzarse entre si.

d) Que a partir de los indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, no absurdo, arbitrario, infundado o inverosímil, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya como conclusión natural el dato que es preciso demostrar, existiendo entre ellos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

e) Que en la sentencia se expresen cuáles sean los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia, y se explique el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

f) La inferencia debe ser inequívoca, en el sentido de no hallarse abierta a otras posibles conclusiones igualmente lógicas en sentido exculpatorio.”¹⁰⁰⁰

Una vez acreditados estos requisitos exigidos para la validez de la prueba indiciaria, debemos de concluir que si los mismos no acreditan la existencia —jurídica¹⁰⁰¹—, de la actividad delictiva previa, por lo menos permiten concluir razonadamente y mediante un proceso lógico deductivo, que los bienes objeto del lavado de

¹⁰⁰⁰ STS Sala 2.ª, 1277/2006, de 15 de diciembre, Cfr.: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., p. 417.

¹⁰⁰¹ Nos referimos por existencia jurídica, a que en el caso concreto no se necesita el juicio por virtud del cual la Autoridad competente acredita que existió una conducta típica, antijurídica, culpable y en consecuencia aplicó una pena —o medida de seguridad—.

dinero, proceden de una actividad delictiva —por lo menos en el plano fáctico—. A esto la jurisprudencia ha establecido que:

“Si se manejan cantidades importantes de dinero y a tal hecho básico se añade la inexistencia de negocios lícitos que pudieran justificar la procedencia de tales cantidades, cabe dar como probado que ese dinero tiene un origen ilícito. Pero si a estos dos hechos básicos unimos la verificación de que la persona que realiza esos manejos tiene relación con el mundo del tráfico de drogas, máxime cuando es sorprendido en un negocio ilícito de estas características tan importantes como el aquí examinado relativo a 84 kilogramos de heroína de 57% de pureza, algo cuyo valor sobrepasa los mil millones de pesetas, podemos decir que hay prueba de indicios razonablemente suficiente para condenar por esta particular infracción penal.

Así lo razona la sentencia recurrida y así lo ha considerado esta sala al menos en dos sentencias, una de 23-5-97 y otra de 28-12-99, que infieren la realidad de este delito de la concurrencia de los tres mencionados hechos básicos o indicios:

- 1.º Manejo de importantes cantidades de dinero;
- 2.º Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el origen de esas cantidades;
- 3.º Alguna conexión con el mundo del tráfico de drogas¹⁰⁰²

El criterio dado por la jurisprudencia sobre la prueba indiciaria en relación a la procedencia de los bienes que se pretenden blanquear, es un criterio pacífico en doctrina, dentro de la cual podemos citar a FERNÁNDEZ TERUELO, quien siguiendo los criterios judiciales, habla de los hechos que pueden ser considerados como indicios para acreditar la actividad delictiva previa¹⁰⁰³:

a) El incremento inusual del patrimonio o el manejo de unas cantidades muy elevadas de dinero, sin que exista una explicación razonable. Esto es así ya que al no existir una actividad lícita que justifique un incremento patrimonial o transmisiones dinerarias —

¹⁰⁰² STS 1584/2001, de 18 de septiembre.

¹⁰⁰³ Los siguientes 3 incisos sobre los hechos que acreditados son indicios suficientes para acreditar la falta de legitimidad en la procedencia de los bienes sobre los que se actúa, los da: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G.: “Corrupción y lavado de dinero. Nuevas fórmulas de reacción penal frente al lavado de dinero. –El modelo español–” en PÉREZ NORIEGA, Fernando / RAMÍREZ LEÓN, Lucero (Coords.): *Memoria del seminario internacional sobre corrupción y lavado de dinero*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2011, p. 17.

cuando las sumas son muy elevadas—, es un claro indicio de que las mismas proceden de alguna actividad delictiva.

b) La realización de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, mismas que regularmente —entre muchas otras—, son: manejo de dinero en efectivo, falsas contabilidades, la existencia de sociedades superpuestas o fantasmas, una actividad comercial no ajustada a la legislación mercantil o financiera, etc.

c) La acreditación de cualquier vínculo o relación entre el blanqueador y alguna actividad delictiva, o entre el blanqueador y personas o grupos dedicados a actividades delictivas; al no ser necesaria la condena del delito previo, basta —para tener indicios—, que el sujeto activo del blanqueo haya sido procesado o incluso solamente investigado, por la comisión de algún delito relacionado.

Además, como señala FABIÁN CAPARRÓS, “entre otros muchos, se aprecian como indicios la relevancia cuantitativa de los bienes blanqueados, la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas, lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto, la naturaleza y características de las operaciones económicas —llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico—, la inexistencia de justificación ilícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones, la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales, la existencia de sociedades instrumentales o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas, etc.”¹⁰⁰⁴

Siguiendo con los lineamientos para que adquiera valor el proceso deductivo en que consiste la prueba indiciaria, la STS 707/2006, de 26 de junio dice:

¹⁰⁰⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente...”, *op. cit.*, pp. 28, 29 y nota 101. El autor señala entre otras, las SSTS 628/2011, de 22 de julio; 57/2008, de 25 de enero; 483/2007, de 4 de junio, etc. Además precisa que, se ha llegado a aceptar que el silencio del imputado puede reforzar la inferencia realizada, pudiéndose considerar que es un indicio más la omisión de explicaciones ante la existencia de una colección de evidencias indirectas (STS 358/2004 de 16 de marzo).

“La acreditación del delito de blanqueo de capitales procedente de actividades ilícitas presenta dificultades de prueba inherentes a la propia dinámica del hecho delictivo. Precisamente lo que se pretende por medio de estas actividades es envolver el hecho ilícito originario en los velos que proporciona el mercado financiero o cualquier otra actividad mercantil. El centro de la investigación se debe concentrar en descifrar negocios ficticios que no responden a una realidad económica o jurídica ni son el resultado de un negocio jurídico limpio. Para exculpar a los imputados es necesario que todos los elementos concurrentes estén perfectamente esclarecidos y se pueda demostrar que tienen su origen en una actividad lícita, que responde a la realidad de prestaciones o ingresos realizados por la persona o personas a que conciertan el negocio.

Las actividades típicas pasan por convertir, ese decir, en transformar por medio de artificios, bienes procedentes de un hecho ilícito estableciéndose una especial agravación cuando el delito generador sea el tráfico de drogas. También se incluye, para agotar las posibilidades delictivas, las actividades de transformación destinadas a encubrir u ocultar el origen delictivo de los bienes o cualquier forma de auxilio para ayudar a las personas que hayan participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Las dificultades para desentrañar o desvelar la trama oculta bajo un aparente negocio legal son evidentes. Las estructuras económicas y algunos “tabúes” subsistentes en torno la opacidad financiera de determinadas operaciones favorecen, de forma casi institucionalizada, la posibilidad de que determinados bienes que tienen un origen en actividades ilícitas, especialmente en el tráfico de drogas, puedan sustraerse a la acción de los Tribunales.

Por ello está unánimemente admitido por la comunidad internacional y por la cultura constitucional más garantista, que la utilización de métodos inductivos sobre bases indiciarias, está absolutamente justificada, si se quieren conseguir los efectos previstos por el legislador. El Grupo de Acción Financiera (Gafi) y los instrumentos internacionales de cooperación en materia de blanqueo de capitales, constituyen la política vertebral de la Unión europea y de la cooperación con terceros países.”¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁵ STS 707/2006, de 23 de junio. Insistiendo sobre la no vulneración de la presunción de inocencia, mediante la valoración de la prueba indiciaria, FERNÁNDEZ TERUELO sita el siguiente bagaje jurisprudencial: “TC 174/85, RTC 1985, 174 y 175/85, RTC 1985, 175, así como 1-12-1988, RTC 1988, 219 y 21-12-1998 (RTC 1988, 256)-, siempre y cuando existan indicios plenamente acreditados relacionados entre si y no desvirtuados por otras pruebas o contra indicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable - TS 22-11-1990, RJ 1990, 9141, 21-3-1992, RJ 1992, 4253, 18-6-1993, RJ 1993, 5195, 5-3-1998, RJ 1998, 1768 y 26-10-1999, RJ 1999, 8137-. De modo reiterado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (TS 19-12-2003, RJ 2004, 2128), TS 2-12-2009, TS 4-7-2006, RJ 2006, 4730 y TS 1-2-2007, RJ 2007, 3246) ha insistido en que la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las

Así, el Tribunal Constitucional ha legitimado la prueba indiciaria en relación con el principio de presunción de inocencia, diciendo que “a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia”¹⁰⁰⁶.

En la normativa internacional, desde la Convención de Viena hasta nuestros días, las iniciativas internacionales se han encausado en una progresiva ampliación del cuadro de delitos previos. En el marco de Naciones Unidas: la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, exige en su art. 6, a los Estados signatarios, la tipificación de los actos de blanqueo cubriendo «la gama más amplia posible de delitos determinantes» y en iguales términos se encuentra el art. 23 de la Convención contra la Corrupción. En el marco del Consejo de Europa: el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, requiere a las partes —según su anexo—, a tipificar el blanqueo de capitales en por lo menos una relación de veinte grupos de delitos, permitiendo en su art. 9.º la

ganancias o ilícitos beneficios no precisa de prueba directa detallada y concreta; bastando una convicción razonable que puede sustentarse en elementos indiciarios”. Cfr.: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G.: “Corrupción y lavado de dinero...”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰⁶ STC 117/2007, de 21 de mayo, citada por FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente...”, *op. cit.*, p. 29.

posibilidad de evitar la generalización de conductas delictivas previas bajo el criterio de insignificancia de la pena.¹⁰⁰⁷

La desvinculación paulatina del blanqueo de capitales —que en la legislación vigente entendemos como completa—, a un delito determinante y por ende la no exigencia de acreditación plena de “algún” delito anterior, que haya producido los bienes que se pretenden blanquear, obedece a nuestro entender a dos cuestiones, fundamentales:

En primer lugar.- A la propia y específica naturaleza jurídica del blanqueo de capitales, en relación con los bienes jurídicos que protege, ya que al tratarse de un delito con un objeto de protección propio, se afirma su autonomía, la cual con base en esa específica lesividad le atribuye una sustantividad propia, que vuelve innecesaria la acreditación plena de un delito previo, ya que el delito anterior y el reciclaje de activos se deben de entender como dos entidades jurídicas diferentes. En este sentido considero acertado que el CP vigente únicamente exija que los capitales a blanquear procedan de una *actividad delictiva*.

Si con el delito de blanqueo de capitales, lo que se pretende es tutelar intereses jurídicos de contenido eminentemente socioeconómico, se debiera considerar dentro de esa actividad delictiva, únicamente la importancia cuantitativa de los capitales a blanquear, toda vez que los efectos perjudiciales del delito, son directamente proporcionales a la cantidad de bienes blanqueados y en su caso reinvertidos; sin embargo debemos de aclarar, que esto no significa que pugnemos por un *quantum* típico, que señale la atenuación o agravación del delito si las operaciones efectuadas se realizan por encima o por debajo de esa cantidad, consideramos siguiendo a FABIÁN CAPARRÓS que el legislador debiera formular en la norma, una delegación genérica y flexible, para que sea la práctica judicial “la que establezca y actualice día a día los criterios destinados a castigar con mayor o menor pena aquello que

¹⁰⁰⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

realmente así lo merezca en razón de su importancia cuantitativa”¹⁰⁰⁸.

En segundo lugar.- A la propia naturaleza fáctica del desarrollo del delito, ya que por su propia fenomenología, lo convierte en una realidad delictiva sumamente dinámica —en su ejecución—, cambiante —en sus formas—, y sobre todo —como se ha explicado¹⁰⁰⁹—, en la generalidad de los casos de blanqueo, las fases del delito se superponen a otras. Con estas características de la fase externa del *iter criminis* delictual, sería casi imposible la persecución del ilícito si se tuviera que esperar a que causara ejecutoria la sentencia de un juicio en el que se acreditara la existencia del delito previo, para así poder perseguir al blanqueo de capitales.

Sobre la relevancia de la actualización de las conductas de blanqueo, en relación con el delito previo, la jurisprudencia ha señalado que:

“En lo que se refiere al supuesto delito previo del que se deriven los bienes que se dicen blanqueados, la STS 575/2003, del 14-4, es clara al señalar que: “Podría pensarse, desde una óptica interpretativa estrictamente formalista, que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de la existencia de delito, no puede aplicarse el art. 301 CP. Sin embargo, la doctrina de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Recordemos la S. Núm 17-4, de 29 de septiembre de 2001, que pone de manifiesto 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. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 297 y 298.

¹⁰⁰⁹ *Vid, supra*: tercera parte del presente trabajo.

¹⁰¹⁰ STS 483/2007, de 4 de junio

5.- El tipo objetivo agravado.

5.1.-Por la actividad delictiva previa.

El art. 301.1 CP, ordena en su párrafo 2º que: “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 artículo 374 de este Código.”¹⁰¹¹.

Por la última reforma que se hizo al delito¹⁰¹², se adicionó un párrafo 3º al art. 301.1, en el cual se ordena que: “También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V¹⁰¹³, VI¹⁰¹⁴, VII¹⁰¹⁵, VIII¹⁰¹⁶, IX¹⁰¹⁷ y X¹⁰¹⁸ del Título XIX¹⁰¹⁹ o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI¹⁰²⁰.”

¹⁰¹¹ “Es cierto, con todo, que no existe ningún Convenio que obligue a sancionar más gravemente el blanqueo de los bienes del narcotráfico, por lo que el legislador español va más allá de sus compromisos internacionales”. Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 264.

¹⁰¹² LO 5/2010, de 22 de junio.

¹⁰¹³ CP. Título XIX, cap. V.- Del Cohecho.

¹⁰¹⁴ CP. Título XIX, cap. VI.- Del tráfico de influencias.

¹⁰¹⁵ CP. Título XIX, cap. VII.- De la malversación.

¹⁰¹⁶ CP. Título XIX, cap. VIII.- De los fraudes y exacciones ilegales.

¹⁰¹⁷ CP. Título XIX, cap. IX.- De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

¹⁰¹⁸ CP. Título XIX, cap. X.- De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

¹⁰¹⁹ Título XIX. Delitos contra la Administración Pública.

¹⁰²⁰ Título XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente; cap. I.- De los delitos sobre la ordenación del territorio y del urbanismo.

La agravante del delito en relación a la procedencia del objeto del mismo, no ha sido pacífica, y así desde la reforma de 2003, la agravante que hoy se contempla en el segundo párrafo del art. 301.1, representaba una problemática interpretativa al regularse en el tipo básico, que los bienes a blanquear debían ser procedentes de «delitos graves», en este sentido el debate se centraba en que si la agravante surgía por el simple hecho de que la conducta de reciclaje recayese sobre bienes originados en cualquier delito relativo al tráfico de drogas, independientemente de su pena, o si por el contrario la agravante operaba cuando la conducta previa de narcotráfico era de las consideradas como graves. Para MARTÍNEZ-BUJÁN el tipo cualificado dependía del tipo básico, con lo cual se debían colmar todos los extremos de este, entre ellos que fuera un «delito grave», con esta interpretación se excluía del blanqueo las conductas que recayesen sobre bienes que tuviesen su origen en el tráfico de drogas «blandas» tipificado en el art. 368 CP, puesto que no era un delito grave¹⁰²¹. A partir de la última reforma al delito con la que en el tipo básico se exige solo que se trate de una “actividad delictiva” aquella de la que proceden los bienes a reciclar, se termina la polémica expuesta, con lo que como hemos dicho, no referir al blanqueo a un delito previo se tiene un gran avance, sin embargo, inexplicablemente se contempla una agravante, que resulta anacrónica e inexplicable según la naturaleza del delito.

En el apartado anterior cuando se expuso la conducta delictiva previa, se estableció que el principal criterio jurídico, por virtud del cual se ha desvinculado al delito de blanqueo de capitales de un delito determinante, es por que su especial naturaleza lo convierte en un delito con sustantividad y autonomía propia, cualidades derivadas de la específica protección de los bienes jurídicos que

¹⁰²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 516, quien citando a DEL CARPIO, Juana y ABEL SOUTO señala: “reconociendo la incongruencia que suponía castigar como tráfico de drogas la conducta que realiza un mero consumidor-trafficante y no castigar en cambio el comportamiento de quien se enriquece ilícitamente con el tráfico de esas drogas blandas. Con todo, [...] el blanqueo que recae sobre bienes procedentes del tráfico de drogas blandas puede ser perseguido a través de otras vías.”.

tutela. Bajo este contexto, resulta poco afortunado el criterio que se mantiene a partir de la LO 5/2010, por el cual se sanciona con una pena agravada «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», e insistimos en que tal criterio es poco afortunado, ya que por imperativo del principio de lesividad, en nada importa la procedencia de los bienes para una mayor o menor vulneración de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales. BERDUGO y FABIÁN se cuestionan: “[...]¿acaso el blanqueo de bienes derivados del narcotráfico implica mayor desvalor que el que se practica sobre otros? Incluso apreciando la situación desde la perspectiva de quienes relativizan la autonomía del delito respecto del injusto de la previa infracción, ¿merece especial atención el lavado de los bienes del narcotráfico que el de las ganancias de otros merados ilegales organizados, como el comercio de personas, armas u órganos humanos?”¹⁰²².

Los mismos argumentos son aplicables al párrafo tercero del art. 301.1 CP, puesto que con idéntica técnica legislativa se agravó la pena del blanqueo de capitales cuando la actividad delictiva previa que origina los bienes que se pretenden blanquear, sea alguno de los delitos contra la Administración Pública o cuando se trate de delitos contra la Ordenación del territorio. Esta reforma fue acogida por el Congreso en atención a los escándalos de corrupción urbanística que en los últimos años han salido a la luz a través de los medios de comunicación¹⁰²³, sin embargo, con todo, la indiscutible gravedad y vinculación del blanqueo de capitales y la corrupción, no justifican en forma alguna el agravamiento específico de la pena¹⁰²⁴.

¹⁰²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, pp. 264 y 265.

¹⁰²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 4.

En suma, considero que las medidas tomadas por la LO 5/2010, respecto de conservar la agravante del delito cuando los bienes a blanquear proceden del tráfico de drogas —párrafo 2º del art. 301.1 CP—, así como introducir una nueva agravante del blanqueo cuando se laven bienes procedentes de delitos cometidos contra la Administración Pública o la ordenación del territorio —párrafo 3º del art. 301.1 CP—, son medidas que no se encuentran en concordancia con la naturaleza específica del blanqueo de capitales en relación a la propia y especial lesividad del delito, ya que si se entiende de una vez por todas que el delito de blanqueo de capitales es una figura completamente diferente al delito precedente, se debe concluir necesariamente, que en nada importa al blanqueo la actividad delictiva previa¹⁰²⁵.

5.2.- Por el sujeto activo.

Según la persona que realice las operaciones de blanqueo de capitales, el ordenamiento penal español regula tres agravantes al tipo básico del artículo 301.1 CP; dos de dichas agravantes se encuentran en el artículo 302.1 CP mientras que la tercera es la que señala el artículo 303 CP¹⁰²⁶.

A efecto de evitar repeticiones en la argumentación crítica, analizaré de forma sistemática las agravantes del artículo 302.1 CP y después se expondrá la crítica del referido artículo a la luz del principio de

¹⁰²⁵ Respecto de estas agravantes del blanqueo de capitales en relación a la procedencia de los bienes que se pretende blanquear BERDUGO y FABIÁN consideran: “resulta una medida tan incoherente como comparativamente injusta. Incoherente, porque no tiene sentido que la LO 5/2010 refuerce la autonomía del delito de blanqueo de capitales con medidas con las antes indicadas y, simultáneamente, vuelva la mirada atrás para buscar referencias para el castigo en la infracción determinante. Comparativamente injusto, porque el Parlamento se ha dejado llevar por criterios de alarma social, olvidando que hay otros muchos delitos que protegen bienes jurídicos de extraordinaria importancia y que, sin embargo, no disfrutan de esta —a pesar de todo, cuestionable— tutela complementaria. Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La «emancipación»...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰²⁶ *Vid.*: Anexo I del presente trabajo.

lesividad; posteriormente y continuando con esta misma metodología, se analizará la agravante contenida en el artículo 303 CP, con lo que estaremos en posibilidad de formular las críticas correspondientes, siempre con base en los bienes jurídicos que el delito de blanqueo de capitales protege.

5.2.1.- Análisis de las agravantes contenidas en el art. 302.1 CP.

El artículo 302.1 CP ordena: “*En los supuestos previsto 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*”.

a) *Agravante por la pertenencia a una organización dedicada al blanqueo de capitales.*

La primera agravante que señala el art. 302.1 —pena privativa de libertad que corresponda en su mitad superior—, se expresa de forma general y recae sobre quienes pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo de capitales. Dentro del ordenamiento penal español, tal agravante tiene antecedente en los artículos 344 bis j) y en el segundo párrafo del 546 bis f) —ambos del viejo Código¹⁰²⁷—. Mientras que en el plano internacional¹⁰²⁸, encuentra antecedente en el art. 3.º, apartado 5 a), de la Convención de Viena de 1998¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, op. cit., p.24. quien señala que pareciera que la anterior legislación exigía que para que pudiera hablarse de “organización” se necesitaba de un «mínimo de permanencia y una cierta estructura organizada»; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995...*, op. cit., p. 144.

¹⁰²⁸ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, op. cit. p.24; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370.

¹⁰²⁹ “Artículo 3 delitos y sanciones

El primer elemento del art. 302.1 CP que tenemos que comentar, es el verbo «pertenece»; el término debe de interpretarse de forma textual como «formar parte de», sin que su acreditación requiera formalidad alguna, es decir, basta con la acreditación indiciaria del hecho¹⁰³⁰, puesto que en el actuar criminal, nadie posee una especie de registro o carnet de «socio» dentro de una organización que blanquea capitales. Pero con todo, la aplicación de la agravante, solo será procedente con la acreditación plena de que el sujeto activo del delito «pertenece» a dicha organización¹⁰³¹, para lo cual se tendrá que estar a las circunstancias específicas del caso concreto, y donde, por esas circunstancias que envuelven al delito, tendrá una especial relevancia la prueba indiciaria; a esto el Tribunal Supremo menciona:

“Para que haya una organización, lo mismo para uno que para otro de tales dos delitos, se exige algo más que la simple colaboración de varias personas en la actividad delictiva (coautoría). Es necesario que haya alguna superestructura jerarquizada a la que estén sometidas una pluralidad de personas con papeles diferentes, todo ello orientado a la comisión de la correspondiente infracción.

Es evidente que en el caso presente tal organización necesariamente tuvo que existir, y así lo inferimos nosotros de los hechos por los que aquí se ha condenado:

1º EL Manejo de cantidades importantes de dinero obtenidas del tráfico de drogas, detectadas porque fueron cambiadas en determinadas entidades, por un valor total superior a los cincuenta y seis millones de pesetas.

2º La traída desde Turquía a España, en un autobús preparado al efecto, de una cantidad de heroína, 84 kilogramos, cuyo valor supera los mil millones de pesetas.

Tales actividades delictivas, por su magnitud y la consiguiente necesidad de movilización de muchas personas y elementos materiales, revela la existencia de esa organización cuyos pormenores es claro que no podemos conocer. Conviene hacer

5.- Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte”

¹⁰³⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 321.

¹⁰³¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal...*, op. cit., p. 407.

constar aquí que en la presente causa penal hubo otras cinco personas procesadas, además de las que fueron condenadas en la instancia, que por su situación de rebeldía no pudieron ser enjuiciadas.

Respecto a la pertenencia concreta de estos tres recurrentes a tal organización, también hay datos de los cuales podemos deducirla.

En cuanto a los dos recurrentes, han tenido una participación muy activa en tales dos hechos delictivos. Ambos han realizado multitud de operaciones de blanqueo de dinero durante varios meses y ambos viajaron de Madrid a Barcelona para hacerse cargo del valioso envío de heroína procedente de Turquía.

Y en cuanto al otro recurrente, es muy significativa la única actividad que ha quedado probada en el presente proceso: a nadie extraño a la organización se le encomienda la custodia de un cargamento de 84 kilogramos de heroína para trasladarla en autobús desde Turquía a Barcelona.

Por tanto, consideramos bien aplicada la agravación del art. 369.6º (para el delito de tráfico de drogas), y a las dos primeros también la del art. 302 (en relación con el delito de blanqueo de dinero)¹⁰³².

Ahora bien, por la pluralidad de personas que pueden intervenir en una organización criminal blanqueadora de capitales, el verbo «pertenecer» —que venimos analizando—, constituye un elemento muy técnico en el tipo descrito en el artículo 302 CP.; la jurisprudencia, analiza la pertenencia en oposición a la colaboración, diciendo:

“Pero si no existe organización, tampoco encontramos que, de haberla, aparezca la pertenencia a ella de los acusados en los términos requeridos por esta Sala. En efecto, como señalan las SSTS de 2 de abril de 1996, 21 de septiembre de 1995 y 16 de octubre de 1998, entre otras, la norma legal no utiliza el término “colaboración” con una organización o asociación destinada a la difusión de drogas, sino “pertenencia” a la misma que equivale a ser miembro o integrante de la organización y conlleva algo más que la mera colaboración ocasional, aun cuando no sea precisa una integración formalizada.

La “transitoriedad” a que se refiere el párrafo 6.º del art. 396, no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma y la “ocasionalidad” también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma. Lo que pretende el precepto es sancionar más gravemente el aprovechamiento por sus integrantes de redes estructuradas, más o menos formalmente, que sean utilizadas en el concreto supuesto enjuiciado con independencia de la duración en el tiempo

¹⁰³² STS 1584/2001, de 18 de septiembre.

de dichas redes o de que los fines perseguidos por a asociación no sean en exclusiva los de difusión de la droga, confluyendo con otros que pueden ser legales, pero, en cualquier caso, el ámbito subjetivo de la agravación se limita por el legislador, de forma expresa, a los “pertenecientes” o integrantes de la organización y no a los meros colaboradores ocasionales.

Nada aparece en la sentencia que permita aseverar fuera de toda duda razonable que los acusados estuvieran integrados en una organización criminal en los términos de “pertenencia” mencionados, por tal motivo debe ser estimado y excluido del fallo condenatorio la aplicación del art. 302.1 CP¹⁰³³.

En todo caso, según reiterada jurisprudencia, se vuelve requisito *sine qua non* de la agravante que se analiza, la demostración plena de la pertenencia a la organización¹⁰³⁴; en este sentido los tribunales han dicho que:

“Si examinamos el hecho probado nos encontramos con una referencia absolutamente inespecífica, genérica, indeterminada y en absoluto clarificadora de la agravante de pertenencia a organización. No se puede aumentar la pena si no se deriva de unos hechos clara y terminantemente probados”¹⁰³⁵.

¹⁰³³ STS 586/2006, de 19 de mayo.

¹⁰³⁴ Así, la relación del sujeto activo del delito con una organización, no necesariamente equivale a que dicho sujeto active forme parte de la misma; la STS 970/2006 de 3 de octubre sostiene: “Se denuncia la aplicación indebida del art. 302 CP, relativo a la agravación de la pena en los supuestos de pertenencia a una organización. Este motivo lo vamos a estimar porque una cosa es la organización y otra distinta que los acusados pertenezcan o formen parte de la misma”.

Así mismo la STS 419/2006, de 12 de abril menciona: “Lo objetado es, pues, un vacío de prueba y, como consecuencia, un defecto de subsunción por falta de correspondencia entre el supuesto concreto de la sentencia y el abstractamente previsto en el art. 302 CP, en relación con el art. 301 de este texto.

Pues bien, ya sólo la misma lectura de los hechos obliga a dar la razón al recurrente, pues lo que allí se afirma es que éste adquirió los bienes descritos con conocimiento de que el dinero necesario al efecto procedía de una organización criminal. Y esto se sostiene con buen fundamento probatorio, una vez acreditado como lo está que el acusado carecía de medios propios y que la naturaleza de los objetos, a tenor del contexto, sólo podía tener interés para sujetos implicados de manera estable en actividades como las de referencia. Pero lo que presta base a esa primera imputación no la da, sino embargo para implicar al acusado orgánicamente en ese núcleo criminal articulado, que sería el fundamento de la agravación. “

¹⁰³⁵ STS 110/2006, de 8 de febrero.

“Pero no puede decirse lo mismo (que quede probado) con respecto al tipo especialmente agravado, comprendido en el art. 302 CP, consistente en pertenencia a una organización dedicada a los fines señalados en los supuestos previstos en el artículo anterior.

El primero de los funcionarios del SVA comparecidos en la Vista dio su opinión sobre “que todas las actividades de este tipo necesitan una organización detrás”. Pro, a preguntas del Presidente del Tribunal, añadió “que sobre las personas que pudieran estar detrás del acusado no se llegó en la investigación a averiguar quiénes eran”.

La Sala de instancia en los dos último párrafo de su fundamento jurídico primero, correlativamente, da por hecha la pertenencia del acusado a una organización destinada al blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, estimando que la realidad de la organización viene dada por la necesidad de que las operaciones de blanqueo anteriormente descritas, hayan sido realizadas por un grupo de personas, de forma coordinada, con distribución de tareas y vocación de continuidad y permanencia.

Sin embargo, tal necesidad no se evidencia. La actuación del acusado fue concreta y simple, limitándose a adquirir la embarcación, utilizando un dinero que para ello se pondría a su disposición. No se ve la imprescindibilidad de la actuación de todo un grupo, dotado de un programa de actuación, cierta permanencia y estructura (STS1260/1997, de 13 de octubre). Bien pudo recibir el dinero de una persona individualmente considerada, aunque dedicada al ilícito tráfico. La admisibilidad de la posibilidad alternativa distinta de la aceptada por la Sala de instancia, lleva al rechazo de la razonabilidad de su argumentación y de su conclusión, que no puede compartirse¹⁰³⁶.

El siguiente elemento típico de la agravante que se estudia, se refiere a la «organización»; tal y como afirma CALDERÓN, el ordenamiento penal español no contiene un concepto legal de organización y para discernir sobre el tema acude a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en el art. 282 bis¹⁰³⁷ señala como delincuencia organizada la

¹⁰³⁶ STS 137/2005, de 2 de febrero.

¹⁰³⁷ Art. 282 bis 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del

asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, actividades delictivas. El autor señala que la jurisprudencia ha venido delimitando lo que debe entenderse por organización, haciendo referencia al subtipo agravado previsto para el tráfico ilícito de drogas en el artículo 369.1.1^a, sobre el cual la STS 57/2003, de enero dice:

“Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa “establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo”.¹⁰³⁸

Para QUINTERO OLIVARES, una organización no puede entenderse como una persona jurídica, ya que si tal hubiera sido la intención del legislador así lo hubiera expresado; el mismo aclara que la jurisprudencia entiende por organización, cualquier grupo de personas con un reparto de actividades y con planes comunes — aunque sea de forma transitoria—, lo cual constituye una interpretación en extremo amplia, que además es ajena al concepto

Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

¹⁰³⁸ CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, *op. cit.*, p. 468. En el mismo sentido la STS 154/2003, de 25 de febrero que señala: “El concepto de organización, desde una perspectiva criminológica, supone la concretación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural, que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida, entre varias personas.

criminológico de organización delictiva¹⁰³⁹. Considero que hay que distinguir entre organización y persona jurídica, así, una organización, en el contexto que se estudia no puede entenderse como una persona jurídica, ya que éstas cuando se constituyen debe de tener un objeto social lícito, el cual representa el límite operativo de dicha sociedad, a grado tal que todo acto llevado acabo en exceso de dicho objeto, resulta inexistente; en tal sentido es absurdo pensar, que dentro del objeto social de alguna persona jurídica se incluya una cláusula que señale como finalidad «realizar cualquier operación de blanqueo de capitales»¹⁰⁴⁰.

En este sentido, por persona jurídica se entenderá las reguladas en el art. 35 CCiv.; mientras que por organización se entenderá las reguladas en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Distinguiendo así, la organización dedicada al blanqueo (art. 302.1 CP), de las personas jurídicas que blanquean capitales (art. 302.2 CP), considero que se responde el problema interpretativo de éste último precepto, ya que pareceira ser, por su redacción, que las personas jurídicas solo serán responsables en los supuestos señalados en el art. 302.1 CP¹⁰⁴¹, cuando la *ratio* del ordenamiento,

¹⁰³⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal...*, op. cit., p. 948.

¹⁰⁴⁰ La STS 1260/1997, de 13 de octubre, señala que para la determinación de la existencia de una organización, se debe atender a la cuestión fáctica de su actividad, es decir, se debe acreditar la existencia de hecho de la organización, sin la necesidad de acreditar los formalismos constitutivos de la misma. Cfr.: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., p. 474.

¹⁰⁴¹ Por la mala redacción del art. 302.2 CP, comparto lo dicho por BLANCO CORDERO: "Un importante problema de interpretación de este precepto es consecuencia de su defectuosa redacción que comienza con la expresión «en tales casos». Tales casos parecen ser los del nº 1 del art. 302 CP, lo que supone una limitación en exceso (sic) del ámbito de aplicación de este precepto, pues solo se va a poder castigar penalmente a una persona jurídica cuando el blanqueo se comete en el marco de una organización dedicada a la comisión de este delito. No creo que fuera esta la voluntad del legislador, que se dejó llevar por la redacción del texto derogado y mantuvo la mencionada locución. En cualquier caso, habrá que estar a lo que decidan los Tribunales sobre esta cuestión". Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., op. cit., pp. 914 y 915.

es punir los actos de blanqueo, en general, cometidos por personas jurídicas.¹⁰⁴²

En cuanto a la forma en que se estructura la organización la STS 867/1996 de 12 de noviembre dice:

“[...]El concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo, mas en cambio no depende esa figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integren, de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas, o normaciones expresas ni de cualquier otro formalismo constituyente.”¹⁰⁴³

El sentido y alcance del artículo 302.1 CP, hace referencia a que la agravación de la pena de blanqueo recaerá en personas que pertenezcan a organizaciones tanto lícitas como ilícitas¹⁰⁴⁴, ya que por la fenomenología del delito tanto unas como otras son capaces de realizar operaciones de blanqueo, y es precisamente por eso que la ley utilizó el término organizaciones, evitando así, excluir a todas aquellas «sociedades» no formales que lavan dinero¹⁰⁴⁵.

Por otro lado la organización a que alude la agravante del art. 301.1 CP, hace referencia necesariamente, a cualidades de permanencia y jerarquía¹⁰⁴⁶, de un grupo mínimamente estable, con un esquema de

¹⁰⁴² Vid., supra, tema X, C., 1.1.- del presente trabajo.

¹⁰⁴³ STS 867/1996, de 12 de noviembre.

¹⁰⁴⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de Blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 321; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico...*, op. cit., p.517.

¹⁰⁴⁵ Excepcionalmente se pueden dar casos en que la organización que blanquea capitales, se erija para una sola actividad blanqueadora, en esos casos, la jurisprudencia ha considerado, que para la permanencia que acompaña a las organizaciones, no resulta incompatible que las mismas se constituyan para una sola empresa criminal. STS 1095/2001, de 16 de julio. Cfr.: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., p. 474.

¹⁰⁴⁶ En este sentido: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales...*, op. cit., p.249; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal...*, op. cit., p.407; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa*

dirección y planificación donde unos mandan y otros cumplen. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia STS 483/2007, de 4 de junio, la cual señala los requisitos que deben de cumplirse para que estemos en presencia de una organización, y lo hace de la siguiente forma:

“La organización lleva consigo, por su propia naturaleza una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización (SSTS 1419/2003, de 31-10, 57/2003, de 23-1): Precisa de cierta permanencia aunque puede valer la constituida para una operación específica, siempre que exista un centro de decisiones, diversos niveles jerárquicos y posibilidad de sustitución de unos por otros (STS 1095/2001, de 16-7). El concepto de organización supone la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural que haga imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas (STS 25-2-2004).

La STS 19-9-2002, precisó que en nuestro Código no se dice que ha de entenderse por organización o asociación a los efectos de la concurrencia de esta agravación. Según doctrina de esa sala basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien por que hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad, así las cosas todos los partícipes en el delito integrados en tal estructura “pertenezcan” incurrir en este subtipo agravado.

En definitiva el concepto de organización es relativamente indeterminado y su apreciación requiere, según la jurisprudencia, las siguientes notas: a) existencia de una pluralidad de personas; b) distribución de cometidos entre ellas; c) estructura jerarquizada; d) plan predeterminado en cuyo desarrollo se actúa; e) dotación de medios asignados al fin delictivo; y f) estabilidad o vocación de continuidad (SSTS 31-10-2003, 25-2-2004, 19-1-2005, 2-2-2005).

Consecuentemente no nos encontramos con una situación de coautoría o coparticipación, sino ante el desarrollo de un plan delictivo con personas coordinadas entre si con estructura jerárquica y distintas tareas encomendadas a cada persona dentro de tres subgrupos organizados con conexiones internacionales, lo que integra el subtipo agravado del art. 302.1 CP”.¹⁰⁴⁷

parte especial..., *op. cit.*, p.309; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo código penal...*, *op. cit.*, p.1355.

¹⁰⁴⁷ STS 483/2007, de 4 de junio; en el mismo sentido se pronuncia la STS 867/1996 de 12 de noviembre.

Otra acotación referente al elemento organización, es la que señala ARÁNGUEZ respecto a que si las actividades de la misma son exclusivamente de blanqueo o no¹⁰⁴⁸; de la interpretación del tipo, no puede deducirse, que la organización se dedique en exclusiva a blanquear capitales, bastará con que la organización sea utilizada de forma accidental para tales fines¹⁰⁴⁹, ya que criminológicamente es frecuente que una empresa mezcle su actividad legal con otras actividades ilegales de blanqueo, de tal suerte que si no aceptamos la aplicación de la agravante en actividades de reciclaje puntuales, sería restringir el ámbito de aplicación de la norma¹⁰⁵⁰. A este criterio, se contraponen el de CALDERÓN y SAAVEDRA los cuales consideran que “La organización a que se refiere el art. 302 ha de dedicarse precisamente al blanqueo de bienes, por exigencia del tipo penal”¹⁰⁵¹; fundamentan su criterio en la doctrina del Tribunal Supremo, que dice:

“Si las pruebas indiciarias pueden descubrir la existencia de una organización dedicada a la importación de hachís, no ha podido quedar superado en el orden probatorio la justificación de la existencia de una organización dedicada al blanqueo de dinero, proveniente del ilícito tráfico de esa droga.

El fundamento jurídico 1.º en el intento de justificar y razonar la decisión judicial (art. 120-3 C.E.) nos dice: “la realidad de tal organización viene dada por la necesidad de que las operaciones antes descritas (tráfico de drogas) cuya finalidad era la de blanquear capitales de origen ilícito, hayan sido realizadas por un grupo de personas, de forma coordinada, con distribución de tareas y vocación de continuidad y permanencia [...]”.

¹⁰⁴⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 321.

¹⁰⁴⁹ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, op. cit., p.24p. 25, quien citando a Quintero dice: “[...] de ahí que [...] contemple en el precepto dos tipos de organizaciones a efectos del delito: las que siendo formalmente legales han escondido accidentalmente un proceso de blanqueo y las que son sólo sociedades o negocios ficticios dedicados a la transformación de bienes procedentes de delitos”.

¹⁰⁵⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 321. El autor precisa que: “la fundamentación de la agravación reside en la mayor lesividad del blanqueo realizado desde una estructura organizada, no en la continuidad de la organización en el desarrollo de esta actividad”.

¹⁰⁵¹ CALDERÓN CERESO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., p. 474.

Con esa sola base, es lo cierto que la inferencia resulta excesivamente abierta y con una inocultable debilidad probatoria, si no ausencia de pruebas. Se puede presumir que existe otra persona que ha facilitado el capital del acusado, pero nada más. Deducir de ahí que exista una organización destinada al blanqueo de capitales hay una gran distancia que las reglas de la lógica y la experiencia no cubren.

Parece ser que existe una confusión sobre qué clase de organización es la que debe operar en este caso como calificativa: la prevista en el art. 369-6 del C. Penal o la del art. 302 del mismo texto legal. Habría datos para entender concurrente la primera, pero aunque así fuera, no tendría efecto alguno, al faltar la imputación de un tipo delictivo básico previsto en el art. 368, al único que se remite el 369, ambos del C. Penal.

Su confusión ha quedado más evidente en los términos explicitados en los hechos probados, que serán objeto de análisis en el motivo siguiente.

Éste debe estimarse parcialmente, entendiendo insuficientemente probada la existencia de una organización con el fin específico de blanquear capitales, dados los términos estrictos del tipo que se aplica (art. 302, en relación al 301.1 par. 1.º y 2.º C. Penal).¹⁰⁵²

En mi opinión, la forma de entender a la organización, tiene que ser respecto de aquellas, que mezclen actividades tanto legales como ilegales, es decir, respecto de aquellas empresas que realicen actividades de blanqueo incluso de forma ocasional; ya que como afirma ARÁNGUEZ, “la fundamentación de la agravación reside en la mayor lesividad del blanqueo realizado desde una estructura organizada, no en la continuidad de la organización en el desarrollo de esta actividad”.¹⁰⁵³ Así, la agravante contenida en el art. 302.1 CP, se actualizará cuando se acredite que el sujeto activo pertenece, a una asociación de tres o más personas, que realiza incluso ocasionalmente, pero de forma permanente o reiterada, actividades de blanqueo de capitales.

¹⁰⁵² Cfr.: CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., pp. 474 y 745. Quienes citan la STS 789/2005, de 29 de junio —transcrita—, y resaltan las expresiones que en la misma se contienen tales como “dedicada al blanqueo de dinero” y “fin específico de blanquear capitales”. Así mismo como fundamento de su afirmación citan las SSTs: 2545/2001, de 4 de enero de 2002; 731/2004, de 7 de junio; 390/2007, de 26 de abril y 1450/2004, de 2 de diciembre.

¹⁰⁵³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., p. 321.

b) *Agravante por ser jefe, administrador o encargado de la organización que se dedica al blanqueo de capitales.*

La segunda agravante del art. 302.1 CP —consistente en imponer pena privativa de libertad superior en grado—, es para aquellos casos en que el delito se cometa por “jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones”; esta segunda agravante, tiene en la normativa española un antecedente referido al 344 bis j) del viejo Código, sin embargo tal regulación no encuentra correspondencia en ninguno de las iniciativas internacionales sobre la materia¹⁰⁵⁴.

“Por jefes, administradores o encargados de la organización debemos entender aquellas personas que dentro de la organización tiene la capacidad de decisión y aparecen como responsables de sus actividades. En este sentido, propone Joshi Jubert, la siguiente interpretación restringida de estos términos: por jefe se debe entender la persona que manda sobre otras o que es seguida por otras que se someten, voluntariamente o no, a su autoridad; administrador es aquél que dirige económicamente la organización y, finalmente, encargado es aquella persona que dirige un negocio en representación del dueño de éste. En opinión de esta autora, toda vez que estas características no sean posibles de afirmar se debe suponer la no aplicación de la agravante. En cualquier caso la aplicación de esta agravante presupone siempre la probada existencia de la organización”¹⁰⁵⁵.

En cualquier caso, todo criterio que diferencie los conceptos: «jefe, administrado o encargado», carece de relevancia por la equiparación que el texto legal hace de los mismos; en este sentido lo que resulta importante para la agravante que se estudia, es la delimitación negativa de la misma: “Serán miembros de la organización quienes carezcan de facultades decisorias dentro del seno de su

¹⁰⁵⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370.

¹⁰⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 696.

organización, pues si el sujeto puede ejercer un cierto control sobre el grupo, entrará en alguna de las categorías estudiadas”¹⁰⁵⁶.

Esta agravante que recae sobre los sujetos activos del delito, que tienen la calidad de: jefes, administradores o encargados en organizaciones que blanquean capitales; no supone una derogación de las reglas generales en materia de autoría y participación¹⁰⁵⁷, en tal sentido, deberá estarse a dichas reglas para determinar la participación de tales sujetos activos en el delito de blanqueo de capitales.

Consideramos que por la fenomenología con la que se desarrollan los ilícitos penales dentro de una organización criminal, adquiere especial relevancia la acreditación fáctica de la capacidad de mando o dirección del sujeto activo del delito, toda vez, que resulta improbable pensar en la existencia de un organigrama donde se señalen los puestos que ocupan y las facultades que ejercen los integrantes de la organización. CALDERÓN y SAAVEDRA señalan que la condición de jefes, administradores o encargados se atribuye por la posición de relevancia que el sujeto activo ocupa dentro de la organización así como por las decisiones que toma¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 324.

¹⁰⁵⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 323; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: “La dimensión internacional del blanqueo de dinero” en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 244.

¹⁰⁵⁸ CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, op. cit., p. 479, quienes citan el siguiente criterio del Tribunal Supremo: “«Discute el recurrente la aplicación de la agravación específica del art. 344 bis j) CP 1973. Pero los términos de la sentencia no dejan el menor espacio para la duda. En efecto, se ha acreditado que, inicialmente, recibió dinero, cuya conversión en cheques en dólares él mismo gestionaba; y que, en un Segundo momento, es ya él quien tiene la responsabilidad de seleccionar a otras personas para que realice tales operaciones; personas a las que, como se razona en la sentencia, instruye, proporciona fondos y de las que recibe los cheques obtenidos por ellas para darles el curso correspondiente. En definitiva, no puede ser mas obvio que, de este modo pasó de actuar en un plano meramente ejecutivo y de último nivel, a hacerlo, de manera estable, en la calidad de responsable de una fase del complejo proceso a que se viene haciendo referencia y en posición supra ordenada respecto de otros sujetos. Se trata, así, de un modus operandi que incluye

Por último, una acotación importante sobre esta agravación, consiste en que el jefe, administrador o encargado sea de una organización dedicada al blanqueo de capitales; con lo cual se excluye a los directivos de empresas que actúan dentro del mercado lícito, pero eventualmente realizan actividades de lavado de activos¹⁰⁵⁹.

c) *Consideraciones a las agravantes contenidas en el art. 302.1 CP.*

Analizados los elementos que conforman las dos primeras agravantes al tipo básico de blanqueo de capitales, reguladas en el art. 302.1 CP, nos corresponde ahora, hacer un análisis crítico de las mismas, con base en el principio de lesividad.

Es ilustrativo el criterio de GOMEZ INIESTA, cuando menciona: “Dado el desarrollo que en la actualidad han adquirido las organizaciones criminales, que les permite controlar amplio sectores económicos y disponer de una cantidad ingente de recursos, perjudicando de esta manera a otras empresas con menos disponibilidad y, [...]desestabilizando el sistema financiero y comercial a través de operaciones ilícitas con las que obtienen los fondos necesarios para el desarrollo de su actividad comercial, industrial y financiera, lícitas; el legislador no podía permanecer impasible y por ello ha previsto una agravación común a todo el artículo 301 imponiendo la pena privativa de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados, y la superior en grado a sus dirigentes (jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones).”¹⁰⁶⁰

todos los presupuestos que conocida jurisprudencia de esta sala reclama para que sea de aplicación el subtipo agravado de referencia (STS de 2 de abril de 1996, y de 13 de febrero 1997, entre muchas otras)» (STS 2545/2001, de 4 de enero de 2002)”.

¹⁰⁵⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 323.

¹⁰⁶⁰ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, op. cit., pp. 53 y 54.

La primera parte del criterio doctrinal transcrito, es cierta y por tanto estoy de acuerdo, la criminalidad organizada en relación con el blanqueo de capitales, incrementa la rentabilidad económica de las actividades criminales que le son propias —narcotráfico, tráfico de órganos, redes de prostitución, juego ilegal, contrabando de armas, etc.—; además, cuando las operaciones de blanqueo de capitales son realizadas por organizaciones especializadas en tal actividad, se incrementa la capacidad de captar capitales ilícitos, mientras que se dificulta la persecución del delito y se difuminan las responsabilidades criminales¹⁰⁶¹.

En este sentido, es obvio que el crimen organizado, tiene una mayor aptitud para afectar los bienes jurídicos que se protegen con el blanqueo de capitales: licitud de los bienes que circulan en el mercado, estabilidad del sistema financiero, administración de justicia y orden socioeconómico en sentido amplio.

Pero el legislador no es congruente con el fin perseguido con la agravante, ya que la *ratio* de la misma sería imponer una pena mayor por el incremento en la peligrosidad, incremento que se produce por el vínculo asociativo en relación con el blanqueador que actúa individualmente. Sin embargo, el texto del artículo 302.1 CP hace de la agravante una circunstancia personal subjetiva, por la que se castiga la cualidad individual de «pertenecer a una organización» dedicada a fines de blanqueo; mientras que lo que se debiera punir de forma agravada, son los actos de blanqueo en el marco de una organización criminal.¹⁰⁶² La sanción agravada del numeral 302.1 CP

¹⁰⁶¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 318. Quien además critica la forma de regulación, ya que es en el combate a la delincuencia organizada es preferible la regulación de forma general, puesto que la agravación de la pena en los delitos especiales se traduce en una estrategia contraria a la economía legislativa.

¹⁰⁶² “En Efecto, la letra dada a la agravante hace de ella una circunstancia personal, subjetiva, en virtud de la cual lo que se castiga no es la realización de actos de blanqueo de capitales en el marco de una organización criminal, sino la cualidad exclusivamente individual de que el culpable se encuentre integrado en una estructura preordenada al reciclaje. Tal vez la observación pudiera parecer carente de importancia; pero si lo que se puna con especial dureza es el mero hecho de que un sujeto pertenezca de forma estable a un grupo, y no la forma objetiva como se ha ejecutado el hecho —siendo esto último lo verdaderamente relevante, desde el

—tal como se encuentra regulada—, roza peligrosamente un Derecho penal de autor, en vez de enfocarse en las condiciones objetivas del o los casos concretos de blanqueo de capitales.

La segunda consideración, que con base en el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales, hago a las agravantes que se estudian, versa sobre su origen; la génesis del artículo 302.1 CP, tiene antecedente histórico en disposiciones dirigidas al tráfico de drogas. Como se explicó, la primera agravante —consistente en pena privativa de libertad que corresponda en su mitad superior y recaer sobre quienes pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo de capitales—, tiene antecedente dentro del ordenamiento penal español, en los arts. 344 bis j) y en el segundo párrafo del 546 bis f) —ambos del viejo Código¹⁰⁶³—. Mientras que en el plano internacional¹⁰⁶⁴, encuentra antecedente en el art. 3.º, apartado 5 a), de la Convención de Viena de 1998¹⁰⁶⁵. Ahora bien, la segunda agravante —consistente en imponer pena privativa de libertad

punto de vista material—, no podrá ser agravado el castigo —mereciéndolo, a nuestro juicio— de los que, conscientemente, colaboran de forma ocasional con un (sic) banda organizada.”Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 371

¹⁰⁶³ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, op. cit., p.24. quien señala que pareciera que la anterior legislación exigía que para que pudiera hablarse de “organización” se necesitaba de un «mínimo de permanencia y una cierta estructura organizada»FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995...*, op. cit., p. 144.

¹⁰⁶⁴ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, op. cit., p.24; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370.

¹⁰⁶⁵ “Artículo 3 delitos y sanciones

5.- Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte”

superior en grado, es para aquellos casos en que los condenados sean: jefes, administradores o encargados de las organizaciones dedicadas al blanqueo—, tiene en la normativa española, antecedente en el art. 344 bis j) del viejo Código, mientras que en el plano internacional carece de antecedentes¹⁰⁶⁶.

Vemos que todo el antecedente tanto nacional como supranacional del artículo 302.1 CP, tiene fundamento en normas jurídicas creadas específicamente para el combate al narcotráfico, lo cual ha limitado —legal, doctrinaria y jurisprudencialmente—, la autonomía del blanqueo de capitales, considerándolo un delito subordinado al narcotráfico, en tal sentido la STS 483/2007, de 4 de junio, menciona:

“Como esta Sala ha dicho en Sentencias 266/2005, de 1-3; 202/2006, de 2-3, y 506/2006, de 10-5, remitiéndose a las sentencias 649/1996, de 7-12; 356/1999, de 15-4, y 1637/2000, de 10-1, entre otras, el art. 546 bis.f), antecedente del actual art. 301 CP 1995, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1988, de 24 de marzo, "con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas", pretendiendo "incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia", como literalmente señalaba la Exposición de Motivos.”.¹⁰⁶⁷

Efectivamente el blanqueo de capitales representa el último peldaño de la delincuencia organizada, si entendemos a la misma como una «*empresa criminal*»¹⁰⁶⁸, y dentro de este tipo de organizaciones dedicadas a actividades ilícitas las que mayor alarma han creado — por la violencia que la rodea, por los graves daños a la salud pública que origina, así como por la generación de diversas actividades delictivas como: tráfico de armas, prostitución, corrupción, etc.—, son aquellas dedicadas al tráfico ilícito de narcóticos; también es cierto que, dicha actividad criminal produce enormes cantidades de dinero que necesitan ser blanqueadas para un pleno disfrute por aquellos que las producen. Sin embargo el blanqueo de capitales no

¹⁰⁶⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370.

¹⁰⁶⁷ STS 483/2007, de 4 de junio.

¹⁰⁶⁸ *Vid., supra*, tema VI., B., 1.1.- del presente trabajo

es privativo del narcotráfico, más aun, ni siquiera es exclusivo del crimen organizado.¹⁰⁶⁹

5.2.2.- Análisis de la agravante contenida en el art. 303 CP.

a) *Agravante por el cargo, profesión u oficio de quien blanquea capitales.*

El artículo 303 CP ordena: “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.”

Esta norma se encuentra reproducida literalmente en el artículo 372 CP —regulada dentro del capítulo relativo a los delitos contra la salud—, y ambos artículos tienen como antecedente el artículo 344 bis c) del CP anterior; esto explica la redacción poco afortunada del precepto, ya que el señalar todas esas profesiones, se debe a que el viejo CP, solamente punía el blanqueo de bienes procedente del narcotráfico; aunque hay que destacar la inclusión en el actual CP, de la profesión de «intermediario en el sector financiero», que no se contemplaba en el anterior Código y, cuya actividad se encuentra estrechamente relacionada con el delito¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Sobre la autonomía del delito de blanqueo de capitales, *Vid., supra*, tema X, A., del presente trabajo.

¹⁰⁷⁰ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 1988, pp. 300 y 301.

Nos encontramos aquí, frente a una agravación por la condición personal de los sujetos activos, y aun y cuando la norma refiera que la agravante se aplicara a «los hechos previstos en los artículos anteriores», lo que remitiría a los demás artículos contenidos en el Capítulo XIV (artículos 298 y ss.), la interpretación lógica, por ubicación y contenido del artículo 303 CP, es que únicamente se aplica a los tipos contenidos en los artículos 301 y 302, respecto de los cuales sólo tiene sentido la remisión¹⁰⁷¹. Entendida así la agravante que se estudia, tenemos que coexisten dos agravantes a un tipo básico, y si pretendemos una correcta aplicación de las mismas —respetando los principios fundamentales del *ius puniendi*—, hay que dar criterios interpretativos que permitan su aplicación y coexistencia; FABIÁN CAPARRÓS da los siguientes lineamientos, con los cuales estamos en total acuerdo, puesto que es la única forma, en que correctamente se pueden entender ambas agravantes:

“Si el reo pertenece a una organización criminal y al ámbito subjetivo que se deduce del párrafo segundo del art. 302, será de aplicación la pena prevista en esta norma (inhabilitación especial por tiempo de tres a seis años). Como es obvio, también se le habrá de imponer el correspondiente incremento de la privación de libertad, prescrito en el párrafo primero del art. 302.

Si el reo pertenece a una organización criminal y al ámbito subjetivo que se deduce del párrafo segundo del art. 302, pero también al ámbito subjetivo expresado del art. 303, se impondrá, en lugar de la inhabilitación prevista en el 302, la anunciada en el 303 (especial por tiempo de tres a diez años o, en su caso, absoluta por tiempo de diez a veinte años)¹⁰⁷². Todo ello sin perjuicio, claro está, del

¹⁰⁷¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, op. cit., p.29; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte especial...*, op. cit., p. 317.

¹⁰⁷² El autor, introduce un pie de página para ejemplificar su criterio, mismo que transcribo, por considerarlo explicativo del criterio que adoptado, dicha nota dice: “Así, baste pensar en un empleado de banca que, integrado en una organización criminal, se vale de su posición para transferir grandes cantidades de dinero a un paraíso fiscal con objeto de ocultar su origen. Como profesional, le sería aplicable la inhabilitación por tiempo de tres a seis años prevista en el párrafo segundo del 302;

incremento de la privación de libertad previsto en el párrafo primero del art. 302.

Si el reo no es miembro de una organización criminal, la literalidad del párrafo segundo del art. 302 («en tales casos», señala en términos tan exclusivos como excluyentes) impide que le sea aplicable ninguna de sus previsiones punitivas. Así pues, la inhabilitación prevista en el art. 303 —ya sea especial o absoluta— solamente se aplicará a quienes se hallen dentro del ámbito subjetivo del citado artículo.¹⁰⁷³

b) *Consideraciones a las agravantes contenidas en el art. 303 CP.*

Del análisis de esta agravante a la luz del principio de lesividad en el blanqueo de capitales, encontramos que la principal crítica al art. 303 CP, es la inclusión de tantos profesionales, que no se encuentran directamente expuestos a cometer actos de blanqueo, toda vez que el ejercicio de su profesión no implica relación con el bien jurídico protegido por el delito; en tal sentido considero que la agravante sobre «médicos, psicólogos, las personas en posesión de Títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes», carece de fundamento alguno. En esta línea FABIÁN CAPARRÓS considera inaceptable la incorporación a la norma, de profesionales —docentes, trabajadores sociales, facultativos, etc.—, cuyas actividades nada tiene que ver con la credibilidad del mercado o con

como intermediario en el sector financiero, la ordenada en el art. 303, por tiempo de tres a diez años. Dado que ambas responden a un mismo objetivo —evitar la instrumentalización de actividades lícitas para el reciclaje—, pero la segunda alberga un mayor desvalorativo respecto de la primera —esto es, la especial relevancia que tiene la agresión a ciertas manifestaciones del orden socio-económico efectuada por quienes están especialmente obligados a tutelarlos—, será preciso aplicar única y exclusivamente la pena indicada en el 303.” Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 374, nota al pie No. 94.

¹⁰⁷³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 374

la protección de la libre competencia¹⁰⁷⁴, entre otros bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales.

Esta norma tiene poco sentido dentro del blanqueo de capitales, ÁLVAREZ y EGUIDAZU considera que se debe a la pereza del legislador, y que por lo mismo se ha incluido como agravantes al blanqueo, ciertas actividades profesionales que nada tienen que ver con el ilícito, pero que si tendrían sentido cuando se trata de delitos contra la salud. Por otra parte, el segundo párrafo del art. 303 CP, define lo que debe entenderse por facultativo, con lo que se vuelve más incomprensible el agravamiento de la pena cuando el blanqueo sea cometido por «una comadrona o un mancebo de farmacia en el ejercicio de su cargo»¹⁰⁷⁵.

Entendida así la problemática, QUINTERO OLIVARES trata de dar una explicación interpretativa de la norma para evitar conclusiones «ridículas o absurdas», considera que el artículo 303 CP debe entenderse como agravante del artículo 301 CP, el cual remite a los delitos contra el tráfico de drogas; con lo cual, y en atención a la evolución histórica del precepto —basado en el narcotráfico—, concluye que dicha agravante debe entenderse como aplicable, solo para el caso de que los profesionistas señalados realicen actos de blanqueo de capitales, procedentes del tráfico ilícito de drogas¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 366. El autor concluye: “Con todo, este planteamiento no justifica en ningún caso su presencia: de mantenerse en esta suerte de lista negra contenida en el art. 303, también habría de incorporarse a la misma cualquier otro género de recicladores en potencia: fontaneros, vigilantes jurados, artistas, cocineros, futbolistas, agricultores, etc.”.

¹⁰⁷⁵ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 300 y 301. Donde se precisa que incluso resulta difícil determinar caso en que estos profesionales en el ejercicio de su cargo realicen operaciones de blanqueo de capitales.

¹⁰⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir) / MORALES PRATS, Fermín: *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p.951. EL autor reconoce que se trata de una mera interpretación histórica «que ciertamente no es mucho», y de un argumento analítico, y dice: “Esta interpretación es el único modo de no caer en el absurdo de estimar, por ejemplo, que la profesión de psicólogo o farmacéutico es causa de

No compartimos la solución apuntada por QUINTERO OLIVARES, primero que nada por que la exégesis de la norma, no nos permite considerar esas licencias en la interpretación; por otro lado tal como está redactada la agravante que se analiza, se erige en una norma que ignora el principio de lesividad en el delito de blanqueo de capitales; además de pasar por alto los principios —de generalidad, abstracción e impersonalidad—, que rigen a las normas jurídicas, aproximándose a un Derecho penal de autor. Si a todo esto agregamos que se trata de una norma que de nueva cuenta niega la autonomía del blanqueo, para vincularlo al narcotráfico; sostengo que lo más adecuado es la derogación del artículo 303 CP, por anacrónico, injusto, inservible y por que no tiene razón de ser dentro de la regulación sobre el delito de blanqueo de capitales.

Ahora bien, en lo que el legislador se da a la labor de la derogación propuesta, corresponde al intérprete tratar de armonizar dichas “normas”, para lo cual consideramos junto con FABIÁN CAPARRÓS, que para que la agravante tenga legitimidad y sentido, debemos atender a la *ratio* de la misma, con lo cual tenemos que afirmar, que en cada caso se deberá guardar una estrecha relación con la cualidad del cargo o profesión del que se haya abusado para blanquear dinero; la agravante que se analiza encuentra fundamento material en el incremento del desvalor de acción, que implica la conducta, de quien siendo garante de la licitud de las operaciones económicas por su posición, cargo o empleo, se vale precisamente de dichas cualidades para reciclar activos¹⁰⁷⁷.

calificación de la pena en cualquier clase de delito de transformación de bienes”. El énfasis en la cita es nuestro.

¹⁰⁷⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 363.

D. EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

La sola determinación de un objeto de regulación que sea legítimo y por tanto digno de protección por parte del Derecho penal, no puede resolverse por completo sin atender a la legitimidad de su propia aplicación¹⁰⁷⁸. Sin lugar a dudas, de las mayores implicaciones que tiene el principio de lesividad, es en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, donde juegan un papel de especial relevancia el principio de proporcionalidad de la pena. En el siguiente apartado, se analizarán ambos principios de manera general, para posteriormente comentar sus implicaciones en la normativa española que regula el delito de blanqueo de capitales.

1.- El principio de proporcionalidad de la pena.

En un Estado social y democrático de derecho¹⁰⁷⁹, cuando se presenta un proceso social conflictivo de carácter criminal, el Estado debe intervenir proporcionando la forma de solución a dichos procesos, y esta respuesta se puede presentar en dos vertientes — no necesariamente separadas—: a) mediante el desarrollo de una política social que solucione el conflicto; b) mediante el desarrollo de una política criminal plasmada en una norma penal. Si la opción es criminalizar el conflicto, la respuesta estatal se traduce en una

¹⁰⁷⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev: “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, p. 105.

¹⁰⁷⁹ Me refiero a éste modelo de Estado por sus características, ya que al ser “[...] de Derecho, el *ius puniendi* deberá estar sometido a la Ley, al Derecho, por lo cual se gravitará sobre el principio de legalidad. Como Estado social se verá obligado a intervenir penalmente con vistas a la protección de la sociedad. Y, finalmente, como Estado democrático no podrá nunca permanecer ajeno a los principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano, y exigirá el privilegiar los elementos garantísticos.” Cfr.: SANZ MULAS, Nieves: *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000, p.144.

alternativa político criminal, para lo cual se deberá promulgar una norma penal. Pero esta potestad normativa del Estado, debe sujetas a los límites propios del mismo expresados en forma de principios; en otras palabras, la norma tiene dos dimensiones que deben ser colmadas para su validez: por un lado tiene que ser formalmente válida —cumplir con los requisitos necesarios para su formación—; por otro lado es indispensable que sea materialmente válida —que su contenido respete los principios fundamentales—¹⁰⁸⁰.

Dentro de estos principios fundamentales que rigen al Derecho penal, el de proporcionalidad se divide en: a) sentido amplio —compuesto por el principio de lesividad y el principio de intervención mínima—, que fundamentalmente determina la selección de lo penal, y; b) sentido estricto —proporcionalidad de las penas—, que rige la relación de las conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas y se compone de dos momentos: 1.- la etapa legislativa que señala la consecuencia jurídica de manera abstracta e impersonal, y; 2.- la etapa de individualización de dicha sanción legal, realizada por el juez según el caso concreto¹⁰⁸¹.

Ambos principios (lesividad y proporcionalidad de la pena), se encuentran estrechamente vinculados, por tal motivo —y con base en lo expuesto hasta ahora sobre el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales—, por tal motivo, corresponde ahora entrar al análisis de la proporcionalidad punitiva en el reciclaje de activos; ya que como afirma TERRADILLOS en la medida que la criminalización

¹⁰⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de derecho penal parte general*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 78 y 79. “Todos estos principios generales y específicos tienen un tronco común: el principio ilustrado del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normativa constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez limitan el *ius puniendi*.”

¹⁰⁸¹ AGUADO CORREA, Teresa: *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 282 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et al.): *Curso de Derecho penal parte general...*, op. cit., p. 74.

de una conducta responda a la finalidad penal de tutelar bienes jurídicos, se cumplirá la protección programada¹⁰⁸².

Por tratarse de principios esenciales del Derecho penal, pareciera ociosa la argumentación que hemos hecho, sin embargo, la realidad normativa nos demuestra que estos fundamentos —que debieran constituir un eje rector irrenunciable—, en muchas ocasiones son transgredidos durante el proceso de la creación de las normas, las cuales en vez de ser precedidas por la seria y reflexiva discusión, siguen criterios de populismo y oportunismo político¹⁰⁸³, y en casos tales como el blanqueo de capitales, la argumentación que precede en el surgimiento de la norma, se limita al cumplimiento de compromisos internacionales¹⁰⁸⁴, independientemente de que se comprenda o no el sentido y alcance de la norma, y lo que es peor, que dichas normas se apliquen, aunque ni el legislador, ni el jurista ni el juzgador, tengan claro que es lo que se ha vulnerado con la conducta descrita en el tipo.

Al momento de crearse una norma de naturaleza jurídico penal, y si consideramos que se encuentra satisfecho el requisito de validez material, es decir, que la misma sirve para la protección de bienes jurídicos; el siguiente paso es la atribución de una pena a la conducta, para lo cual será necesaria la adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que se pretende tutelar con

¹⁰⁸² “[...]o si, por el contrario, busca objetivos distintos, como pueden ser la definición de un tipo de individuos como autores, la consolidación de mecanismos de control incluso extra-penal, el refuerzo legitimador del poder, o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretenden escamotear, mediante la huida al Derecho penal. Si esto fuese así, la proclamada tutela penal serviría como pretexto para no recurrir a otros medios de protección más eficaces, con lo que la situación de hecho sería la de desprotección programada.” Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal” en *Pena y Estado, función simbólica de la pena*, n.º 1 (1991), p. 9.

¹⁰⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de derecho penal parte genera...*, op. cit., p. 80, “Son notables a este respecto las inmediatas reacciones de los Gobiernos favorables a incriminar conductas cada vez que creen percibir una demanda social en este sentido que muchas veces proviene sólo del poder mediático o ha sido inducida por éste”.

¹⁰⁸⁴ *Vid. supra*: tema IX., A., del presente trabajo.

la norma y; a su vez, entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Para este juicio de proporcionalidad se requiere de una ponderación¹⁰⁸⁵, por el cual, las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos principales o de mayor importancia en la sociedad, por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose dichos bienes en la jerarquía mas alta de los tutelados por el orden penal, como debe de ser en el multicitado marco de un Estado social y democrático de derecho.

En suma, hoy en día es generalmente aceptado que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y para la consecución de tal fin, las opciones político-criminales deben valorarse con criterios de: racionalidad, eficacia y economía; en otras palabras, el *ius puniendi* debe ser idóneo al perseguir sus fines, los cuales se han formulado de manera genérica como reducir al máximo los comportamientos prohibidos¹⁰⁸⁶.

Dados los lineamientos que rigen el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se analizara a continuación las penas y medidas de seguridad, que la normativa vigente señala como aplicables a las conductas de blanqueo de capitales —tanto en la comisión dolosa como en la imprudente—, para posteriormente, expresar las consideraciones sobre la proporcionalidad de la pena en el lavado de dinero.

2.- La punición del delito de blanqueo de capitales.

EL tipo básico doloso de blanqueo de capitales, regulado en el art. 301.1 CP, señala que el delito “[...] *será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa de tanto al triplo del valor de lo bienes.*”. Mientras que el art. 301.3 CP, sanciona el blanqueo de

¹⁰⁸⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Función simbólica y objeto de protección...”, *op. cit.*, p. 10.

capitales imprudente de la siguiente manera: “*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*”.¹⁰⁸⁷

Así, el lavado de activos es castigado con una pena de naturaleza mixta acumulativa, consistente en el binomio prisión/multa, binomio que se traduce en la respuesta más empleada como sanción a los delitos de naturaleza socioeconómica; que además se corresponde con el marco punitivo sugerido para el blanqueo por los documentos internacionales¹⁰⁸⁸.

2.1.- La pena privativa de libertad.

Son diversas las sanciones que como pena de prisión regula el CP para las conductas de blanqueo de capitales; una corresponde al tipo básico del delito, mientras que las otras son agravantes, según la procedencia de los bienes y la calidad del sujeto activo. Líneas arriba se han analizado las implicaciones del principio de lesividad en los tipos agravados de blanqueo de capitales¹⁰⁸⁹, por tal motivo y en obvio de repeticiones no se volverá a analizar dichas agravantes, únicamente enfocaré el estudio —a lo que en este punto interesa—, es decir a las diferentes sanciones con que se castigan el delito y la correspondiente relación entre los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena.

Así, el catálogo de penas privativas de libertad con que se sanciona el blanqueo de capitales, está compuesto por las siguientes:

¹⁰⁸⁷ *Vid., infra*, anexo I del presente trabajo.

¹⁰⁸⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de Blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 296 y nota al pie nº 611; dentro de las iniciativas internacionales que sugieren un marco punitivo como el mencionado, el autor señala: el art. 3.1.b.i) del Convenio de Naciones Unidas de 1998, así como la Recomendación del Consejo de Europa de junio de 1981, la cual sugería que para los delitos de naturaleza económica, se aplicara además de la prisión y multa, una sanción que implicara la inhabilitación profesional.

¹⁰⁸⁹ *Vid., supra*: tema X., C., 5.-, del presente trabajo.

—Seis meses a seis años de prisión, es la pena que corresponde al tipo básico doloso de blanqueo de capitales, art. 301.1 CP.

—Seis meses a dos años de prisión, es la pena que corresponde al delito de blanqueo de capitales, cometido por imprudencia grave, art. 301.3 CP

—La mitad superior de la señalada al tipo básico, si los bienes objeto del blanqueo proceden del narcotráfico, art. 301.1CP.

—La mitad superior de la señalada al tipo básico, si los bienes objeto del blanqueo tienen origen en delitos de: cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, abusos en el ejercicio de la función pública, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, así como en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, art. 301.1 CP.

—La mitad superior de la señalada al tipo básico, cuando el sujeto activo pertenezca a una organización dedicada al blanqueo, art. 302.1 CP.

—La pena superior en grado de la señalada al tipo básico, a los que tengan la calidad de jefe, administrador o encargado de la organización dedicada al blanqueo, art. 302.1 CP.

—Pena inferior en uno o dos grados a la señalada al tipo básico o agravado doloso, para los actos de provocación, conspiración y proposición para cometer blanqueo de capitales, art. 304 CP.

2.2.- La pena de multa.

La pena pecuniaria de forma necesaria acompaña a la pena privativa de libertad¹⁰⁹⁰, independientemente de la forma simple, agravada, dolosa o imprudente, en que se ejecuten las acciones de blanqueo de capitales.

Por regla general la multa para el delito de blanqueo de capitales oscila entre el tanto y el triplo del valor de los bienes objeto del

¹⁰⁹⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 298.

delito; excepción hecha —a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio—, a los casos en que para la comisión del delito intervenga una persona jurídica, en cuyo caso la multa aplicable dependerá de la pena privativa de libertad que corresponda a la persona física sancionada. Así el catálogo de multas que el CP contempla para el delito del blanqueo es el siguiente:

—Del tanto al triplo del valor de los bienes objeto del blanqueo; art. 301.1 CP

Si de acuerdo al art. 31 bis CP¹⁰⁹¹, resulta responsable del blanqueo una persona jurídica, entonces la pena de multa será la siguiente:

¹⁰⁹¹ Por reforma introducida mediante la LO 5/2010 de 22 de junio, la legislación penal española regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dando las siguientes reglas para su determinación: art. 31 bis CP “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, 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 las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

—Dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene previsto una pena de prisión superior a cinco años; art. 302.2.a. CP.

—Seis meses a dos años en todos los demás casos; art. 302.2.b. CP.

3.- Consideraciones sobre la proporcionalidad de la pena, en el blanqueo de capitales.

Como he mencionado al comienzo de este apartado, el principio de lesividad se encuentra vinculado estrechamente con el de proporcionalidad de la pena, de tal suerte, que en un ordenamiento jurídico donde se respete la Dogmática penal —como constitutiva de los principios fundamentales que rigen el Derecho penal—, la sanción que corresponda a una conducta considerada como criminal, será siempre proporcional a la relevancia del bien jurídico protegido así como al grado de vulneración con que se ve afectado.

Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

3.1.- Sobre la pena privativa de libertad.

La primer consideración que hago de la proporcionalidad de la pena —privativa de libertad—, en el delito de blanqueo de capitales, es que la tipificación respeta dicho principio, y por ende, reafirma la autonomía del delito¹⁰⁹². En efecto, aunque el tipo básico de reciclaje —art. 301.1 CP—, exige que los capitales a blanquear tengan «*origen en alguna actividad delictiva*», esto no lo convierte en alguna forma de participación *post-delictum*: lo que acontece en el lavado de dinero, es que la relación con la actividad delictiva previa se refiere a la ilegitimidad de los bienes objeto del delito, sin que en algún momento condicione la procedencia del blanqueo de capitales, ya que el sujeto activo del delito realiza un ataque a bienes jurídicos diversos a los vulnerados en el delito previo¹⁰⁹³.

El blanqueo de capitales tiene un contenido de injusto y una culpabilidad autónoma, su conexión —necesaria sólo si tomamos en cuenta el plano fáctico, del origen de los capitales a blanquear—, con el delito previo no fundamenta la pena para el autor del lavado de activos, tan es así, que precisamente por esta autonomía, la pena que le corresponda al blanqueador puede ser inferior o superior a la que

¹⁰⁹² Contrario a la opinión que sostienen algunos doctrinarios respecto de los márgenes amplios de punición. *Vid.*: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J.: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, p. 180. El autor dice: “El Código penal de 1995 contiene supuestos en los que la extensión del marco penal debe considerarse excesiva, a la luz del principio de legalidad y de lo que resulta prudente en la relación entre legislador y juez.”.

¹⁰⁹³ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.62; en el mismo sentido ARÁNGUEZ quien considera que: “La total autonomía del delito de blanqueo respecto al delito previo se aprecia nítidamente en la pena prevista para el blanqueador, la cual es determinada por el legislador con independencia de la establecida para el delito del que provienen los bienes[...]. Se demuestra con ello que el legislador no ha querido configurar el blanqueo como una forma de encubrimiento o de participación *post-delictum*, sino que considera que esta figura tiene un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo”. *Cfr.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 296.

correspondería a la del acto delictivo que origina los bienes a blanquear¹⁰⁹⁴.

La segunda consideración sobre la proporcionalidad de la pena en el blanqueo de capitales, versa en el margen que el CP señala como castigo «de seis meses a seis años». Aunque existen opiniones en contra¹⁰⁹⁵, considero que es correcto que la sanción contemple un periodo de tiempo tan amplio, esto es así, ya que como he determinado, el atentado a bienes jurídicos en la ejecución del delito de blanqueo, dependerá de los medios empleados y de la etapa concreta que se actualice; así el lavado de dinero será más o menos lesivo para la sociedad, dependiendo tanto de la fase en que se encuentre el delito, así como de la forma en que dichas etapas se ejecuten¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.62. “Se trata,... de un tipo delictivo distinto en la medida en que atribuye una penalidad propia y no la hace depender de la pena del delito base.”

¹⁰⁹⁵ Tal es el caso de ARÁNGUEZ, quien considera que se trata de un “marco excesivamente amplio”, y que refleja como dice, las dudas que el legislador tenía sobre los bienes jurídicos que el delito tutela. Cfr.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 297; COBO DEL ROSAL y ZABALA erróneamente sostienen que: “Las penas son otra de las cuestiones que, ciertamente, no respetan las más mínimas nociones del principio de proporcionalidad, como es, dejar al arbitrio judicial una pena de 6 meses a seis años, según señala el artículo 301 en su apartado 1, y en caso de que proviniesen del tráfico de drogas se impondrá en su mitad superior. Ciertamente nos parece que el amplio margen que se deja a la *praxis* jurisdiccional no tiene réplica en todo el articulado del Código, y por supuesto, se producirán situaciones en las que el blanqueador del dinero será susceptible de ser castigado con una pena mayor, que el autor del delito previo. También en base a ello, suponemos que la jurisprudencia castiga al autor del delito previo como autor del delito de blanqueo, cosa en absoluto aconsejable en un Estado de Derecho”. Cfr.: COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005, p.105

¹⁰⁹⁶ *Vid., supra*: tema VII., B., del presente trabajo.

Para ejemplificar la anterior afirmación, expondré y analizaré dos casos de operaciones de blanqueo de capitales, extraídos de la realidad:

En el primer supuesto —caso A)—, el Sujeto activo del delito, permite que en su cuenta bancaria, se ingrese dinero de origen ilícito, para posteriormente ser retirado con apariencia de legitimidad; el extracto del Tribunal Supremo dice:

“Entiende el recurrente que debió el Tribunal de instancia calificar su conducta de meramente imprudente, o bien, que lo que hizo fue una ocultación de dinero a sabiendas de su ilícita procedencia, aunque esto dice no constar probado en forma alguna, y señalando que en el delito de blanqueo de capitales, recogido en el número 1 del art. 344 bis h) citado se trata de posibilitar la posterior reintroducción en el mercado con apariencia de lícitos los beneficios derivados de actuaciones delictivas, lo que dice no ser lo ocurrido en el caso presente.

Pero cabalmente esto es lo sucedido a través de la conducta colaboradora de este acusado, quien precisamente lo que hacía era permitir que en una cuenta corriente a su nombre se hicieran ingresos de dinero, que no era suyo y que sabía de ilícita procedencia, de tal modo que se retirara más tarde como si lícito fuera, lo que constituía por su parte una participación en la ocultación del origen ilícito de los bienes que es una de las conductas definidas en el anterior número 1 del art. 344 bis h) del precedente Código Penal y, con más clara redacción, del actual art. 301 del Código Penal también en su número 1. La correcta inclusión en esa figura delictiva de los hechos realizados por el recurrente, que excluye la posibilidad de su inclusión en los otros dos preceptos que se expresan en los dos motivos, que se consideran determina que éstos hayan de ser desestimados.”¹⁰⁹⁷

El segundo supuesto —caso B)—, imaginemos una firma de abogados, que «presta sus servicios» principalmente a grupos criminales organizados, para dotar de apariencia de legalidad los capitales obtenidos en su actuar ilícito; para dicho fin —y auxiliándose por testaferros, notarios y contables—, constituyen centenares de sociedades, en las que los principales accionistas son otras sociedades constituidas en paraísos fiscales o en lugares donde la legislación local permite la constitución social guardando el anonimato societario, y cuyos titulares son prestanombres, quienes extienden documentos privados a los propietarios del capital ilícito —narcotraficantes, proxenetas, funcionarios corruptos, etc.—, para disponer del capital que circula por la nueva sociedad, en la que se

¹⁰⁹⁷ STS 1711/2000, de 8 de noviembre.

hace circular grandes cantidades de dinero ilícito, que posteriormente se invierte en bienes inmuebles o en negociaciones mercantiles lícitas, haciéndolos aparecer como si tuvieran un origen lícito¹⁰⁹⁸.

Sobre el caso B), la jurisprudencia ha establecido doctrina, y resultan aplicables los siguientes criterios, que por lo que se refiere al asesoramiento legal, para la constitución de diversas sociedades que sirven para hacer circular el capital de origen ilícito, menciona:

“La participación del recurrente en la trama organizada, consistió en dar salida, con apariencia legal, a las ingentes cantidades de dinero que pasaron a través de los circuitos financieros para destinarlos, en algunos casos, a la adquisición de inmuebles. Se le imputa haber prestado su colaboración para encubrir la verdadera titularidad de alguna de las sociedades y se destacan sus relaciones con un bufete de abogados que se dedicaba a asesorar a personas implicadas en el tráfico de drogas, cuyo titular se encuentra preso por un presunto delito contra la salud pública. También se declara su participación en actividades de blanqueo, con el fin de ocultar la verdadera titularidad de sus clientes. Su actividad va mucho más allá del asesoramiento jurídico, participa y así está acreditado, como miembro y socio fundador de diversas sociedades pantalla que se emplearon para el blanqueo de dinero. Las páginas setenta y una y siguientes de la sentencia, relatan, con claridad y precisión, los artificios mercantiles que se realizaron con la directa participación del recurrente.

Hay un pasaje de la sentencia que constituye un paradigma de las operaciones de blanqueo de dinero, tal como han sido analizadas por todos los grupos de expertos en materia y, más concretamente, el Gafi (Grupo de Acción Financiera) y que no es

¹⁰⁹⁸ Se ejemplifica con esta forma de blanqueo de capitales, puesto que la realidad demuestra que es una de las formas con las que se han lavado millonarias cantidades procedentes del crimen organizado; como ejemplo podemos citar el caso denominado “Operación Ballena Blanca”, operación por la cual en marzo de 2005, la policía española desarticuló en Marbella una red de blanqueo de capitales con ramificaciones en: Estados Unidos, Canadá, Rusia, Turquía, Argelia, Irán y Marruecos. La actuación policial que inició en un despacho de abogados en Marbella, desde donde se canalizaban cuantías millonarias procedentes de grupos vinculados al crimen organizado dedicados: al narcotráfico, tráfico de armas, prostitución, secuestros, ajustes de cuentas, homicidios y estafas. Esta red de blanqueo de capitales, estaba conformada por más de mil sociedades con sede en Gibraltar, Isla de Man, Panamá e Islas Vírgenes Británicas, que invertían preferentemente en el sector inmobiliario de la Costa del Sol y para lo cual se auxiliaban de tres notarías; el resultado de ésta operación fue la incautación en España de bienes por valor de 250 millones de euros, más la detención de 50 personas de diversas nacionalidades.

otro que la creación, en brevísimos espacios de tiempo, de sociedades que, sin apenas capital social relevante, se transmiten importantes cantidades de dinero y lo invierten en inmuebles. Las actividades y protagonismo del recurrente están descritas con datos y pruebas concluyentes e irrefutables, lo que permite sostener que la conclusión de la Sala sentenciadora, se ajusta a los parámetros exigidos a la valoración de la prueba indiciaria, que es la única de la que se puede disponer en esta clase de delitos, salvo que los autores confiesen su acción y pongan a disposición de los investigadores todos los datos para desvelarla.”¹⁰⁹⁹

Ahora bien, por lo que se refiere a la actividad para permitir la reinversión de los capitales ya blanqueados en la misma organización, la jurisprudencia menciona:

“Debiendo partir de la intangibilidad del “factum” (art. 884.3 LE.Crim) en éste se constata que Mizzian “le facilitó cuatro cheques nominativos y once cheques al portador” al coimputado y que actuaba como comisionado de éste. Igualmente se declara que el ahora recurrente conocía la procedencia de las pesetas que recibía del coimputado y que en cualquier caso “todos ellos y el propio A. Percibían una comisión por su intermediación”. Más adelante se consigna que “el procesado Mizzian, con conocimiento de la procedencia de los fondos (que en el hecho probado también se dice tenían su origen en el tráfico y distribución de cocaína), recibió de A. Percibían una comisión por su intermediación”. Más adelante se consigna que “el procesado Mizzian, con conocimiento de la procedencia de los fondos (que en el hecho probado también se dice tenían su origen en el tráfico y distribución de cocaína), recibió de A. el equivalente en pesetas a 1.073.727 dólares USA y entregó a cambio a A. 15 talones cifrados en dólares de la cuenta del marroquí (...), estampando para ello firma de su puño y letra en la base de las correspondientes liquidaciones por emisión de cheques, es decir, retirando personalmente de la sucursal los referidos talones (...)”.

Ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que el delito de receptación del art. 546 bis f), introducido por la LO de 24/03/1988, supone el aprovechamiento para sí o para un tercero de los efectos o ganancias obtenidos por la comisión de alguno de los delitos en los arts. 344 a 344 bis b), y, según la Exposición de Motivos del Texto citado, su finalidad es hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito penal de tráfico de drogas, estando constituido su objeto no sólo por los efectos del delito principal, sino los derivados, por lo que se trata de una recepción sustitutiva, sancionándose no sólo la receptación propia, sino también el auxilio para que un tercero se lucre (SSTS de 5/10/1992 o 31/10/1994, dictadas bajo la vigencia del CP anterior). Pues bien, en el presente caso se cumplen las exigencias del tipo objetivo en su doble dimensión de aprovechamiento propio y a favor de un tercero, pues a costa de los beneficios obtenidos con el tráfico ilícito el acusado percibe unos ingresos, en forma de comisión, lo cual es indiferente, por desplegar una labor de intermediación que tiene como directa finalidad el auxilio a

¹⁰⁹⁹ STS 1504/2003, de 25 de febrero.

una organización criminal para que los capitales obtenidos mediante el delito reviertan a la misma “blanqueados”, pues el aprovechamiento, insistimos, no se circunscribe sólo directamente al dinero o efectos obtenidos sino a la derivación que se haga de los mismos con la finalidad señalada, que en este caso es consustancial al aprovechamiento habida cuenta la naturaleza de la misma.”¹¹⁰⁰

Por último, respecto de la apertura de negociaciones mercantiles, mediante las cuales se da apariencia de legalidad a dinero de origen ilícito, es aplicable la siguiente jurisprudencia:

“A continuación conecta la actuación del recurrente con la constitución de la Sociedad Limitada en febrero de 1997 con un capital de 700.000 pesetas y la participación de otras dos personas a las que se identifica, recibéndose tres ingresos procedentes del exterior que ascienden a 6.740.794 pesetas.

Es precisamente este negocio en el que se asienta la existencia del blanqueo, al llevar una actividad reducida y con escaso éxito. La sociedad titular del mismo realizó ingresos en la Caja de Ahorros por importe de 15.262.754 con reintegros que dejaban la cuenta a cero. Todo ello en el periodo de tiempo comprendido entre el 17 de febrero de 1997 y el 11 de marzo de 1998. En otra cuenta en la misma entidad se hicieron ingresos de 10.525.197 pesetas que a fecha de 13 de abril de 1998 daba un saldo cero. Según se afirma categóricamente en el hecho probado, todas estas cantidades eran fruto de la venta de droga. Finalmente se mencionan otras dos cuentas en el BBV con saldos de 814.714 pesetas y 50.014 pesetas reafirmando su procedencia de la venta de heroína.

El art. 301 del Código Penal, integra en el delito de blanqueo de capitales a todo aquel que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave. Asimismo comprende entre sus previsiones, al que realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o ayude a la persona que haya participado en la infracción o infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Como puede verse la fórmula empleada por el legislador es amplia, abarcando prácticamente casi todas las fases en que puede desarrollarse la actividad de ocultar las ganancias procedentes de una actividad delictiva, haciéndolas emerger en los circuitos financieros como si se tratase de cualquier operación normal del tráfico comercial o empresarial. La conducta que se imputa al recurrente encaja perfectamente en las previsiones legales al diseñar una operación de transformación de un dinero procedente de un tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en un capital con apariencia de legalidad. Esta operación de convertir el producto ilícito de un delito grave, en un bien integrado en la normalidad del mercado de capitales, integra uno de los elementos del tipo. Las previsiones legislativas abarcan, con carácter genérico, a toda forma de colaboración que tenga como finalidad, encubrir el origen ilícito del dinero que se

¹¹⁰⁰ STS 45/2003, de 28 de febrero.

ingresa, con la cobertura de un negocio externamente lícito, haciéndolo pasar por las cuentas bancarias que se abren con objeto de canalizar los negocios de una sociedad que constituye exclusivamente una tapadera para hacer aflorar las ganancias obtenidas con el tráfico de estupefacientes.”¹¹⁰¹

Continuando con nuestro análisis comparativo entre ambos casos, vemos que en el caso A), el TS considera como hechos probados, que el recurrente —procesado como sujeto activo del blanqueo de capitales—, permitía con conocimiento de la ilícita procedencia del dinero, que el mismo fuera ingresado en su cuenta corriente para su posterior retiro con una cierta apariencia de legitimidad. De estas conductas de tracto sucesivo, se tienen como consumadas las etapas de colocación y de conversión en el blanqueo de capitales; ahora bien, por la descripción de los hechos que hace la STS, tenemos que en el caso concreto se vulneró: por la finalidad de las conductas el bien jurídico Administración de justicia; mientras que por los medios empleados se atentó contra un bien jurídico perteneciente al orden socioeconómico en sentido amplio como lo es la estabilidad y solidez del sistema financiero.

Ahora bien, por lo que hace al caso B), vemos que en la ejecución del delito, no solamente es factible una mayor cantidad de capital a ser blanqueado, de aquella que pudiera ser objeto en el caso A); sino que además, en la ejecución del delito se tienen por consumadas las etapas de Colocación y Conversión vulnerando por la finalidad de las mismas el bien jurídico Administración de Justicia, mientras que por los medios empleados —para la consumación de dichas etapas—, se ha puesto en peligro el bien jurídico estabilidad y solidez del sistema financiero; así mismo, las conductas descritas en el caso que analizamos, demuestran que se ha actualizado la etapa de integración, con lo que se ha lesionado por los medios empleados el bien jurídico consistente en la licitud de los bienes que circulan en el mercado, mientras que por la finalidad de dicha etapa, se ha vulnerado directamente el orden socioeconómico en sentido estricto y la libre competencia.

Derivado de las anteriores consideraciones —autonomía del delito y margen amplio de punición—, entramos ahora a exponer nuestra

¹¹⁰¹ STS 2026/2001, de 28 de noviembre.

tercera consideración sobre la proporcionalidad de la pena en relación con el principio de lesividad que rige al lavado de activos. Como se decía líneas arriba, al comienzo del presente apartado, la proporcionalidad de la pena rige la relación de las conductas criminales con las consecuencias jurídicas de las mismas y se compone de dos momentos: a) la etapa legislativa, que señala la consecuencia jurídica de manera abstracta e impersonal; y b) la etapa judicial, donde la individualización de dicha sanción legal, es realizada por el juez según el caso concreto¹¹⁰².

Para determinar si la pena que el actual CP señala al delito, cumple con el principio de proporcionalidad, someteremos a examen ambos momentos del principio de proporcionalidad en la penalidad aplicable al blanqueo de capitales:

a) Etapa legislativa. Respecto de esta etapa, considero que los bienes jurídicos que protege el blanqueo, aun y cuando se tratan de intereses fundamentales para la sociedad, se encuentran en inferioridad de grado respecto de aquellos que se refieren de forma personalísima al ser humano —tales como la vida o la integridad corporal—, en tal sentido, si se realiza una ponderación de bienes jurídicos, concluyo que se respeta el principio de proporcionalidad en el blanqueo de capitales, ya que el mismo se sanciona con una pena inferior a la que correspondería por ejemplo al homicidio simple —diez a quince años—¹¹⁰³.

Ahora bien, se debe precisar que aun y cuando es proporcional la pena que el legislador señala para el delito de blanqueo de capitales, se echa en falta la total ausencia de pronunciamiento respecto de la pena asignada al delito; en efecto, tratándose de un principio de tal relevancia, bien hubiera valido la pena, hacer alguna alusión al mismo en cualesquiera de las exposiciones de motivos, y oportunidad no le ha faltado al legislador, baste ver las tantas reformas que ha sido objeto el delito; en este sentido considero que el respeto del principio de proporcionalidad resulta de una

¹¹⁰² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁰³ Artículo 138 CP.

coincidencia o afortunada casualidad legislativa, donde es aplicable el criterio de ARÁNGUEZ respecto de que el margen de punición, deja ver las dudas que el legislador tenía sobre los intereses que se protegían con la tipificación del delito¹¹⁰⁴.

Con todo, hay que insistir en que el margen de sanción privativa de libertad en el blanqueo de capitales, es respetuoso del principio de proporcionalidad; más aun, por la fenomenología propia con la que se actualiza el delito, por los medios que se emplean para su comisión y por las finalidades concretas que cada fase persigue; en tal sentido, considero adecuada la forma genérica de tipificar la punición, ya que así, se respeta la generalidad, abstracción e impersonalidad que una correcta técnica legislativa impone.

Caso contrario sería asignar una pena más específica —o con un margen menor entre la mínima y la máxima—, para lo cual debería regularse un catálogo en la siguiente forma: aquel que ponga en peligro la Administración de justicia, con la ejecución de las etapas de colocación o conversión se le aplicara una pena de prisión de tal a tal; o, aquel que ponga en peligro el orden socioeconómico por haber ejecutado la fase de integración se le sancionara con prisión de tal a tal. Desde luego, que una regulación del delito en tal sentido, nos conduciría a un absurdo casuismo que además no abarcaría todas las formas comisivas del delito. Concluyo pues, que el recurso a la fórmula genérica con la que el CP sanciona el blanqueo, es la adecuada, siendo el momento judicial, donde se tendrán que hacer las valoraciones correspondientes que respeten la proporcionalidad de la pena, cuestión a la que me referiremos en seguida.

a) Etapa judicial; durante este momento de la proporcionalidad de la pena, los Jueces pueden aplicar la sanción que estimen conveniente, dentro de los límites y con las reglas que de previo han sido establecidas por el Código, y siempre basándose en las circunstancias que según el caso concreto determinan una mayor o menor lesividad para el bien jurídico; cumplidos estos imperativos, al juzgador siempre le queda el arbitrio de aplicar

¹¹⁰⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 297.

proporcionadamente a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto, la pena que estime conveniente¹¹⁰⁵.

Es en este momento donde el juzgador tendrá que hacer efectivo el principio de proporcionalidad de la pena, para lo cual tendrá que fundar y motivar —conforme a los hechos probados en juicio—, una sentencia, en la que se exponga de forma razonada la lesión o puesta en peligro que las conductas concretas han causado a los bienes jurídicos. Así, es justo en este momento donde el Juez en ejercicio de sus funciones, tendrá que exponer la afectación concreta que se ha causado a un bien jurídico determinado.

Ahora bien, dado el carácter pluriofensivo del delito, así como la multiplicidad de conductas con las que se puede ejecutar cada fase del mismo, sostenemos que la forma adecuada para que exista un efectivo respeto al principio de proporcionalidad de la pena, en los casos de blanqueo de capitales, es un amplio margen punitivo en la norma, que servirá de base al arbitrio judicial, el cual, tomando en cuenta el caso concreto individualizará la pena¹¹⁰⁶, fundando y motivando la sentencia en la vulneración efectiva a bienes jurídicos determinados. Sirva esta consideración como crítica a la actuación judicial sobre los procesos de blanqueo de capitales, ya que salvo contadas excepciones en las que se expone de manera vaga e imprecisa los intereses jurídicos que tutela el delito, no existe sentencia que señale qué bien jurídico fue vulnerado con la actuación concreta del procesado. En este sentido considero, junto con FABIÁN CAPARRÓS que “el castigo de otras conductas distintas a aquellas que impliquen una circulación intersubjetiva de bienes ilegales en el marco del mercado regular, aun siendo perfectamente admisible desde el plano de la semántica, no lo es desde la óptica del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.”¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁰⁶ Sobre los fines de la pena y la individualización judicial de la misma, *Vid.*: DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, *passim*.

¹¹⁰⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 381.

Para finalizar, en aras del respeto a la dogmática penal y en especial al principio de proporcionalidad de la pena, que debe regir el castigo impuesto a las conductas de blanqueo de capitales, sugiero al Poder judicial, que en la fundamentación y motivación de las sentencias que versen sobre conductas de reciclaje de activos, razonen la pena en relación a la específica lesividad que producen las conductas de blanqueo, para lo cual se sugiere la adopción del esquema propuesto¹¹⁰⁸, ya que como se explicó, el delito tanto por los medios empleados como por las finalidades perseguidas en cada etapa vulnera diversos intereses dignos de tutela penal, los cuales siempre se encuentran orientados a una finalidad última reflejada en el orden socioeconómico.

3.2 Sobre la pena de multa.

El legislador opta por la multa proporcional —del tanto al triplo—, por que de esta forma posibilita una mayor sanción en aquellos casos donde el blanqueo de capitales tenga como objeto grandes cantidades de dinero¹¹⁰⁹; esta forma de sanción rompe con el de días multa, generalmente aplicable en el CP, salvo los casos concretos en que se establezca lo contrario¹¹¹⁰. De este modo la sanción pecuniaria no consiste en un *quantum* fijo, sino que será proporcional al objeto material del delito de blanqueo —sin que en ningún caso pueda ser inferior al monto del bien o bienes blanqueados—, y en función de la naturaleza o gravedad de la infracción se aumentará hasta el triplo del valor¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ *Vid., supra*: tema VIII. del presente trabajo.

¹¹⁰⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹¹⁰ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo...*, *op. cit.*, p. 290. Así como art. 50.2 CP.

¹¹¹¹ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 63; ÁLVAREZ y EGUIDAZU explican que: “La razón de haber optado por la multa proporcional hay que buscarla sin duda en la importancia de las cuantías dinerarias que las organizaciones dedicadas a esta actividad delictiva mueven, y sobre todo a las importantes cantidades que frecuentemente constituyen el objeto material de estos delitos. De haber aplicado el sistema días-multa la sanción pecuniaria nunca

La primera consideración que hago respecto de la proporcionalidad de la pena de multa en el blanqueo de capitales, versa sobre la igualdad de la sanción —del tanto al triplo—, que el legislador señala para el delito, tanto en su forma de comisión dolosa como en su forma de comisión imprudente. Esta equiparación en el castigo, no tiene razón de ser y constituye una clara vulneración al principio de proporcionalidad¹¹¹².

podría superar los treinta y seis millones quinientas mil pesetas, dado que el artículo 50 del Código Penal fija en el sistema días-multa la extensión máxima en dos años y la cuota diaria máxima en cincuenta mil pesetas.” Cfr.: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo...*, *op. cit.*, p. 290; actualmente se deben entender las cantidades señaladas en euros, y siguiendo lo ordenado por el art. 50 CP el cual desde la LO 5/2010 de 22 de junio ordena: “Artículo 50.

1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.
2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.
3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.
4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.
5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.
6. El tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes.”

¹¹¹² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 301; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, p. 388.

La siguiente consideración que formulo, consiste en una valoración positiva de la pena pecuniaria con que se sanciona el blanqueo de activos —por lo menos en su forma dolosa—; considero acertada esta sanción, ya que como se ha fundamentado, en el desarrollo del delito se vulneran una pluralidad de bienes jurídicos, de tal suerte que un margen como el planteado por el CP —del tanto al triplo—, atribuye al juzgador una potestad punitiva respetuosa del principio de proporcionalidad, según los intereses fundamentales que en el caso concreto se vean afectados.

Por otro lado, la valoración positiva que hago sobre la pena de multa, se basa en la consideración criminológica del delincuente económico, en efecto, aunque sea perogrullesco, conviene recordar que en los delitos socioeconómicos la finalidad perseguida por el delincuente no es otra, más que lo económico; bajo esta concepción, encontramos que en la generalidad de los casos de blanqueo de capitales, estamos frente a dos tipos de delincuentes: aquellos que pertenecen o de alguna forma se vinculan con el crimen organizado, y; aquellos conocidos como delincuentes de cuello blanco. Este tipo de delincuentes que para acceder al pleno uso y disfrute de los bienes obtenidos ilícitamente, precisan acciones de blanqueo de capitales, nos conduce a un análisis de la pena de multa en dos sentidos, a saber: La multa para el crimen organizado, y la multa para todo aquel que comente un delito dentro del ámbito socioeconómico.

Si entendemos al crimen organizado, como una «*empresa*» donde la finalidad principal es el beneficio económico que obtienen con el actuar delictivo¹¹¹³, vemos que la sanción pecuniaria carece del grado de efectividad que se persigue —previsión general—, si la misma no es proporcional al capital obtenido por el actuar criminal, ya que los sujetos que se ven implicados, consideran la eventualidad de su pago como un riesgo asumible, que en el caso de actualizarse se traduce en una especie de «coste de producción»¹¹¹⁴; sin embargo, el efecto disuasorio es completo, cuando existe la amenaza

¹¹¹³ *Vid., supra*: tema VI., B., 1.-, 1.1.- del presente trabajo.

¹¹¹⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, 237.

de que no solamente se les privará de los bienes obtenidos¹¹¹⁵, sino que además se les sancionará a pagar más de lo que les ha generado el delito —desde luego en proporción con los bienes jurídicos vulnerados en el desarrollo de sus actividades—. Entendida así la multa, considero que el efecto para aquellos «empresarios del crimen», se traduce en considerar su actividad como un «mal negocio».

Ahora bien, en tratándose de los delincuentes de cuello blanco, considero que la pena de multa elevada del tanto al triplo, tiene un gran efecto de prevención general, ya que como señala ARÁNGUEZ, siguiendo a RUIZ VADILLO “el efecto intimidatorio de esta pena puede ser muy elevado «porque quien quiere enriquecerse a toda costa, sin escrúpulo alguno, detrás de una mesa, rodeado de bienestar, en razón a determinadas actividades delictivas, es persona cobarde que tiene mucho miedo da perder el *status* obtenido, y profundamente egoísta»”¹¹¹⁶. Además, como señala SANZ MULAS “la pena de multa está especialmente indicada para la reafirmación del ordenamiento jurídico frente a personas no necesitadas de resocialización [...] y con respecto a las cuales la pena de prisión se muestra inadecuada para cumplir esos fines.”¹¹¹⁷

En suma, salvo en el caso del blanqueo de capitales imprudente, considero que la pena pecuniaria —del tanto al triplo—, cumple los efectos disuasorios de la pena traducidos como previsión general; pero además proporciona un margen dentro del cual el juzgador, tomando en cuenta los bienes jurídicos que fueron vulnerados, individualizará la pena, con lo cual se cumple a cabalidad el principio de proporcionalidad en *stricto sensu*.

Por otro lado, la problemática que puede representar la multa en el blanqueo de capitales, es de índole práctico al momento de su individualización, tal problemática radica en la forma que deberá apreciarse la multa, si en relación con las ganancias netas (las

¹¹¹⁵ *Vid., infra*: tema X., D., 4.- del presente trabajo.

¹¹¹⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹¹⁷ SANZ MULAS, Nieves: Alternativas a la prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana, *INACIPE*, México, 2004, p.502.

derivadas del delito, descontando de ellas la inversión que hizo el sujeto activo); o por el contrario, en relación con las ganancias brutas (la ganancia incluso legal, de lo que tiene origen ilícito). Considero que en apego al principio de proporcionalidad, y con el objetivo de cumplir la prevención general¹¹¹⁸ de la pena en cuestión, la multa debe ser considerada en relación con las ganancias brutas; desde luego que se comprende lo problemático de tal afirmación, puesto que el blanqueo de capitales es un proceso que implica una transformación continua, y en tal sentido, resultará realmente difícil tasar el punto de partida. Sin embargo, la dificultad probatoria no debe ser obstáculo para pasar por alto la proporcionalidad y finalidad de la pena. Para esos casos complejos, será la práctica judicial, la cual apoyándose con peritos de otras disciplinas — contables, financieras, etc.—, se auxiliará para determinar el punto de partida en la graduación de la multa.

¹¹¹⁸ De lo contrario, si únicamente se consideraran las ganancia netas del delito, se podría caer en lo apuntado por FABIÁN CAPARRÓS quien dice: “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.”. Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, 237.

4.- Consecuencias accesorias del delito de blanqueo de capitales.

4.1.-El comiso.

Con las acciones de blanqueo se reinvierte en la economía legal las exorbitantes cantidades que produce la delincuencia económica, principalmente la que tiene su origen en el crimen organizado; por ser el producto del delito el objetivo fundamental que persigue este tipo de delincuencia¹¹¹⁹, es que para su combate eficaz se debe privar al delincuente del producto de su actividad criminal.

Así ha sido entendido por la comunidad internacional y en tal sentido son numerosas las iniciativas supranacionales enfocadas al decomiso del producto del delito¹¹²⁰. Todas estas medidas —cuando

¹¹¹⁹ Incluso cuando el fin último de la misma sea de otra naturaleza como ideológico o político. *Vid.*: MORÁN MARTÍNEZ, Rosa A.: “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.): *Espacio europeo de libertas, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 308.

¹¹²⁰ Normativa de NU: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida 2003). Normativa del Consejo de Europa: Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990); Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005). Normativa de la UE: Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la UE, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; Decisiones Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. Así mismo el GAFI, en su reunión de París de febrero de 1990, señala como recomendación N° 8 el decomiso de “los bienes blanqueados, los productos que de ellos se deriven, así como los instrumentos

tratan el blanqueo de capitales—, señalan como medida sancionatoria para las conductas de reciclaje de activos, «el decomiso» de instrumentos y productos —o bienes cuyo valor corresponda a esos productos—, además de las correspondientes penas de privación de la libertad y pecuniarias¹¹²¹, *v.gr.* la Convención de Viena de 1988 en sus numerales 3.4 a)¹¹²² y 5.1¹¹²³, así como el Convenio europeo de 1990, en su art. 2.1¹¹²⁴.

Por lo que hace al marco jurídico interno de España, desde la entrada en vigor del CP de 1995 a la fecha¹¹²⁵, el comiso —de los efectos, instrumentos y ganancias—, ha sido concebido como consecuencia accesoria del delito —en oposición a la anterior regulación que lo concebía como pena accesoria—¹¹²⁶; con tal transformación, perdió el rigor que lo caracterizaba, ya que cuando

empleados o que deban serlo para cometer toda la infracción de blanqueo, o bienes de valor equivalente”.

- ¹¹²¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42. Respecto de la terminología «comiso y decomiso» QUINTERO OLIVARES menciona que el término «decomiso» se emplea más dentro del régimen administrativo, mientras que los términos «comiso y decomiso» se usan de manera indistinta en el Derecho penal, tanto por los instrumentos internacionales como por el CP español. *Vid.*: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Comiso” en BOIX REIG, Javier (dir.): *Diccionario de derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 165 - 168.
- ¹¹²² “Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.”
- ¹¹²³ “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso.”
- ¹¹²⁴ “Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos.”
- ¹¹²⁵ LO 10/1995 de 23 de noviembre, y las reformas operadas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO 5/2010, de 22 de junio.
- ¹¹²⁶ El comiso como fue considerado como «pena accesoria» por todos los Códigos penales desde el de 1882, salvo por el de 1928 que le dio el carácter de «medida de seguridad». *Cfr.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 301 y nota 633.

era considerado como «pena» se debía acreditar en juicio que el sujeto activo de un delito —al cual se le iban a penar con el comiso—, efectivamente había cometido una conducta antijurídica, culpable y punible, además que por el principio *societas delinquere non potest*, su ámbito de aplicación se restringía a las personas físicas¹¹²⁷. Al considerar al comiso como consecuencia accesorio del delito, ya no lo rigen los principios de imposición de las penas —como personalidad y culpabilidad—, se vuelve aplicable a las personas jurídicas —que anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio no se les podía punir—, y resulta aplicable en los casos en que no se penaba un hecho antijurídico y culpable¹¹²⁸.

La normativa vigente¹¹²⁹, regula de forma genérica en el art. 127 CP. las reglas aplicables para el decomiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas¹¹³⁰;

¹¹²⁷ GARCÍA MARTÍN, Luis (coord.) / BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. / ALASTUEY DOBÓN, María C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.444.

¹¹²⁸ RAMÓN RIBAS, Eduardo: “Libro I: Título VI (Art. 127)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, p.660.

¹¹²⁹ A partir de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

¹¹³⁰ Art. 127 CP: “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 ganancias 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.

por su amplitud, esta regulación incluye el comiso de los bienes en los que se hayan podido transformar los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción «comiso subrogatorio», el comiso de bienes por un valor equivalente de los efectos, instrumentos y ganancias «comiso por valor equivalente» y el que recae sobre el patrimonio de los condenados por infracciones relacionadas con la criminalidad organizada y el terrorismo « el comiso ampliado».

Unánimemente es aceptado por la doctrina, que la finalidad de esta consecuencia accesoria es evitar una situación patrimonial ilícita, mediante el enriquecimiento injusto derivado de actividades delictivas¹¹³¹, de esta forma en los casos de blanqueo de capitales, el texto legal nos remite a aquella regulación genérica del comiso,

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 los apartados anteriores de este artículo, 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 decomisan 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 lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”

¹¹³¹ MANZANARES SAMANIEGO, José L.: “Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)” en *AP, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, Madrid, Nº 24 (15 al 21 de junio de 1992), p.238; DEL MISMO AUTOR “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal” en *ADPCP*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, Tomo XXXV, fascículos II y III (mayo-diciembre 1981), p 620; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte genera...*, op. cit., p. 621; PUENTE ABA, Luz M.: “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena”, en *AFDUC*, Nº.10, Universidad de la Coruña, 2006, p.853.

diciendo: *“si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de éste Código.”* (art. 301.5 CP). Mientras que en tratándose de casos de blanqueo de capitales que tengan como delito antecedente aquellos contra la salud pública —narcotráfico—, la norma penal ordena el decomiso de las drogas y demás sustancias tóxicas, diciendo: *“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 artículo 374¹¹³² de este Código.”* (art. 301.1 último párrafo CP).

¹¹³² Art.374 CP: “1. En los delitos previstos en los artículos 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:

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 hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

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.

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.

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.

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.

Considero que tratándose de una consecuencia accesoria del delito, debiera unificarse la regulación del comiso, en tal sentido hay que tener presente el actual Anteproyecto de reforma al CP, que en el su art. septuagésimo segundo dice: Se modifica el artículo 127, que queda redactado de la siguiente manera:

“1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

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

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.

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, y 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.”

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 los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes distintos, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.”¹¹³³

Así mismo, un art. septuagésimo tercero del referido Anteproyecto, pretende regular el comiso ampliado, para el blanqueo de capitales, introduciendo un art. 172 bis e) al CP, el cual a la letra dice: “1.- El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada que de

¹¹³³ En este sentido el art. septuagésimo segundo del *Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Ministerio de Justicia. Sobre el particular, el art. XXVII de la Exposición de Motivos del referido Anteproyecto, dice: “El Código Penal contenía hasta ahora una doble regulación del comiso, de una parte en el Título VI de su Libro I, y de otra en el art. 374 para los delitos contra la salud pública tipificados en los arts. 368 a 373 del Código y para el blanqueo del producto derivado de los mismos. Con la reforma, la regulación del comiso es sistematizada y desarrollada con carácter general para todos los delitos, y se introducen importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos: con esta finalidad, se extiende el comiso ampliado, que se limitaba a los delitos de terrorismo y a los cometidos por organizaciones criminales, a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, corrupción en el sector privado, delitos informáticos)”. En el mismo sentido el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 20 de diciembre de 2012, p.13.

otro tipo de actividades: [...] e) Delitos de blanqueo de capitales [...].¹¹³⁴

Volviendo a la regulación vigente del comiso, el legislador ha pretendido impedir no solo el enriquecimiento sin causa legítima, sino que además, da el marco general para la incautación y destrucción de sustancias que resulten nocivas para la salud pública. Así desde una perspectiva de carácter político-criminal, la importancia del decomiso de los bienes producto del delito es doble, por un lado como afirma ZARAGOZA tiene especial relevancia ya que si se logra desarticular la redes financieras de los grupos criminales se puede conseguir acabar con ellos¹¹³⁵; por otro lado siguiendo a ARÁNGUEZ “[...] el comiso de los beneficios ilícitamente obtenidos cumple en el blanqueo una función esencial, pues desincentiva enormemente el interés por la comisión del delito, pues añade el riesgo de que se pierda totalmente el beneficio esperado por la comisión de tal delito”¹¹³⁶.

Ahora bien, al momento de determinar el comiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias que tienen su origen en actividades delictivas, se presenta la problemática señalada para el cálculo y determinación de la pena de multa de forma proporcional en el blanqueo de capitales¹¹³⁷. Me refiero a la determinación del comiso con base en las ganancias netas o las ganancias brutas derivadas del blanqueo de capitales. “De acuerdo con el *principio de*

¹¹³⁴ Sobre el cual, el Consejo General del Poder Judicial ha dicho que el Anteproyecto: “Introduce además importantes modificaciones optando por un comiso ampliado en el máxima extensión de la ofrecida por la Decisión Marco 2005/212/JAI, resultando un conjunto poco respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia.

Se regula en el art. 127 bis el comiso ampliado de bienes respecto de los que se tiene indicios racionales que proceden de actividades delictivas similares, lo que va más allá de la mencionada Decisión marco que exige una prueba plena de que los bienes tienen esa procedencia.”. Cfr.: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder judicial, Comisión de Estudios e Informes, p.287.

¹¹³⁵ ZARAGOZA AGUADO, Javier A.: *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos...*, op. cit., p. 109.

¹¹³⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 302.

¹¹³⁷ *Vid. supra*: tema X, D., 3.2 del presente trabajo.

ganancias netas¹¹³⁸ solo puede ser objeto material del delito de blanqueo lo obtenido del delito, una vez que se ha descontado lo que el delincuente ha invertido en la realización del mismo (método del descuento). Desde esta perspectiva, solo son ganancias las netas, entendidas como los ingresos brutos de la actividad ilegal menos los gastos demostrables [...] De acuerdo con el **principio de ganancias brutas**, objeto material del blanqueo lo son todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución. Lo obtenido del delito es de origen ilícito y el delincuente no tiene ningún derecho sobre el mismo, de manera que no puede beneficiarse del descuento de lo invertido.”¹¹³⁹. BLANCO CORDERO, llega a la conclusión apuntada para la pena de multa, es decir, la forma de calcular el comiso debe ser conforme a las ganancias brutas, y para eso da los siguientes argumentos:

a) Argumentos de justicia, “Lo justo es que quien comete un delito no pueda enriquecerse de él y , además, debe asumir el riesgo de perder los bienes invertidos en su comisión mediante el decomiso [...] quien comete un delito no tiene que obtener ganancias de él. El beneficio del delito *no le pertenece a él*, en cuanto que el delito no representa en ningún ordenamiento un título legítimo para la adquisición de la propiedad o de otros derechos sobre un bien”¹¹⁴⁰.

b) En segundo lugar se alude al carácter disuasorio del comiso, es decir, la prevención general. “Optar por el principio de ganancias netas supone asegurar en todo momento al delincuente que va a recuperar todo lo invertido en la comisión del delito [...] privándole

¹¹³⁸ “La aplicación del principio de ganancias netas plantea indiscutiblemente problemas de *prueba* y dificultades de contabilidad ligadas al *cálculo de los gastos* que han de deducirse de los ingresos obtenidos del delito. Re caerá sobre la acusación y la fiscalía una carga excesiva, ya que tendrá que demostrar que los bienes derivados de un delito constituyen exclusivamente los beneficios netos del negocio ilegal, y no lo ingresos totales brutos.” Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 254. El énfasis es del texto original.

¹¹³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 252. El énfasis es del texto original.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p 252.

exclusivamente de los beneficios netos obtenidos, en caso de haberlos. El delincuente, en un cálculo coste-beneficio, se arriesgará a cometer delitos invirtiendo su patrimonio en la ejecución de los mismos, porque no va a tener ningún coste económico para él.”¹¹⁴¹.

c) Con un análisis de los convenios de Naciones Unidas¹¹⁴², los cuales “utilizan el término *productos* para referirse al objeto del comiso. Constituyen productos, según estos convenios, *los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito*.”¹¹⁴³. Además, del Convenio de Varsovia, define producto como todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito, señalando que se debatió sobre considerar las ganancias netas o las brutas y que se llegó a la conclusión que no debiera ser obstáculo para obstaculizar la cooperación internacional y que en el caso de tráfico de drogas lo pagado por la adquisición de las drogas no debería descontarse de las ganancias, considerándose en todo caso producto del delito. Con lo que el término productos, en el marco internacional, es lo suficientemente amplio para abarcar las *ganancias brutas* como objeto material del delito de blanqueo de capitales.¹¹⁴⁴.

Dados los lineamientos generales sobre el comiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias que tienen su origen en actividades delictivas, expondré ahora las consideraciones sobre el comiso, como consecuencia accesoria del delito, en relación al principio de lesividad que rige al blanqueo de capitales.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p 252. El autor señala las críticas al principio de ganancias brutas, diciendo que: en primer lugar se critica que un sistema de ganancias brutas deja de ser considerado como una consecuencia accesoria del delito para ser considerada como una pena. También se critica la dificultad de prueba (aunque también se reconoce que la facilidad de la prueba no debe suponer una limitación de garantías ni de derechos). Finalmente, un argumento de justicia, dado que la pérdida de lo gastado en la comisión del delito supone una disminución del patrimonio, que no constituye un enriquecimiento del delincuente. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, pp. 253 y 254.

¹¹⁴² Viena (1988), Nueva York (2000) y (2003).

¹¹⁴³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed..., *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 262.

a) *Consideraciones sobre el comiso en el blanqueo de capitales, su relación con el principio de lesividad.*

a) La primera consideración que hago, en relación con los bienes jurídicos que se protegen con el blanqueo de capitales¹¹⁴⁵, radica en la finalidad que se persigue con el comiso y el origen ilícito de los bienes a blanquear; en efecto por medio del comiso se pretende evitar una situación patrimonial ilícita¹¹⁴⁶, mientras que la causa originaria de los capitales a blanquear es siempre una «actividad delictiva¹¹⁴⁷» previa.

Todo capital que se someta a un proceso de blanqueo de capitales — independientemente de la complejidad de dicho proceso y sin importar el número de operaciones y/o transformaciones que sobre el mismo recaigan—, únicamente podrá aspirar a tener una «apariencia de legalidad», es decir, jamás cambiará su naturaleza a un capital lícito. Pero más aun, el proceso delictivo al que se somete el capital ilícito en aras de darle esa apariencia de legalidad, vulnera diferentes bienes jurídicos, con lo que no solo la causa de los bienes es ilícita, sino que los medios y el fin también resulta ilícito; con lo anterior, se pretende hacer hincapié en que en tratándose de blanqueo de capitales, la constante durante todo el *iter criminis* delictual, será siempre la situación patrimonial ilícita, en tal sentido el comiso como consecuencia accesoria del delito, evita la continuación de aquella situación patrimonial indeseable dentro del orden jurídico.

¹¹⁴⁵ *Vid. supra*: tema VIII. del presente trabajo.

¹¹⁴⁶ MANZANARES SAMANIEGO, José L.: “Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)” en *AP, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, Madrid, Nº 24 (15 al 21 de junio de 1992), p.238; DEL MISMO AUTOR “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal” en *ADPCP*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, Tomo XXXV, fascículos II y III (mayo-diciembre 1981), p 620; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte genera...*, *op. cit.*, p. 621; PUENTE ABA, Luz M.: “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena”, en *AFDUC*, Nº.10, Universidad de la Coruña, 2006, p.853.

¹¹⁴⁷ Art. 301.1 CP, regulación en vigor a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio.

b) La segunda consideración que hago, recae sobre el análisis de la pluralidad de bienes jurídicos que tutela el blanqueo de capitales; de vital importancia para una sociedad es la tutela de la Administración de Justicia así como la protección del orden socioeconómico (tanto en sentido amplio como en sentido estricto); sin embargo, por lo que se refiere al comiso de los bienes, instrumentos y ganancias del delito, tiene una relevancia especial el bien jurídico —especie del genérico orden socioeconómico en sentido amplio—, licitud de los bienes que circulan en el mercado.

He expuesto como uno de los bienes jurídicos que se vulnera en el desarrollo de las actividades de blanqueo, es el correspondiente a *la licitud de los bienes que circulan en el mercado*¹¹⁴⁸, bien jurídico de tal relevancia en el tráfico comercial, que su irrespeto traería aparejada la nulidad de todo negocio jurídico —entendido claro está en materia civil—; con lo cual, al hablar de los capitales objeto del blanqueo, se esta hablando de un patrimonio que recae en un titular que únicamente tiene una tenencia material del bien, sin que pueda acceder al derecho de propiedad o algún otro sobre el mismo, en otras palabras hablamos de un patrimonio que recae en un titular ilegítimo.

Si analizamos este bien jurídico en concordancia con la figura del comiso, vemos que todo acto jurídico que se realice con capitales ilícitos, adolecerá siempre de nulidad, y en este sentido será siempre susceptible de ser decomisado por el Estado, con la excepción hecha a los adquirentes de buena fe¹¹⁴⁹, cuestión sobre la cual versa nuestra siguiente consideración.

¹¹⁴⁸ Como se ha explicado, gran parte de la doctrina —con la que estamos de acuerdo—, sostiene la calidad de bien jurídico con relevancia penal, la licitud de los bienes que circulan en el mercado. (*Vid. supra*: tema VII, C., 3.-, 3.1.-. del presente trabajo), y entre otros: GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad...”, *op. cit.*, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14.; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹¹⁴⁹ Reforzando esta consideración, actualmente el Consejo General del Poder judicial ha dicho, en el informe relativo al Anteproyecto de reforma al CP: “Se produce, por

c) La siguiente consideración a la figura del comiso, es relativa a la limitante legal del tercero de buena fe “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*”¹¹⁵⁰.

Un criterio generalizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es el de considerar al tercero de buena fe, como aquel que mediante un acto legítimo de adquisición ha consolidado su derecho sobre un bien, y en todo caso ignorando que en su título adquisitivo concurre con algún vicio que pueda invalidarlo¹¹⁵¹.

tanto, una ampliación del sujeto pasivo del decomiso, que hasta ahora solo puede ser acordado respecto del responsable de la infracción. Cuando constara la existencia de actos o negocios que afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrían ser declarados nulos de acuerdo con los artículos 6.3 y 1305 y concordantes del Código Civil, para su posterior adjudicación el Estado (en este sentido, STS 450/07, de 30 de mayo). La reforma permitirá, sin necesidad de previa declaración de nulidad, decretar el comiso de los bienes adquiridos por un tercero, a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, siempre que se acredite que ese tercero conociera o pudiera haber conocido su ilícita procedencia.”. Cfr.: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder judicial, Comisión de Estudios e Informes, p.143.

¹¹⁵⁰ Artículo 127.1 CP. El énfasis en la disposición legal transcrita, es agregado.

¹¹⁵¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Art. 127 a 129”, en: CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte General. (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 960; MANZANARES SAMANIEGO, José L.: “notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, nº 24, (semana del 9 al 15 de junio de 1997), p. 530.; SAAVEDRA RUIZ, Juan: “Título VI. De las consecuencias accesorias”, en CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.) / LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2007, p. 845; así como las SSTS 798 / 2008, de 12 de noviembre y la 1030 /2003, de 15 de julio, las cuales mencionan respecto del tercero de buena fe, que solo tendrá dicha calidad quien ha

Reforzando éste criterio y en aras de cumplir las exigencias del principio de exacta aplicación de la ley penal, considero que debemos hacer un análisis de dicha figura en materia civil, para que a partir de la interpretación hermenéutica estemos en posibilidad de comprender el sentido y alcance del tercero adquirente de buena fe, como excepción al decomiso de los bienes instrumentos y ganancias producto del delito.

El CC establece en su art. 7 que: *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*; por su parte el art 433 del citado ordenamiento dispone: *“Se reputa poseedor de buena e al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”*; además, la ley atribuye a esta figura, la presunción *ius tantum* de ser cierta (art. 344 CC): *“La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde probarla”*; por último la presunción de buena fe, cesa en el momento que el detentador conoce que posee la cosa de forma indebida (art. 435 CC).

Las disposiciones legales transcritas, nos aclaran un poco más lo que debemos entender por buena fe; ahora bien, si profundizamos en el tema, nos surge la pregunta respecto a ¿cuáles son los requisitos para desvirtuar esa presunción *ius tantum* de la buena fe de un tercero?, para dar respuesta resulta ilustrativo el criterio resumido de la siguiente STS: Los terceros adquirentes gozan de condición de tercero de buena fe a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria y al cual no le son oponibles ninguna de las excepciones contempladas en el mismo cuerpo legal. Se parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *ius et de iure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del

consolidado su derecho, mediante un acto legítimo de adquisición, ignorando que en dicho título concurre un vicio que pueda invalidarlo.

principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Se hace lugar al recurso de casación.¹¹⁵²

Considero importante el criterio jurisprudencial mencionado, ya que hace referencia al tercero de buena fe, que legítima su adquisición mediante un acto celebrado a título oneroso; damos relevancia a la contraprestación para adquirir, ya que la misma reafirma la buena fe del adquirente, puesto que en un análisis meramente fáctico, es más probable que el que adquiere a título gratuito este en conocimiento de la procedencia ilegítima de los bienes y del actuar ilícito de aquel que pretende blanquear capitales¹¹⁵³; por otro lado, el que adquiere mediante una contraprestación, crea un rastro que permite el seguimiento de los capitales y en última instancia los hace susceptibles de decomiso cuando estén en tenencia del blanqueador de capitales.

De lo dicho por la doctrina, la ley civil y la jurisprudencia, considero que los requisitos para ser considerado tercero de buena, en los casos de blanqueo de capitales, son los siguientes:

a) adquisición de los capitales, mediante un acto translativo de dominio legítimo; b) desconocimiento del origen ilícito de los bienes; y c) que el acto translativo de dominio por el que se adquirieron los capitales, hay sido a título oneroso.

Acreditados tales extremos de la actuación del tercero de buena fe, dicha calidad solo podrá perderse en el caso y desde el momento en que comience a saber que los bienes adquiridos son poseídos indebidamente; *“La posesión adquirida de buena fe no pierde este*

¹¹⁵² STS 626/2008, Sala 1ª de lo Civil, 30 de junio de 2008.

¹¹⁵³ Me refiero a testaferros, familiares o cualquier persona que estando en contacto con el blanqueador de capitales, adquiere por cualquier título, pero sin una causa suficiente que legitime dicha adquisición. Sin embargo, al existir una contraprestación —seria, real y basada en los precios de mercado de aquellos bienes que se transmiten—, vemos que la buena fe de ese tercero adquirente queda reforzada por que no solo su título es legítimos sino que la causa que lo originó se presume igualmente lícita.

carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente” (art. 435 CC).

d) La cuarta consideración sobre el comiso, en tratándose del delito de blanqueo de capitales, es la que versa sobre el carácter repositivo del mismo.

En efecto, la causa de los capitales que necesitan ser blanqueados es una actividad delictiva previa, con lo que en su momento para su producción se vulneró algún bien jurídico; he sostenido en varias ocasiones, la autonomía del delito de blanqueo de capitales respecto de la actividad delictiva previa, pero también me he referido a las ingentes cantidades de dinero que son producto del crimen organizado y que precisan ser dotadas de apariencia de legalidad para poder ser aprovechadas¹¹⁵⁴. Así la lesividad de las conductas de blanqueo se potencializa, ya que no obstante haberse vulnerado con la actividad delictiva previa, algún otro bien jurídico en la obtención del capital ilícito, mediante las acciones de blanqueo se sigue atentando de manera sistemática contra otros intereses fundamentales para la sociedad.

Con este panorama, el Estado una vez ha decomisado los bienes producto del delito, tiene que destinarlos a algún fin, así es como en 1995 se creó el fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados¹¹⁵⁵. Esta llamada «Ley

¹¹⁵⁴ Cantidades gigantescas, como las que señala el Consejo de Europa, quien ha determinado que mundialmente el tráfico de drogas produce entre 450.000 y 750.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; el tráfico de armas reportaría 400.000 millones de dólares de EE.UU. anuales; la prostitución genera beneficios netos de 8.000 millones de dólares de EE.UU. anuales, estimándose que cada persona que ejerce la prostitución reporta un beneficio de 100.000 euros anuales; la piratería se considera como la responsable de la pérdida de 10.000 empleos anuales en la Unión Europea y representa pérdidas para la industria de 93.000 millones de euros. *Vid.*: CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada” en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 216.

¹¹⁵⁵ Ley 36/1995, de 11 de diciembre. Modificada por LEY 61/1997, DE 19-12-1997, de modificación de la Ley 36/1995, de 11-12-1995, de creación de un fondo

del Fondo», busca dar un adecuado destino a los bienes producto del narcotráfico que han sido decomisados y con esta preocupación su Exposición de Motivos señala “[...]los fines a los que se destinará ese Fondo son programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos, así como la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere la citada Ley.”¹¹⁵⁶.

Para lograr tal fin, la ley tiene presente los diversos aspectos relacionados con el narcotráfico, y en tal sentido destina los bienes decomisados a esas organizaciones criminales, teniendo en cuenta “Por un lado, la necesidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los servicios y organismos competentes encargados en la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas incrementen las dotaciones que faciliten las investigaciones de las organizaciones de narcotraficantes; y, por otro, no debe desconocerse tampoco que las personas con drogodependencias son los grandes perjudicados por ese tipo de delincuencia. Por ello, al regularse el destino del producto de los bienes decomisados a los narcotraficantes, no puede prescindirse de la conveniencia de que también pueda invertirse en beneficio de los programas de prevención, rehabilitación e inserción social de drogodependientes y toxicómanos”¹¹⁵⁷.

Hay un total acuerdo con este carácter restitutivo de la Ley del Fondo, y en este sentido es acertado que la Ley 17/2003, de 29 de

procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. BOE 20-12-1997, núm. 304, [pág. 37453]. Desarrollado por Real Decreto 864/1997, de 6-6-1997, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. BOE 10-6-1997, núm. 138, [pág. 17697]. Rectificaciones: BOE 1-8-1997, núm. 183, [pág. 23618]; y resolución de 22-1-1997, de la mesa de coordinación de adjudicaciones de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. BOE 21-2-1997, núm. 45, pág. 6024.

¹¹⁵⁶ Exposición de Motivos de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, de creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

mayo¹¹⁵⁸, al regular el Fondo de bienes decomisados, señale en su art. 1. el ámbito de aplicación de la misma¹¹⁵⁹, mientras que en el art. 2. especifica los fines a los que se destinará el fondo¹¹⁶⁰. En esta ampliación de los bienes y de los beneficiarios, concidero adecuada la regulación del blanqueo de capitales, ya que por la pluralidad de bienes jurídicos que dicha conducta afecta, es necesario que el producto de éste delito se destine a la prevención, persecución y represión del mismo, con la correspondiente reparación del daño.

¹¹⁵⁸ Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de droas y otros delitos relacionados, BOE 129, 30 mayo 2003, pp. 20820 y ss.

¹¹⁵⁹ Art. 1 "Esta Ley tiene por objeto: 1º Regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 374 del Código Penal y 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de sustancias catalogadas como precursores, así como de los decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1, párrafo segundo, del Código Penal, y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado y del producto obtenido por la aplicación de las sanciones y del comiso previsto en la Ley 3/1996, de 10 de enero o en cualquiera otras disposiciones normativas relacionadas con la represión del narcotráfico."

¹¹⁶⁰ Art. 2 "Fines. Los fines a los que se destinará este fondo serán los siguientes: 1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos. 2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo: a) Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos citados en el artículo 1. b) Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos. c) 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."

CONCLUSIONES

1. *El principio de lesividad en la dogmática penal.* El Estado no solo está facultado, sino que se encuentra compelido para invadir la esfera jurídica de los gobernados, siempre que esto constituya una medida extrema amparada por la ley, y con la exclusiva finalidad de protección de bienes jurídicos «*principio de lesividad*», los cuales deben entenderse como aquellos principios que por su relevancia y trascendencia son indispensables para la existencia de la vida en sociedad. Caracterizados de esta forma los bienes jurídicos —en su dimensión social—, se sostiene que son anteriores a la ley, en tal sentido, ésta habrá de fundamentarse en aquellos y no al revés, so pena de regular absurdos jurídicos, que fuerzan la realidad en lugar de adecuarse a ella. Tal relevancia tiene el principio de lesividad en la dogmática penal, que se erige en fundamento y límite de la potestad punitiva del Estado, en tal sentido, su negación puede conducir al abuso completo del poder y a un total irrespeto de los derechos humanos.
2. *La legitimidad del Derecho penal económico.* En la actualidad existen corrientes doctrinarias que bogan por la desaparición de un Derecho penal económico, bajo el argumento liberal de que el *ius puniendi* debe estar reservado a las acciones lesivas de los bienes jurídicos de carácter estrictamente personal; sin embargo, sostengo que el Derecho penal económico es legítimo dada la relevancia de los bienes jurídicos que protege, los cuales por su naturaleza, constituyen intereses fundamentales necesarios para el adecuado funcionamiento del orden social y económico.
3. *Protección inmediata o próxima y protección mediata o remota de los bienes jurídicos.* Ante la realidad compleja con la que se actualizan las conductas de blanqueo de capitales, es necesario distinguir entre una protección inmediata o próxima y una protección mediata o remota de los bienes jurídicos; tal distinción, permite fundamentar

que las conductas intermedias son violatorias de determinados intereses jurídicos, pero además, dichas conductas se orientan a la consecución de un resultado final, el cual —de actualizarse—, será violatorio de distintos bienes jurídicos, que aquellos vulnerados por las conductas intermedias.

4. *La metodología para determinar los bienes jurídicos que se vulneran con las conductas de blanqueo de capitales.* Para la fundamentación y determinación de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales, debemos de partir de su naturaleza fenomenológica, fuera de toda concepción normativa, ya que solamente centrándonos en el plano fáctico, es decir, centrándonos en cómo se desarrollan las conductas de blanqueo, podremos llegar a un resultado adecuado. El equívoco reiterado de gran parte de la doctrina, de la jurisprudencia y del legislador, recae en tratar de derivar la lesividad concreta del blanqueo, con base en una norma jurídica, que en la mayoría de los casos es producto —en el Derecho interno—, del cumplimiento de compromisos supranacionales, con lo cual se fuerza una concepción «bindingniana» sobre el bien jurídico, que conduce a una determinación errónea de la lesividad, ya que la misma no obedece a la realidad fáctica, con que se materializan las conductas de blanqueo.
5. *El blanqueo de capitales es un proceso.* Los diferentes modelos que explican como se desarrolla la fase externa del *iter criminis* en al blanqueo de capitales, permiten concluir que el lavado de dinero es ante todo, por su naturaleza, un proceso; la importancia de determinar que el blanqueo de capitales es un proceso, radica en que cada etapa que lo compone persigue una finalidad propia, que siempre se encuentra orientada por la finalidad última, la cual se actualiza con la consumación del reciclaje de activos. Por ser internacionalmente aceptada, se sigue en el estudio del delito, la clasificación del GAFI, que agrupa las conductas del proceso de blanqueo en «colocación, conversión e integración».

6. *Relación entre finalidad, etapas y métodos empleados en el blanqueo.* La finalidad de cada etapa del blanqueo puede actualizarse de muy diversas formas —ya sean hechos o actos jurídicos—; la finalidad de cada etapa y los medios empleados para conseguirla, se encuentran en estrecha relación con los bienes que tutela el blanqueo, razón por la cual sostengo, que la lesividad del delito se encuentra condicionada por los medios empleados y por la etapa concreta del blanqueo de capitales.

7. *Los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales.* Una determinación correcta de la lesividad del delito, nos impone analizar —*prima facie*— los efectos perjudiciales que el mismo produce, sin tomar en cuenta ninguna norma jurídica, es decir, basando el estudio en la fenomenología del delito, para posteriormente analizar si dichos efectos perjudiciales, pueden elevarse a la categoría de bienes jurídicos dignos de tutela penal. Así, encuentro que las actividades de blanqueo de capitales, produce diversos efectos lesivos que perjudican ámbitos fundamentales de los Estados donde se ejecutan, en concreto se perjudican los órdenes: económico, político y social.
 - En el ámbito económico: los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales se producen tanto a nivel microeconómico «por la afectación directa a los agentes que intervienen en el proceso económico; por la afectación a la ley de la oferta y la demanda; y por la afectación a la libre competencia», como a nivel macroeconómico «por la pérdida del control de la política económica; por la distorsión e inestabilidad económica; por la inestabilidad financiera; y por el riesgo para la inversión».
 - En el ámbito político: los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales se producen, por la relación directa e interdependiente que existe entre el delito y la corrupción pública.
 - En el ámbito social: los efectos perjudiciales del blanqueo de capitales se producen, tanto por el impacto social de la criminalidad generadora de los capitales a blanquear; como por el impacto social del propio delito de lavado de activos.

8. *Determinación de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales.* Por su naturaleza, el delito de blanqueo de capital es ante todo un delito pluriofensivo, ya que en el desarrollo de las acciones que dan lugar al ilícito, se vulneran diversos bienes jurídicos; esta afirmación constituye únicamente un punto de partida —por que aunque parte de la doctrina lo da como criterio definitivo—, en realidad es una caracterización sumamente vaga que nada nos dice sobre los intereses jurídicos protegidos por el delito.

En concreto, los bienes jurídicos que se vulneran con el desarrollo de las actividades de blanqueo son:

1.- La Administración de Justicia; dada la naturaleza encubridora que en su caracterización real, ocurre en las primeras etapas del blanqueo de capitales.

2.- El orden socioeconómico, dentro del cual tenemos que distinguir entre los bienes jurídicos pertenecientes: a) al orden socioeconómico en sentido estricto, que se traduciría en el bien jurídico consistente en la rectoría económica del Estado; y b) al orden socioeconómico en sentido amplio, que comprende los siguientes bienes jurídicos: la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado; la estabilidad y solidez del sistema financiero; y la libre competencia.

9. *La relación entre bien jurídico, fases y métodos empleados en el blanqueo de capitales.* Estamos en presencia de un delito complejo en su ejecución, que precisa de diversas conductas para actualizar cada una de las etapas de las que está compuesto, con la peculiaridad de que cada una de las etapas pueden ejecutarse de manera sucesiva o no, y constituyen una realidad criminológica individualizada, que sirven como instrumento para el fin último del blanqueo. Por otro lado, dependiendo de los métodos con que se ejecuten las diferentes fases del lavado de activos, es que se lesionaran unos u otros bienes jurídicos; con lo que encuentro una estrecha relación entre los métodos empleados por los blanqueadores, los fines perseguidos en cada etapa del delito, y la concreta vulneración de los intereses protegidos por el lavado de dinero.

10. *Finalidad última y finalidad próxima en las etapas de blanqueo de capitales.* Por su realidad compleja, el desarrollo del delito se precisan diversas acciones, las cuales van encaminadas a un fin concreto e inmediato —la consumación de la etapa correspondiente—, pero que sumadas obedecen a la idea rectora del proceso delictivo, es decir, se encuentran guiadas por una finalidad última, consistente en la consumación del ilícito penal.

Normado por su característica «de proceso», el blanqueo de capitales no es un hecho puntual por el cual los bienes de origen ilícito, instantáneamente adquieran una apariencia de legalidad; es decir, el delito no sigue la sucesión causal simple de acción-resultado, por el contrario, necesita de una pluralidad de acciones concatenadas, para alcanzar tal fin. Entendido así el reciclaje de activos, considero necesario —en la determinación del principio de lesividad en el blanqueo—, distinguir entre dos finalidades de acción: la inmediata, que atenderá a la finalidad próxima que se persigue con las primeras dos etapas del proceso; y la finalidad última, que atenderá a la intencionalidad concreta del blanqueador de capitales, consistente en dotar de apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo con el propósito de reinvertirlos en la economía lícita.

11. *El principio de lesividad en el desarrollo del proceso de blanqueo de capitales.* Con base en: la fenomenología del delito; su naturaleza de proceso; la finalidad próxima de las etapas de colocación y conversión; así como la finalidad última perseguida en la etapa de integración; y tomando en cuenta los medios empleados para alcanzar dichas finalidades. Es que concluyo, que la relación entre el blanqueo de capitales y el principio de lesividad, se da indefectiblemente de la siguiente manera:

El bien jurídico protegido, atendiendo a la finalidad «próxima o inmediata» de las fases de colocación y conversión.

- a) La Administración de Justicia.

Los bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en las fases de colocación y conversión.

- a) La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.
- b) La estabilidad y solidez del sistema financiero.

Los bienes jurídicos protegidos, atendiendo a la finalidad «última o remota» de la fase de integración.

- a) El orden socioeconómico (*stricto sensu*).
- b) La libre competencia.

Los bienes jurídicos protegidos, atendiendo a los medios empleados en la fase de integración:

- a) La estabilidad y solidez del sistema financiero.
- b) La necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado.

12. *Indeterminación legal y jurisprudencial del principio de lesividad en el blanqueo de capitales.* El estudio de la evolución del blanqueo de capitales tanto en el orden jurídico-penal español, así como la jurisprudencia dictada sobre el mismo, me lleva a la conclusión de que ni el legislador «en las diversas regulaciones penales: LO 1/1988, de 24 de marzo; LO 8/1992, de 23 de diciembre y en el CP de 1995 – LLOO 15/2003, de 25 de noviembre y 5/2010, de 22 de junio», ni los jueces, comprenden el significado y alcance del delito. Esto ha hecho que la inmensa mayoría de las causas criminales que han versado sobre un supuesto blanqueo de capitales, tengan como antecedente conductas de narcotráfico; como si el reciclaje de activos fuera una agravante de aquel delito, o como si estuviéramos en presencia de un delito accesorio. Esta incomprensión del bien jurídico en el blanqueo de capitales, ha producido la falta de persecución y sanción, de una pluralidad de conductas que siendo especialmente lesivas de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales, no tienen como antecedente delictual conductas de narcotráfico.

13. *Recurso de amparo contra las sentencias dictadas por blanqueo de capitales.* Por otro lado y de especial gravedad, es que las sentencias que han recaído a las causas criminales sobre conductas de blanqueo de capitales, han sido fundadas y motivadas con base en artículos del CP que violan el principio de legalidad por falta de objeto de tutela, con lo cual dichas sentencias, aplican normas inconstitucionales que vulneran directamente el artículo 25.1 de la CE, el cual, al encontrarse dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, convierte al principio de legalidad en un derecho fundamental del gobernado. Con esta argumentación y con fundamento en el artículo 53 de la CE, toda sentencia que haya recaído sobre una conducta de blanqueo de capitales, podría ser recurrida mediante un amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el concepto de violación debería estructurarse, alegando la falta de determinación y certeza, del principio de legalidad —por lo que hace al las normas que regulan el blanqueo de capitales—, lo cual deja en un absoluto estado de indefensión al procesado, toda vez que no puede conocer que bien jurídico vulneró con su conducta. Sobre esta conclusión debo aclarar, que no se realiza ingenuamente, es decir, estoy cierto de que se trata de un recurso que jamás resultará procedente, pero no por que la argumentación carezca de razón, sino que no resultará procedente, por razones que exceden al jurista, como son la política, la opinión social y la consideración internacional.
14. *La autonomía del delito de blanqueo de capitales.* Con base en el principio de lesividad propuesto, se refuerza la corriente doctrinal que pugna por la autonomía del delito de blanqueo de capitales, ya que el principal argumento para considerar que se está en presencia de una figura delictiva independiente de cualquier otra, es el que recae, en que los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales, son diversos de otros delitos, en tal sentido, su lesividad propia y específica le atribuye una sustantividad que lo convierte en un delito autónomo e independiente de cualquier otro delito.
15. *La sistematización del delito en el CP.* El bien jurídico, constituye un criterio fundamental para clasificar los delitos en la parte especial

del CP; en el caso concreto, dentro de la hipótesis normativa del blanqueo de capitales, concurren diversos bienes jurídicos merecedores de tutela, razón por la cual la sistematización del delito debe decidirse con arreglo al criterio del bien jurídico preponderante. El bien jurídico que dentro del blanqueo de capitales tiene superioridad, preponderancia o relevancia sobre los demás — por englobar a la mayoría de bienes susceptibles de protección, así como por atender a la finalidad última del delito—, es el orden socioeconómico.

Es acertada la sistematización del delito en el ordenamiento penal español, ya que el vigente CP menciona en su preámbulo que “se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del [Proyecto] de 1992” y el preámbulo del Proyecto de CP de 1992 decía respecto del blanqueo de capitales que se trata de un delito que vulnera al orden socioeconómico; así, con tal fundamentación el legislador a regulado el delito en el actual CP, dentro del Libro II, Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

16. *El sujeto activo en el blanqueo de capitales.* El blanqueo de capitales, desde su primera regulación en el orden punitivo español, hasta la última reforma operada sobre el tipo penal, ha mantenido el mismo criterio sobre el sujeto activo del delito, empleando la expresión «*El que...*» para designarlo; se trata pues, de un delito común que puede ser cometido por cualquiera que se encuentre en la hipótesis normativa, sin que la descripción típica exija una calidad específica del sujeto, para realizarla.
17. *La responsabilidad de la persona jurídica en el blanqueo de capitales.* La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo un art. 32 bis al CP — permitiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, y reformó el artículo 302.2 CP —especificando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el blanqueo de capitales—. En mi opinión es acertada la inclusión de las personas jurídicas, como sujeto activo del delito de blanqueo de capitales, ya que, las sociedades —consideradas singularmente o en un entramado societario complejo—, son el instrumento idóneo y generalizado, del

cual se sirve el blanqueo de capitales en la actualización de sus diversas etapas. La persona jurídica, juega un papel muy importante en la política social y económica, tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, la utilización de una persona jurídica en actividades de reciclaje de activos, repercute directamente contra el orden socioeconómico, especialmente contra el bien jurídico libre competencia.

18. *El autoblanqueo de capitales.* Una de las cuestiones más controvertidas en relación al sujeto activo del delito de blanqueo de capitales, es la referente a los casos en que existe identidad entre los sujetos que realizan la comisión del delito previo y quienes realizan las acciones posteriores tendientes a legalizar los bienes obtenidos ilícitamente, es decir los casos de «*autoblanqueo de capitales*». Desde la reforma introducida al Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, en España, se sigue acertadamente un modelo acumulativo, ya que el actual art. 301 del CP sanciona expresamente el autoblanqueo al decir: «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 terceras personas...*», tal redacción pone fin —por lo menos al día de hoy y por lo menos en el orden jurídico español—, a tan controvertida cuestión.

Con todo hay que insistir sobre la punición del autoblanqueo de capitales desde una perspectiva de los bienes jurídicos tutelados por el delito, ya que la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio, es absolutamente omisa en su exposición de motivos, respecto de las razones que fundamentaron tal regulación, con lo cual el legislador además de perder una gran oportunidad para dejar zanjada en definitiva la controversia sobre el autoblanqueo, reforzando el principio de lesividad en el delito, propicia la incertidumbre jurídica, al permitir suponer que con la misma ligereza podría reformarse en diverso sentido —baste recordar la frase: “*Tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca jurídica en basura*”—. Más aun, si analizamos la STS 637/2010, de 28 de junio, por la cual el juzgador —conocedor del nuevo texto legal y durante el periodo de *vacatio legis* del

mismo—, dicta una sentencia en sentido contrario argumentando “... esta posibilidad incriminatoria nos está vedada en estos momentos”.

Concluyo que el autoblanqueo de capitales debe de ser punido, toda vez que con independencia de que exista identidad entre el sujeto activo del delito previo y el sujeto activo en el blanqueo de capitales, estamos en presencia de figuras delictivas diferentes y ante la vulneración de nuevos bienes jurídicos. Con la excepción a los casos de «posesión y uso» —modalidades delictivas introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio—, ya que son verbos relacionados con la consumación del delito previo y en tal sentido se estaría en presencia de un posible *bis in idem*.

19. *Hipótesis normativas del art. 301.1 CP.* Son dos las modalidades típicas fundamentales, atendiendo al fin perseguido por el autor de la infracción:

Una primera variante donde —adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes—, sabiendo que proceden de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Una segunda variante donde —adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes—, sabiendo que proceden de una actividad delictiva, con el propósito de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos

20. *Hipótesis normativa del art. 301.2 CP.* Regula 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.

21. *Hipótesis normativa del art. 301.3 CP.* Regula la posibilidad de comisión imprudente del delito, siempre que se trate de culpa grave.

Aunque la norma en cuestión se refiera a la comisión imprudente tanto del apartado 1 como del apartado 2, del art. 301 CP, únicamente puede actualizarse la comisión imprudente en los casos contemplados en el apartado 2 del citado artículo, ya que cada uno de los dos fines a que se refiere el art. 301.1 —«ocultar o encubrir» o «ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva previa»—, contienen un elemento subjetivo del injusto que impide su comisión imprudente; en tal sentido el único supuesto sobre el que pudiera actualizarse la hipótesis culposa típica sería la contenida en el art. 301.2 CP.

22. *La interpretación de las conductas típicas.* Una correcta interpretación de la normativa que regula el delito de blanqueo de capitales, debe de hacerse atendiendo al fin de la conducta delictiva; el intérprete debe estar al ejercicio de la acción final, de lo contrario llegará a resultados erróneos en su análisis. En otras palabras, una interpretación meramente exegética conforme a la descripción que la ley hace del delito nos llevaría a considerar el delito de blanqueo de capitales como una modalidad específica de encubrimiento — donde únicamente se protege como bien jurídico la Administración de Justicia—, lo cual además de absurdo —por la redundancia legislativa—, resultaría contrario a los fines perseguidos por las iniciativas tanto internacionales como nacionales, que se han encaminado a prevenir, perseguir y sancionar las conductas de lavado de activos. Cuando se atiende a la finalidad del blanqueo, debemos partir de la estructura fenomenológica del delito, ya que el mismo solo se entiende como una realidad procesal —por el desarrollo de la fase externa del *iter criminis*—, dentro de la cual debemos de distinguir entre sus diversas etapas —colocación, conversión e integración—, más aun, de cada etapa del blanqueo de capitales se tiene que determinar la finalidad perseguida, así como los medios empleados para conseguirla.

23. *El ejercicio de la acción final en el delito.* La interpretación de la normativa vigente, refiere el principio de lesividad en el blanqueo de capitales a la finalidad de las primeras fases del delito, ya que se

encuentra enfocada a sancionar la ocultación del origen ilícito de los bienes, con lo cual se tiene una visión parcial del blanqueo de capitales, que se centra puntualmente en un aspecto de su lesividad, y que no agota, por mucho, el fundamento de la existencia del delito «la incidencia contra el orden económico en su conjunto». La ventaja de entender al blanqueo de capitales como un delito contra el orden socioeconómico, además de la adecuación a su específica naturaleza, es que vincula al delito con la finalidad de la última fase del blanqueo —la integración de los bienes de origen delictivo en la economía legal—, con lo cual se incluyen todas las etapas intermedias del proceso de reciclaje —colocación y conversión—.

24. *La actividad delictiva previa.* En los antecedentes histórico penales del Derecho español, vemos que con anterioridad al CP vigente, el reciclaje de activos únicamente era penado cuando los bienes objeto del delito eran procedentes del narcotráfico. La regulación que el CP de 1995 ha hecho respecto de la infracción determinante en el delito de blanqueo de capitales, ha sido objeto de diversas reformas, en un primer momento se refería a «delitos graves»; posteriormente la LO 15/2003 amplió el cuadro de infracciones a cualquier hecho tipificado como delito; actualmente a partir de las reformas introducidas por la LO 5/2010, el vigente art. 301.1 del CP exige el conocimiento —por parte del sujeto activo del delito—, de que los bienes objeto del blanqueo procedan de «una actividad delictiva». La desvinculación del blanqueo de capitales a un delito determinante, y por ende, la no exigencia de acreditación del delito previo productor de los bienes que se pretenden blanquear, encuentra fundamentación en la propia y específica naturaleza jurídica del blanqueo de capitales, en relación con los bienes jurídicos que protege, ya que al tratarse de un delito con un objeto de protección propio, se afirma su autonomía, la cual con base en esa específica lesividad le atribuye una sustantividad propia, que vuelve innecesaria la acreditación plena de un delito previo, ya que el delito anterior y el reciclaje de activos se deben de entender como dos entidades jurídicas diferentes. En este sentido, considero acertado que la regulación vigente, únicamente exija que los capitales a blanquear procedan de una «actividad delictiva» y no de un «delito».

25. *Actividad delictiva previa y práctica judicial.* Si con el delito de blanqueo de capitales, lo que se pretende es tutelar intereses jurídicos de contenido preponderantemente socioeconómico, se debiera considerar dentro de esa “actividad delictiva”, únicamente la importancia cuantitativa de los capitales a blanquear, toda vez que los efectos perjudiciales del delito, son directamente proporcionales a la cantidad de bienes blanqueados y en su caso reinvertidos; aclaro que esto no significa que se pugne por un *quantum* típico, que señale la atenuación o agravación del delito si las operaciones efectuadas se realizan por en cima o por debajo de esa cantidad. Considero que el legislador debiera formular en la norma, una delegación genérica y flexible, para que sea la práctica judicial la que determine y actualice los criterios destinados a castigar con mayor o menor pena —dentro del marco legal—, aquello que realmente así lo merezca en razón de su importancia cuantitativa.
26. *La prueba indiciaria en la acreditación de la actividad delictiva previa.* Los bienes objeto del blanqueo deben proceder de una actividad delictiva previa, lo que da lugar a la problemática probatoria de dicha actividad; tanto la jurisprudencia como la doctrina, coinciden en que la prueba idónea para la acreditación de tal extremo, es la indiciaria, por virtud de la cual se considera que los hechos que pueden ser considerados como indicios para acreditar la actividad delictiva previa son: a) El incremento inusual del patrimonio o el manejo de unas cantidades muy elevadas de dinero, sin que exista una explicación razonable; b) La realización de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; y c) La acreditación de cualquier vínculo o relación entre el blanqueador y alguna actividad delictiva, o entre el blanqueador y personas o grupos dedicados a actividades delictivas.
27. *Las formas agravadas del delito.* Tanto la agravante por la actividad delictiva previa, como las agravantes por la calidad del sujeto activo deben ser derogadas; sostengo tal conclusión, ya que por imperativo del principio de lesividad, en nada importa la procedencia de los capitales o la calidad específica del sujeto activo, para una mayor o

menor vulneración de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales.

Por otro lado las agravantes del delito, consisten en una reminiscencia histórica de su vinculación al narcotráfico, cuestión ampliamente superada por la naturaleza autónoma que la lesividad propia le confiere al blanqueo.

Por último, en tratándose de las agravantes por la calidad específica del sujeto activo, las mismas se traducen en circunstancias personales subjetivas que rozan peligrosamente a un Derecho penal de autor, y en última instancia, nada tienen que ver con la mayor o menor lesividad del blanqueo de capitales.

28. *El principio de proporcionalidad en la pena privativa de libertad.* El tipo básico doloso de blanqueo de capitales sanciona con pena de prisión de *seis meses a seis años*, mientras que la comisión imprudente se sanciona con *seis meses a dos años* de prisión.

La pena privativa de la libertad, es respetuosa del principio de proporcionalidad, ya que si se toma en consideración el carácter pluriofensivo del delito, solo un amplio margen punitivo en la norma cumpliría tal extremo, donde será el arbitrio judicial el que, tomando en consideración los elementos y circunstancias particulares del caso concreto individualizará la pena, para lo cual deberá basarse en la efectiva vulneración de los bienes jurídicos.

29. *El principio de proporcionalidad en la pena de multa.* La pena pecuniaria va del tanto al triplo de los bienes objeto del delito; la sanción acompaña a la pena privativa de libertad y se aplica independientemente de la forma simple, agravada, dolosa o imprudente, en que se ejecuten las acciones de blanqueo de capitales.

Esta equiparación en el castigo, independientemente de la forma de comisión del delito, constituye una clara vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, en tal sentido, considero necesaria la adecuación de la pena, en relación con la gravedad de la conducta y

con base en los bienes jurídicos vulnerados. Sin embargo, considero que se debe mantener la forma proporcional —sobre el valor de los bienes objeto de delito—, ya que tal regulación permite un amplio margen de sanción, que será individualizado según la gravedad del caso concreto, además que tal caracterización es más efectiva —en este tipo de delitos—, para cumplir con las exigencias de prevención general de la norma.

Por otro lado, la problemática que puede representar la multa en el blanqueo de capitales, es de índole práctico al momento de su individualización, tal problemática radica en la forma que deberá apreciarse la multa, si en relación con las ganancias netas (las derivadas del delito, una vez descontadas de ellas la inversión del sujeto activo); o por el contrario, en relación con las ganancias brutas (la ganancia incluso legal, de lo que tiene origen ilícito). Considero que en apego al principio de proporcionalidad, y con el objetivo de cumplir la prevención general de la pena en cuestión, la multa debe ser considerada en relación con las ganancias brutas; desde luego que se comprende lo problemático de tal afirmación, puesto que el blanqueo de capitales es un proceso que implica una transformación continua, y en tal sentido, resultará realmente difícil tasar el punto de partida. Sin embargo, la dificultad probatoria no debe ser obstáculo para pasar por alto la proporcionalidad y finalidad de la pena. Para esos casos complejos, será la práctica judicial, la cual apoyándose con peritos de otras disciplinas —contables, financieras, etc.—, se auxiliará para determinar el punto de partida en la graduación de la multa.

30. *El comiso, como consecuencia accesoria del delito.* La figura del comiso tiene en el delito de blanqueo de capitales, una estrecha relación con la lesividad del delito, en específico con el bien jurídico consistente en «*la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado*», ya que este es un bien jurídico de tal relevancia en el tráfico comercial, que su irrespeto tiene aparejada la nulidad del negocio jurídico; estamos en presencia de un bien jurídico que se ve vulnerado desde la primera etapa del blanqueo de capitales, con lo cual hablamos de un patrimonio que recae en un titular que

únicamente tiene una tenencia material, es decir, es un simple detentador del bien, sin que pueda acceder —por el origen ilícito—, al derecho de propiedad o algún otro sobre el mismo, en otras palabras hablamos de un patrimonio que recae en un titular ilegítimo.

Analizado este bien jurídico en concordancia con la figura del comiso, vemos que todo acto jurídico que se realice con capitales ilícitos, adolecerá siempre de nulidad absoluta, y en este sentido será siempre susceptible de ser decomisado por el Estado.

Ahora bien, al momento de determinar el comiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias que tienen su origen en actividades delictivas, se presenta la problemática señalada para el cálculo y determinación de la pena de multa, de forma proporcional en el blanqueo de capitales. Me refiero a la determinación del comiso con base en las ganancias netas —objeto material del blanqueo, es lo obtenido por el delito, una vez que se ha descontado lo que el sujeto activo ha invertido en la comisión del mismo—, o las ganancias brutas —objeto material del blanqueo, son todos los bienes obtenidos por el delito, sin descontar de ellos el valor de lo invertido en su comisión. Todo producto del delito es de origen ilícito, en consecuencia, el sujeto activo no tiene ningún derecho sobre el mismo—. Sobre él particular llego a la conclusión apuntada para la pena de multa, es decir, la forma de calcular el comiso debe ser conforme a las ganancias brutas, independientemente de la problemática práctica que represente, ya que proporcionalmente y por los fines de prevención general, es la forma adecuada de entender esta consecuencia accesoria del blanqueo de capitales.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005.
- “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, año II, 2005.
- *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Tesis Doctoral, Facultad de Dereito Universidade de Santiago de Compostela, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com
- ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi: “La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienza italiana”, en ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi (ed.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003.
- AGUADO CORREA, Teresa: *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil español, introducción y parte general*, t.I, 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1983, p.531.
- ALBRECH, Peter A.: “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- ALCACER GUIRAO, Rafael: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- ALMAGRO NOSETE, José: “La protección procesal de los intereses difusos en España”, en *Justicia*, nº 1, 1983.

- ALONSO ALLENDE, Inés: “Ley de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo” en *Revista de Derecho vlex*, nº 81, junio 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.
- ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 1988.
- *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- AMELUNG, Knut: “El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al.)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio (Art. 648 bis c.p.) Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Guffré Giappichelli, Torino, 2008.
- ANGIONI, Francesco: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal*, 2ª ed., (anotada y puesta al día por: HERNÁNDEZ GUIJARRO, José J. / BENEYTEZ MERINO, Luis), Akal, Madrid, 1986.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alberto M.: *Lavado de Dinero: conceptos básicos sobre un sistema económico delictivo*, Porrúa, México, 2003.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido” en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en *Estudios penales (Libro homenaje al profesor José Antón Oneca)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

- “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales”, en AA. VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos BOE, Madrid, 1995.
- “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos” en AA. VV.: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993.
- / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, CEURA, Madrid, 2001.
- “Concepto y contenido del Derecho penal económico”, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir Puig, Santiago (coord.), Livrosca, Caracas, 2002.
- “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina (eds.): *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo (et al.): *Bien jurídico y derechos fundamentales sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. 1996.
- BARATTA, Alessandro: “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” en *CPC*, nº 24, Madrid, 1984.
- BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1999.
- BARTOL, Curt R.: *Criminal behavior, a psychosocial approach*, 2ª ed., Prentice-hall, New Jersey, 1986.
- BAZÁN, Víctor: “Los derechos fundamentales (particularmente económicos, sociales y culturales) en el Estado plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 16, España, 2012.
- BECCARIA, Cesare: *Tratado de los delitos y de las penas*, (trad. Juan A. De las Casas), Tecnos, Madrid, 2008.

BECK, Ulrich: “De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica” en *Rev. de Oc.*, nº 150, 1993.

— “Teoría de la sociedad del riesgo” en BERIAIN RAZQUIN, Josetxo (coord.): *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, España, 1996.

— *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

— *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. / ORDUÑA MORENO, Francisco J. (dirs.) *et. al.*: *Curso de derecho privado*, 7ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BENITO SÁNCHEZ, Carmen D. / CERINA, Giorgio: “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del R. / MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P. / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del código penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.

— El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Iustel, Madrid, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

— *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.

— “Prólogo”, en GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mª Luz: *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

— “Presentación”, en PÉREZ PINZÓN, Álvaro O.: *Los Códigos penales iberoamericanos*, Universidad de Salamanca, Forum Pacis, Bogotá 1994.

— / ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de derecho penal, parte general I, instrumentos y principios básicos del derecho penal*, Praxis, Barcelona, 1994.

- (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004.
- “Prólogo”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / SANZ MULAS, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005.
- “Prólogo”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.): *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.
- “Prólogo”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.): *El derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007.
- “Prólogo”, en BALMACEDA HOYOS, Gustavo (coord.): *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007.
- / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La <<emancipación>> del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en *La Ley*, año XXXI, núm. 7535, lunes 27 de diciembre de 2010.
- *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, España, 2012.
- LIBERTADORES S. BECHARA, Ana E: “Presentación”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / LIBERTADORES S. BECHARA, Ana E. (coords.): *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileña*, Centro de Estudios Brasileños / Universidad de Salamanca, España, 2013.
- BERNASCONI, Paolo: “Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario”, en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: “Criminalidad organizada y mercados ilegales” en *Eguzkiloze, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n.11, 1997.
- “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales” en *ADPCP*, nº L, enero 1997.

— *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*, Comares, Granada, 1999.

— “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea” en *Eguzkilore*, Nº 15, San Sebastián, diciembre 2001.

— *El delito de blanqueo de capitales*, 2º ed, Aranzadi, Navarra, 2002.

— “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos”, en *EPC*, Nº. 27, 2007.

— “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica” en *Eguzkilore*, nº 23, diciembre 2009, San Sebastián.

— “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales” en *RECPC* 13-01 (2011).

— *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012.

BLANCO LOZANO, Carlos: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996.

BONNECASE, Julien: *Elementos de derecho civil*, T. II, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985.

BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, 16º ed., Porrúa, México, 1998.

BÖSE, Martin: “Derechos fundamentales y derecho penal como <<derecho coactivo>>”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.

- BRICOLA, Franco: "Teoría générale del reato", en *Noviss. Dig. It.*, T. XIX, Utet, Turín, 1973.
- BUNZEL, Michael: "La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información", en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: Manual de derecho penal español parte general, Ariel, Barcelona, 1984.
- *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- *Manual de derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Nuevo sistema de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004.
- *Introducción al derecho penal*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2005.
- / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de derecho penal parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- (et. al.): *Lecciones de Derecho penal parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel: "Análisis sustantivo del delito" en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, CGPJ, Madrid, 2001.
- / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid, 2008.
- CARPISO MCGREGOR, Jorge: *Estudios constitucionales*, 1ª ed. Porrúa, México, 1980.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: "Corrupción, globalización y delincuencia organizada" en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

- CASTRO CUENCA, Carlos / HENAO CARDONA, Luis F. / BALMACEDA HOYOS, Gustavo: *Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ibáñez, Bogotá, 2009.
- CERVINI, Raúl, A.: “Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas”, en International Center of Economic Penal Studies (Serie Documentos I.C.E.P.S. América Latina), *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002.
- CHAMBERLIN, Wendy: “La lucha contra el lavado de dinero”, en *Perspectivas económicas, periódico electrónico del Departamento de Estado de EE.UU.*, volumen 6, número 2, mayo de 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Derecho penal parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Derecho penal español, parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005.
- COLOMBO, Gherardo: *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Giuffrè, Milano, 1990.
- COMTE, Auguste: *Discurso sobre el espíritu positivo*, Atalaya, España, 1995.
- CONTRERAS ALFARO, Luis H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal, alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio legis, Salamanca, 2005.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- DAVOODI, Hamid / TANZI, Vito: "corrupción, inversión pública y crecimiento", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 21, 2001.
- DE COSSÍO, Manuel / LEÓN CASTRO, José: *Derecho civil español, parte general*, Comares, Granada, 1998.
- DE MONTESQUIEU, Charles L.: *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.
- DE LA CUESTA, ARZAMENDI José L.: "Iniciativas internacionales contra la corrupción", en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No 17, 2003.
- / BLANCO CORDERO, Isidoro: "La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato", en ACQUAROLI, Roberto / FOFFANI, Luigi (ed.): *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003,
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- DE PINA, Rafael: *Elementos de derecho civil mexicano, introducción – personas – familia*, 4ªed., Vol. 1º, Porrúa, México, 1966.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal", en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (dir.): *Revista Penal*, Tirant lo Blanch, núm. 28, julio 2011.
- "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *RGDP*, nº 15, 2011.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan F. / SIMÓ SANTONJA, Vicente L. (coords): *Instituciones de derecho privado, obligaciones y contratos*, t. III, vol. 1º, Civitas, Madrid, 2002.

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en el Derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
- / OLAIZOLA NOGALES, Inés: “La responsabilidad penal de los funcionarios. El código penal de 1995”, en *Jornadas sobre “la responsabilidad de los funcionarios: aspectos penales y administrativos”*, Pamplona, 1996, p.52 (consulta disponible en sitio web:
http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199607_06_39.pdf)
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, introducción, teoría del contrato*, t. I, 6ª ed. Thomson, Pamplona, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, L.: “La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *ADPCP*, año XL, fasc. II, mayo - agosto 1987.
- “Alternativas a la actual legislación sobre drogas” en *CPC*, núm. 46, Edersa, Madrid, 1992.
- “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, *AP*, núm. 32, 1994.
- “Bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista” en *JplD*, nº 30, 1997.
- *Política Criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11º ed., Porrúa, México, 2008.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español, vol. I, parte general*, Revista de derecho privado, Madrid, 1982.

- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales. Un estudio sobre su tipificación desde las perspectivas jurídica y político-criminal*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, inédito. (se cita por el ejemplar dactilografiado).
- “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”, *ADPCP*, T. XLVI, fasc. II, mayo - agosto 1993.
- *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.
- “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (editor): *Banqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, colección Aquilafuente, Salamanca, 2002.
- *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un Derecho penal globalizado) en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio legis, Salamanca, 2004.
- “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, en *RGDP*, nº 16, 2011.
- “Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / LIBERATORE S. BECHARA, Ana E. (coords.): *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileña*, Centro de Estudios Brasileños / Universidad de Salamanca, España, 2013.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

— “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995”, en *EPC*, XXI, 1998.

— *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación”, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A / PÉREZ CEPEDA, Ana I. (coords.): *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema de delito*, B de F, Uruguay, 2004.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G.: “Corrupción y lavado de dinero. Nuevas fórmulas de reacción penal frente al lavado de dinero. El modelo español” en PÉREZ NORIEGA, Fernando / RAMÍREZ LEÓN, Lucero (coords.): *Memoria del seminario internacional sobre corrupción y lavado de dinero*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2011.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000.

— *Garantismo debate sobre el derecho y la democracia*, (trad. Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, Juan C.: “Corrupción, crimen organizado y <<blanqueo>> de capitales en el mercado financiero” en FERRÉ OLIVÉ, JUAN C. / MUZCO, Enzo / KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara / ALMEIDA CARBAJAL, Jorge: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Salamanca, 2002.

FEUERBACH, Paul J. A. R.: *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Hamurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni: “Bene Giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale”, en *Rev. IDPP* 1982, vol I.

— / MUSCO, Enzo: *Diritto penale parte generale*, 5º ed, Zanichelli, Bologna, 2007.

- FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio: *El delito de lavado de dinero en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- FLICK, Giovanni M.: “La repressione del riciclaggio ed il controllo Della intermediazione finanziaria. Problemi attuale e prospettive” en *Rev. It. D. Pro. Pen.*, 1990.
- FOFFANI, Luigi: “Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia itlaiana”, en AA. VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos, BOE, Madrid, 1995.
- “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, en *RP*, La Ley, N^o 7, enero 2001.
- “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, en *RP*, La ley, N^o 12, julio 2003.
- “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.): *In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004.
- “Armonizzazione del diritto penale dell’economia nell’Unione Europea: il progetto Eurodelitti”, en FOFFANI, Luigi (ed.): *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- “Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina M. (coords.): *Poder y delito: escándalos financieros y políticos*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- FORGIONE, Francesco: *Mafia export, cómo la N’drangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo* (trad. Francisco J. Ramos Mena), Anagrama, Barcelona, 2010.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho civil, I. parte general*, revista de Derecho privado, Madrid, 1979.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Art. 127 a 129”, en: CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte*

General. (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Marcial Pons, Madrid, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico parte general*, Colección jurídica de la Universidad de Piura, Ara, Perú, 2003.

GARCÍA MARTÍN, Luis (coord.) / BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. / ALASTUEY DOBÓN, María C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

— *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad,* Tirant lo Blanch, 2003.

— *Fundamentos de dogmática penal, una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal,* Atalier, Barcelona, 2006.

GARCÍA MÁYNES, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, 47° ed., Porrúa, México, 1995.

GARCÍA-PABLOS DEMOLINA, Antonio: *Derecho penal: Introducción*, 1ª ed., 1ª reimp., Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Parte general del derecho civil español*, civitas, Madrid, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y Método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

GLUYAS MILÁN, Ricardo: *Inteligencia financiera*, INACIPE, México, 2007.

GÓMEZ BENÍTEZ, José M.: “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes” en *CPC*, nº 91, enero de 2007.

GÓMEZ INIESTA, Diego J.: “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, Luis A. / TIEDEMANN, Klaus (comps.): *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla – La Mancha, 1994.

- *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Encubrimiento, los artículos 17 y 18 del Código Penal*, Trivium, Madrid, 1988.
- *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994.
- GONZÁLEZ RUS, Juan J.: *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*. Fundación Juan March, Madrid. 1983.
- “Delitos contra la propiedad” en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Curso de derecho penal español, parte especial*, Madrid, Edersa, 1992.
- “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero” en COBO DEL ROSAL, Manuel: *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, España, 2005.
- GONZÁLEZ VICEN, Felipe: "La Escuela Histórica del Derecho", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 18-19 (1978 - 1979).
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, María L.: *Fraude informático y estafa: (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional” en FERRÉ OLIVÉ, Juan C. (editor): *Banqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, colección Aquilafuente, Salamanca, 2002.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, 6º ed., Cajica, Puebla, 1987.
- HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapater), Barcelona, Boch, 1984.
- “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (trad. Patricia S. Zierres), en *Doctrina Penal*, año 12, abril-septiembre 1989.

— / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

— “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en *NFP*, No. 51, enero 1991.

— / MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

— / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

— “Presentación” en AA.VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (coord. ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / NIETO MARTÍN, Adán), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

— “¿puede haber delito que no afecten a un bien jurídico penal?” en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.

HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.

— “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico” en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007,

— “Bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.

- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael L.: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986.
- HERRERO HERRERO, Cesar: *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior, Madrid, 1992.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995.
- : *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho el objeto protegido por la norma penal*, 2ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- IGLESIAS RÍO, Miguel A.: “Criminalidad organizada y delincuencia económica” aproximación a su incidencia global”, en RUIZ RENGIFO, Hoover W. (coord.) AA.VV.: *Criminalidad organizada y Delincuencia económica, estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.
- JAKOBS, Günther: *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed., (trad. Joaquín Coello y José L. Serrano), Marcial Pons, Madrid, 1983.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996.
- *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, palestra editores, Lima, 2000.
- *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004.
- JESCHECK, Hans H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (traducción y adiciones de Derecho español realizadas por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1958.

- KAHLO, Michael: "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, (trad. Orts Cortina y Sancho Conill), Tecnos, Madrid, 2005.
- KAPLAN, Marcos: "Economía criminal y lavado de dinero" en BMDC, XXIX, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 1996.
- KINDHÄUSER, Konrad: "Acercas de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico" en AA. VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995.
- KLITGAARD, Robert: "Estrategias para combatir la corrupción", en *Información comercial española*, 741, 1995.
- LAGODNY, Otto: "El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional" en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, 3ª ed, México, 1996.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis M.: *Blanqueo de capitales, prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009.
- LORENZO SALGADO, José M., "En torno a alguna de las innovaciones de la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas", en *Drogodependencias y sociedad*, Serie de estudios sectoriales 2, Fundación Caixa Galicia, Imparsa, Santiago de Compostela, 1990.

- LUHMANN, Niklas: “El concepto de riesgo” en BERIAIN RAZQUIN, Josetxo (coord.): *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, España, 1996.
- LUTZESCO, Georges: *Teoría y práctica de las nulidades*, (trad. Manuel Romero Sánchez / Julio López de la Cerda), Porrúa, México, 1945.
- MANKIW, Gregory N.: *Principios de economía*, (trad. Esther Rabasco / Luis Toharia) 4ª ed., Thomson, Madrid, 2007.
- MANNA, Adelmo: “Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all’amministrazione Della giustizia, sino all’ordine pubblico ed all’ordine economico”, en *Riciclaggio e reati connessi all’intermediazione mobiliare*, Torino, 2000.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.: *Comentarios al código civil español*, T. X, hijos de Reus, Madrid, 1914.
- MANZANARES SAMANIEGO, José L.: “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal” en *ADPCP*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, Tomo XXXV, fascículos II y III (mayo-diciembre 1981).
- “Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)” en *AP, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, Madrid, N° 24 (15 al 21 de junio de 1992).
- “notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, n° 24, (semana del 9 al 15 de junio de 1997).
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín: *Teoría de las Obligaciones* (5° ed., aumentada y actualizada), Porrúa, México, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- “La dimensión internacional del blanqueo de dinero” en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2005.

— *Derecho penal económico y de la empresa parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

— *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987.

— “Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, España, No. 1, 1991.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (—tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico—)*, Comares, Granada, 1997.

MAURO, Paolo: *Corruption and growth*, en *Quarterly Journal of economics*, MIT, volumen 110, año 1995.

McDOWELL, John / NOVIS, Gary: “Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero” en *Perspectivas económicas, periódico electrónico del Departamento de Estado de EE.UU.*, volumen 6, número 2, mayo de 2001, p.7. (sitio web: <http://mexico.usembassy.gov/bbf/ej/ijes0501.pdf>)

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia - Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

MILITELLO, Vincenzo: “Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. / ACALE SÁNCHEZ, María (coords.): *Temas de Derecho penal económico, III encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004.

MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.

— “Objeto del delito” en *NEJ*, Francisco Seix, Barcelona, tomo XVII, 1982.

- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, en *EPC*, Universidad de Santiago de Compostela, nº XIV, año 1991.
- *Derecho penal parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2005.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático y a la vez aproximación a la participación en el delito” en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- MOLINA MANSILLA, María del C.: “El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal”, en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre 2007.
- MORALES PRATS, Fermín: “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en AA.VV.: *Intereses difusos y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, vol. 36, Madrid, 1994.
- MORÁN MARTÍNEZ, Rosa A.: “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral (dir.): *Espacio europeo de libertas, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- MORENO CÁNOVES, Antonio / RUIZ MARCO, Francisco: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, Castellón, Edijus, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Metodología y ciencia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens C.: “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, en AA.VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- “Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, AA.VV., BOE, Madrid, 1995.

— “Conclusiones finales” en AA. VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (coord. ARROYO ZAPATERO, Luis / NEUMANN, Ulfrid / NIETO MARTÍN, Adán), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

— / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— / FOFFANI, Luigi: “Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros. Una perspectiva comparada”, en *RP*, La Ley, N° 25, enero 2010.

— / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

— *Derecho penal parte especial*, 18º edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MURIEL PATIÑO, María V.: “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª ed., trillas, México, 1999.

NAVA ESCUDERO, Óscar: “Límites al poder constitucional presupuestario de la Cámara de Diputados” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 246, 2006.

NÚÑEZ, Ricardo: *Manual de derecho penal, parte general*, 4ª ed., actualizada, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999.

O’CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones*, 5ª ed. Corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid, 2008.

PADOVANI, Tullio: *Diritto penale*, Giuffrè, 5ª ed., Milano, 1999.

PAGLIARO, Antonio: *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 7ª ed., Milano, 2000.

PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Edersa, 1999.

- PALOMO DEL ARCO, Andrés: "Receptación y figuras afines" en VIVES ANTÓN, Tomas S. / MANZANARES SAMANIEGO, José L.: (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996.
- PAZOS DE LA TORRE, Luis: *Ciencia y teoría económica*, Diana, México, 1993.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, editorial jurídica de Chile, Chile, 2006.
- PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía*, 3ª ed. (trad. Yago Moreno), Pearson, Madrid, 2004.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumido. Salud Pública y Alimentación*, Praxis S.A., España, 1991.
- PÉREZ CEPEDA, Ana I.: *Globalización, trafico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: "Introducción al Derecho penal económico" en BACIGALUPO, Enrique (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- PINDYCK, Robert S. / RUBINFELD Daniel L.: *Microeconomía*, 5ª ed. (trad. Esther Rabasco / Luis Toharia), Pearson, Madrid, 2001.
- PLANIOL, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil*, T. I, Vol. 1 (trad. José M. Cajica), Cajica, Puebla, 1983.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Anales de la Universidad hispalense, Derecho, publicaciones de la Universidad de Sevilla, Nº 19, 1974.
- 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, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Dykinson, nº 25, abril 2010.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, R.: *EL delito de lavado de dinero, su tratamiento penal y bancario en el Perú*, IDEMSA, Lima, 1994.

- PRIETO NAVARRO, Evaristo: "Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt" en BACIGALUPO, Silvina / CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- PUENTE ABA, Luz M.: "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena", en *AFDUC*, N.º.10, Universidad de la Coruña, 2006.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: "La reforma penal y procesal en materia del tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)", en *JD*, núm. 16 - 17, 1993.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel J.: *Derecho penal parte general*, Esplugues de Llobregat, Barcelona, 1986.
- (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en AA.VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 5ª ed, THOMSON ARANZADI, Navarra, 2005.
- "Comiso" en BOIX REIG, Javier (dir.): *Diccionario de derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008.
- QUIRK, Peter J.: "Money Laundering: Muddying the Macroeconomy" en *Finance & Development*, Vol. 34, n.º 1, Marzo, 1997.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo: "Libro I: Título VI (Art. 127)", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.): *Diccionario de la lengua española*, 2001 (22ª ed.), (consulta disponible en <http://www.rae.es>).
- RECASÉNS SICHES, Luis: *Introducción al Estudio del Derecho*, 3º ed., Porrúa, México, 1974.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “Prólogo” en CONTRERAS ALFARO, Luis H.: *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Aurora, Santiago de Chile, 2004.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 13.
- “Delitos de Peligro” en *Enciclopedia Penal Básica* (Diego Manuel Luzón Peña, dir.), Granada, Comares, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano, obligaciones*, T. 5º, V. 1, Porrúa, México, 2003.
- ROMERAL MORALEDA, Antonio / GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel: *Tráfico y consumo de drogas: Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993.
- ROSE-AKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- ROUSSEAU, Juan J.: *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1966.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, (trad. a la 2ª ed. alemana: Diego M. Luzón Peña / Miguel Díaz y García / Javier De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
- *Dogmática penal y política criminal* (trad. Manuel Abanto Vázquez), Idemsa, Lima 1998.
- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- RUIZ RESA, Josefa Dolores: “EL concepto de interés en Ihering” en *RFDUG*, nº 3 (2000).
- SAAVEDRA RUIZ, Juan: “Título VI. De las consecuencias accesorias”, en CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.) / LÓPEZ BORJA DE

- QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2007.
- SAINZ CANTERO, José A.: *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Boch, Barcelona, 1970.
- SALINERO ALONSO, Carmen: *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, 2005.
- SÁNCHEZ ULLED, Emilio J.: “Blanqueo de capitales en el sector bancario y corrupción aspectos prácticos” en FERRÉ OLIVÉ, JUAN C. / MUZCO, ENZO / KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara / ALMEIDA CARBAJAL, Jorge: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Salamanca, 2002.
- SANZ MULAS, Nieves: *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000.
- Alternativas a la prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana, *INACIPE*, México, 2004.
- “Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / SANZ MULAS, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005.
- SEELMANN, Kurt: “El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena” en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- SGUBBI, Filippo: “Tutela penale di interessi diffusi” en *La questione criminale*, 1975.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M.: “La receptación específica”; en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas)*, T. XII, Edersa, Madrid, 1990.
- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- “Prólogo a la edición española” en AA. VV. *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2006.
- SMITH, Adam: *Teoría de los sentimientos morales*, (trad. Edmundo O’gorman), Colegio de México, México, 1941.
- *La riqueza de las Naciones*, tomo I, Pirámide, Madrid, 1996.
- SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros”, *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992.
- SOLIMANO, A.: “Introducción” en SOLIMANO, Andrés / TANZI, Vito / DEL SOLAR, Felipe: *Las termitas del estado, ensayos sobre corrupción transparencia y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- SOTO NAVARRO, Susana: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SOTO NIETO, Francisco: “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev: “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (et al)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, *CPC*, n.º58 (1996).

- TANZI, Vito: “La corrupción y la actividad económica”, en SOLIMANO, Andrés / TANZI, Vito / DEL SOLAR, Felipe: *Las termitas del estado, ensayos sobre corrupción transparencia y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal” en *Pena y Estado, función simbólica de la pena*, nº 1 (1991).
- “El derecho de la globalización: luces y sombras” en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan R.:(dir.) *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, nº 16, Madrid, 1999.
- TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito*. (trad. Amelia Mantilla Villegas), Ariel, Barcelona, 1985.
- TRILLO NAVARRO, Jesús P.: *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008.
- VARGAS PINTO, Tatiana: *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson, Pamplona, 2007.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana” en *Iustel RGDP*, nº 3 mayo 2005.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.: “La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 139, enero-febrero, 2004.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VIVES ANTÓN, Tomas S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- (coord.): *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- / ORTS BERENGUER, Enrique. / CARBONELL MATEU, Juan C. / GONZÁLEZ CUSSAC, José L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- VON HIRSCH, Andrew: "El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>," en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edición española a cargo de Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007.
- VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho penal* (trad. Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Derecho penal español de Quintiliano Saldaña), 3º ed, Reus, Madrid, 1914, tomo II.
- WEI, Shang-Jin: "How taxing is corruption on international investors?" en *The review of economics and statistics*, Massachusetts Institute of Technology, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio R.: *Tratado de derecho penal, parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 1981, tomo II.
- *En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier A.: "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, CDJ, Nº 1, 1994.
- "Receptación y blanqueo de capitales" en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel: *Contratos civiles*, 3º ed., Porrúa, México, 1989.
- ZANCHETTI, Mario: *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano, 1997.
- ZIEGLER, Jean: "Los sindicatos del crimen y la Europa unida", en *Los reverses del Derecho*, edición de Gonzalo Martínez-Fresneda, Barcelona, 1993.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.
- "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en RUIZ RENGIFO, Hoover W. (coord.) AA.VV.:

Criminalidad organizada y Delincuencia económica, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

— “Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad. Apuntes para el análisis”, en SANZ MULAS, Nieves (coord.) AA.VV.: *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

— “Societas delinquere potest”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (coords.): *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011.

NORMATIVA SUPRANACIONAL

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Carta de la Habana Ginebra 1948).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (18 de marzo de 1951).

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, (del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900 y enmendado el 28 de septiembre de 1977).

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 20 de diciembre de 1988).

La Convención Interamericana contra la corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos (29 de marzo de 1996).

El Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea (el 26 de mayo de 1997).

El Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (el 21 de noviembre de 1997).

- El Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (el 27 de enero de 1999).
- Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa, (Estrasburgo 4 de noviembre de 1999).
- Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida 2003).
- La Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana (el 12 de julio de 2003).
- Convenio Nº 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990).
- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005).
- Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la UE, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.
- Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.
- Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.
- Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.
- Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

DOCUMENTOS SUPRANACIONALES

Declaración de principios de Basilea. Declaración del Comité de Autoridades de Supervisión Bancaria del Grupo de los diez y de Luxemburgo, hecha en Basilea en diciembre de 1988, sobre prevención en la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal.

THE WOLFSBERG GROUP: *Declaración de Wolfsberg – Guía para un planteamiento basado en el riesgo en la gestión del riesgo de Blanqueo de Capitales.*

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, sobre el blanqueo de GAFI: Rapport demandé par les chefs d'Etat lors du Sommet de l'Arche, Collection des rapports officiels, París, (7 de febrero de 1990).

—nuevas recomendaciones del organismo para prevenir y combatir el lavado de dinero, el financiamiento de terrorismo y el financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva. Lo anterior, en el marco de la Tercera Reunión plenaria del XXIII periodo celebrada (el 13 al 17 de febrero de 2012).

Recomendación sobre la resolución adoptada por el Comité de Ministros del 25 de junio de 1981; *Council of europe, resolutions by the Comité of Ministers Relating to crime problems*, IV (Estrasburgo, 1981).

Documento del Consejo de Europa: *Crimen organizado, reporte de situación 2004, enfocado a las amenazas del cybercrimen*, Estrasburgo, 23 de diciembre de 2004, p.40. (sitio web: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Organised%20Crime%20Situation%20Report%202004.pdf> última consulta abril de 2013).

NORMATIVA ESPAÑOLA.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, núm. 280, 7 de octubre de 1882.

LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE núm. 74, 26 de marzo de 1988.

- Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, núm. 121/000102, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, 23 de septiembre de 1992.
- LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE núm. 308, 24 de diciembre de 1992.
- LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Reformas a la LO 10/1995, de 23 de noviembre:
- LO 15/2003, de 25 de noviembre. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.
 - LO 5/2010, de 22 de junio. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.
- Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Ministerio de Justicia.
- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder judicial, Comisión de Estudios e Informes.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 20 de diciembre de 2012.
- Ley 36/1995, de 11 de diciembre. Modificada por LEY 61/1997, DE 19-12-1997, de modificación de la Ley 36/1995, de 11-12-1995, de creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.
- Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.
- Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4,

de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

Documentación SEPBLAC: Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para remitores de fondos y establecimientos de cambio de moneda.

—Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para personas físicas o jurídicas que ejerzan las actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades y las actividades de inversión filatélica y numismática.

—Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para remitores de fondos y establecimientos de cambio de moneda.

Documento del Banco de España, *Estabilidad del sistema financiero*, Eurosistema: Consulta disponible en: http://aulavirtual.bde.es/wav/html/estabilidad_financiera/home_op.html

NORMATIVA MEXICANA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Competencia Económica.

Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Reglamento interior de la Comisión Federal de competencia.

NORMATIVA ITALIANA.

Código Penal italiano.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STC 22 de marzo de 1998.

STC 117/2007, de 21 de mayo.

T S Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 18-07-2006.

STS 867/1996 de 12 de noviembre.

STS1260/1997, de 13 de octubre.

STS 356/1998, de 15 de abril.

STS 1637/1999, de 10 de enero.

STS 1842/1999, de 28 de diciembre.

STS 1711/2000, de 8 de noviembre.

STS 1584/2001, de 18 de septiembre.

STS 2026/2001, de 28 de noviembre.

STS 1095/2001, de 16 de julio.

STS 1293/2001, de 28 de julio.

STS 1704/2001, de 29 de septiembre.

STS 2026/2001, de 28 de noviembre.

STS 2410/2001, de 18 de diciembre.

STS 2545/2001, de 4 de enero de 2002.

STS 57/2003, de enero.

STS 1504/2003, de 25 de febrero.

STS 45/2003, de 28 de febrero.

STS 575/2003, de 14 de abril.

STS 1030 /2003, de 15 de julio.

STS 1070/2003, de 22 de julio.

STS 1501/2003, de 19 de diciembre.

STS 1746/2003, de 23 de diciembre.

STS 731/2004, de 7 de junio.

STS 1113/2004, de 9 de octubre.

STS 1450/2004, de 2 de diciembre.

STS 137/2005, de 2 de febrero.

STS 924/2005, de 17 de junio.

STS 789/2005, de 29 de junio.

STS 1071/2005, de 30 de septiembre.

STS 1034/2005, de 14 de septiembre.

STS 1597/2005, de 21 de diciembre.

STS 110/2006, de 8 de febrero.

STS 409/2006, de 10 de febrero.

STS 419/2006, de 12 de abril.

STS 586/2006, de 19 de mayo.

STS 94/2006, de 10 de febrero.

STS 707/2006, de 23 de junio.

STS 1260/2006.

STS 970/2006 de 3 de octubre.

STS 928/2006, de 5 de octubre.

STS 1277/2006, de 15 de diciembre.

STS 390/2007, de 26 de abril.

STS 483/2007, de 4 de junio.

STS 626/2008, Sala 1ª de lo Civil, 30 de junio de 2008.

STS 798/2008, de 12 de noviembre.

STS 637/2010, de 28 de junio.

STS 279/2012, de 9 de abril.

STS (sala 3), de 14 de mayo de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 179/2013, de 16 de abril.

ANEXOS

ANEXO I

EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN PENAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

LO 10/1995, de 23 de noviembre	LO 15/2003, de 25 de noviembre	La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio
De la receptación y otras conductas afines	De la receptación y otras conductas afines	De la receptación y el blanqueo de capitales
<p>Artículo 301.</p> <p>1. El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, 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.</p> <p>Las penas se impondrán 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.</p> <p>2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera</p>	<p>Artículo 301.</p> <p>1. El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, 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.</p>	<p>Artículo 301.</p> <p>1. El que adquiriera, posea, utilice, convirtiera, 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 clau-</p>

<p>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.</p> <p>3. Si los hechos se realicen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.</p> <p>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.</p>	<p>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 artículo 374 de este Código.</p> <p>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.</p> <p>3. Si los hechos se realicen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.</p> <p>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.</p> <p>5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las</p>	<p>sura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.</p> <p>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 artículo 374 de este Código.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>3. Si los hechos se realicen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y</p>
---	--	--

	reglas del artículo 127 de este Código.	<p>multa del tanto al tripló.</p> <p>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.</p> <p>5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.</p>
<p>Artículo 302.</p> <p>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.</p> <p>En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:</p> <p>a) Disolución de la organización o clausura definitiva</p>	<p>Artículo 302.</p> <p>1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca 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.</p> <p>2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna</p>	<p>Artículo 302.</p> <p>1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca 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.</p> <p>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:</p> <p>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.</p> <p>b) Multa de seis meses a</p>

<p>de sus locales o establecimientos abiertos al público.</p> <p>b) Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.</p> <p>c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.</p>	<p>de las medidas siguientes:</p> <p>a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.</p> <p>b) 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.</p>	<p>dos años, en el resto de los casos.</p> <p>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.</p>
<p>Artículo 303.</p> <p>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.</p> <p>A tal efecto, se entiende que son facultativos los médi-</p>	<p>Artículo 303.</p> <p>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.</p> <p>A tal efecto, se entiende que son facultativos los médi-</p>	<p>Artículo 303.</p> <p>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.</p> <p>A tal efecto, se entiende que son facultativos los médi-</p>

cos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.	cos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.	cos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.
Artículo 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.	Artículo 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.	Artículo 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.

NOTA 1: se indican en rojo las variaciones introducidas por la LO que corresponda respecto de la versión anterior.

LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003).

—Reforma el art. 301. CP, modificando el apartado 1 y añadiendo el 5.

—Reforma el art. 302. C.P.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE N° 152, 23 de junio de 2010).

—Reforma la rúbrica.

—Reforma el art. 301. CP, modificando el apartado 1. en su primer párrafo y añadiendo un segundo párrafo.

—Reforma el art. 302. CP, modificando el apartado 2.

ANEXO II
RESUMEN PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EUROPEO

RICICLAGGIO DI DENARO E PRINCIPIO DI NECESSITÀ

I. IL BENE GIURIDICO NELLO STATO SOCIALE E DEMOCRATICO DI DIRITTO.

Secondo il pensiero giuridico liberale dell'Illuminismo che ancora oggi continua a informare la dogmatica penale¹¹⁶¹, per mezzo del contratto sociale¹¹⁶² i cittadini cedono allo Stato quelle facoltà necessarie alla realizzazione di una convivenza libera e pacifica; lo Stato interverrà solamente in esercizio della potestà penale concessa ed esclusivamente nella misura in cui tali finalità di pace e libertà non possano essere conseguite attraverso mezzi meno aggressivi nei confronti dei cittadini¹¹⁶³.

Il contrattualismo non solo permette ma anche obbliga lo Stato ad invadere la sfera giuridica dei governati, sempre che ciò costituisca

¹¹⁶¹ Linea di pensiero che nell'ambito del Diritto penale ha inizio dalla opera di Cesare Bonesana Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Vid.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *et al.: Curso de Derecho penal parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 104 e ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: *Manual de Derecho penal español parte general*, Arie, Barcelona, 1984, pp. 108 e ss.; SAINZ CANTERO, José A.: *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Boch, Barcelona, 1970, pp. 45 e ss.; PAGLIARO, Antonio: *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 7^a ed., Milano, 2000, p. 45.; ZAFFARONI, Eugenio R.: *Tratado de derecho penal, parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 1981, t. II, pp. 86 e ss.

¹¹⁶² In tema di contratto sociale Vid.: DE MONTESQUIEU, Charles L.: *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, *passim*.; ROUSSEAU, Juan J.: *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1966, *passim*.

¹¹⁶³ ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (Edizione spagnola a carico di Rafael Alcacer (*et al*)), Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, pp. 446 e ss.

una misura estrema avallata dalla legge al fine di tutelare quei principi indispensabili per la vita in società e individuati dalla dottrina come beni giuridici che, secondo JESCHECK, costituiscono: i beni essenziali, di vitale importanza per la convivenza umana nella società e pertanto meritevoli di tutela attraverso il potere coercitivo dello Stato rappresentato dalla pena pubblica¹¹⁶⁴

Come evidenziato da ROXIN¹¹⁶⁵, lo studio dei beni giuridicamente tutelati nell'ambito del Diritto penale deve essere riferito a un determinato modello di Stato¹¹⁶⁶, posto che la loro comprensione dipende strettamente da detto modello¹¹⁶⁷. In tale occasione facciamo riferimento a un modello di Stato la cui finalità è quella di garantire ai cittadini una convivenza pacifica, libera e socialmente sicura; dal momento che le moderne democrazie condividono le finalità suddette, verrà analizzato il bene giuridico nel modello dello Stato sociale e democratico di Diritto¹¹⁶⁸. In tale tipo di Stato il potere punitivo viene legittimato dal fatto che il suo intervento sia strettamente connesso alla necessità di tutela di interessi fondamentali che, pur essendo di differente specie, sono sempre

¹¹⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (traduzione e addenda di Diritto Spagnolo realizzati da Mir Puig y F. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, p. 9.

¹¹⁶⁵ ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes...”, *op. cit.*, p. 447.

¹¹⁶⁶ Modello connesso alla Teoria Generale dello Stato e inteso come ordine giuridico che da unità agli altri elementi che lo formano (territorio, popolo e governo), *Vid.*: KELSEN, Hans. *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 1996, *passim*

¹¹⁶⁷ I beni giuridici tutelati sono differenti, dato che questi rappresentano espressione degli interessi della società che a loro volta, facendo riferimento a un dato modello di Stato, sono validi in un momento e in un tempo determinati

¹¹⁶⁸ Lo Stato di Diritto è un concetto ampio, caratterizzato nella storia del pensiero politico da differenti connotazioni: la idea trova le sue origini in Platone ed Aristotele e al loro governo delle leggi contrapposto al governo degli uomini. Allo Stato di Diritto sono state attribuite differenti categorizzazioni, come quella democratica e quella sociale, che hanno precisato gli interessi e gli obiettivi fondamentali che sottostanno allo stesso. Si veda in proposito l'art. 1.1 della Costituzione spagnola del 1978 che dice “ La Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di Diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico”.

orientati dalla parte dell'individuo e della sua possibilità di partecipare in un determinato sistema sociale¹¹⁶⁹; il crimine si configura pertanto ancor prima che come infrazione di una norma, come lesione o messa in pericolo di beni giuridici fondamentali tanto per l'individuo che per la comunità¹¹⁷⁰.

1.- La crisi dello *ius puniendi*, tra la ipertrofia legislativa e il Diritto penale simbolico.

L'abuso fatto dai differenti Stati sui propri Codici penali al fine di reprimere fatti di per sè inoffensivi ma criminalizzati attraverso le ricorrenti riforme legali, è divenuto un fenomeno preoccupante in cui il Diritto penale ha oltrepassato i suoi limiti, provocando una serie di conseguenze negative¹¹⁷¹. La criminalizzazione da parte del legislatore di fatti di scarso valore è una pratica ricorrente, divenuta la strategia utilizzata per dare risposta alle problematiche concrete della realtà sociale¹¹⁷²; attraverso misure elaborate in assenza di una politica criminale adeguata, sono state create molte fattispecie criminali tanto all'interno di leggi speciali che all'interno del diritto penale sostanziale.

Il principio dell' *ultima ratio* del Diritto penale si sta così convertendo in una *unica ratio*, posto che accanto alla grande quantità di norme create *ex professo* per tutelare casi eccezionali, sono state invece accantonate materie che dovrebbero fare

¹¹⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. (et. al.): *Curso de Derecho penal...*, op. cit., p. 71.

¹¹⁷⁰ MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: "Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho", in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, España, No. 1, 1991, p. 224.

¹¹⁷¹ Ci può pensare nella frase di Tacito: "*Pessima res publica, plurimae leges*". Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2006, p. 1.

¹¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 16.

riferimento ad altri rami del Diritto, come quello civile o quello amministrativo.

In tale contesto di eccesso legislativo, riscontriamo una vera e propria ipertrofia del Diritto penale¹¹⁷³ che, a causa di una legislazione simbolica con poche possibilità concrete di applicazione, ha portato sentimenti di impotenza tra i cittadini così come la delegittimazione delle istituzioni¹¹⁷⁴; ciò, come sottolineato da GARCÍA-PABLOS, lede i principi e le garanzie che il Diritto penale dovrebbe proteggere, avendo inoltre come conseguenze la eventuale creazione di un sistema punitivo autoritario che trova il proprio fondamento e beneficio negli interessi del gruppo politico detentore del potere e il conseguente danno nei confronti dei diritti del cittadino¹¹⁷⁵.

2.- Restituendo principi, bene giuridico e *ius puniendi*.

Limitando il problema, bisogna quindi trovare la soluzione adeguata che faccia riferimento a un principio che dia le basi per la depurazione dei codici da quelle condotte penali che non siano di grave entità, cercando di giungere a un diritto penale minimo ma efficace nella società del rischio e nella conseguente criminalità che questa produce.

Ritengo che la politica criminale debba contrastare un diritto penale espansivo e viziato nella sua legittimazione; davanti tale realtà che colpisce la legittimà del Diritto penale, si deve riaffermare il *principio di necessità*, sulla base del quale porsi l'interrogativo 'quando si deve considerare necessario l'intervento del Diritto penale?', come affermato da MIR PUIG, la risposta si trova nel concetto di bene

¹¹⁷³ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico...*, op. cit., pp. 132 e 133.

¹¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio R.: *En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 42; FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico...*, op. cit., p13.

¹¹⁷⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho penal...*, op. cit., 189 e ss.

giuridico per la sua stessa funzione limitatrice del sistema, aggiungendo in ogni caso che non qualsiasi bene giuridico debba essere protetto dal Diritto penale ma precisando piuttosto che questo debba essere un *bene giuridico-penale*¹¹⁷⁶; per spiegare la sua posizione, egli parla dell'importanza del concetto dogmatico di bene giuridico, centrando però la sua attenzione sul concetto politico criminale e affermando pertanto la sua imprescindibilità in uno Stato sociale e democratico di Diritto; in tal modo considera che, dal punto di vista politico-criminale, affinché un bene giuridico possa essere considerato penale deve soddisfare due condizioni: da un lato, la "*Sufficiente importanza sociale*" e dall'altro lato la "*Necessità di protezione attraverso il diritto penale*"¹¹⁷⁷.

Il bene giuridico-penale, come espressione dell'oggetto di tutela legale, si pone in questo modo come base di interpretazione del sistema giuridico penale nella sua parte speciale, essendo quest'ultimo non deciso dal Diritto positivo ma piuttosto anteriore ad esso e ponendosi come limite al legislatore a cui viene unicamente imposta la necessità di elevare a rango penale quell'interesse necessario di protezione a seconda delle qualità segnalate¹¹⁷⁸; in questo modo tale limite deve essere individuato nell'ambito della realtà sociale ricercando in tali condizioni concrete possibilità di partecipazione dell'individuo nei processi sociali¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁶ MIR PUIG, Santiago: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*", en *EPC*, Universidad de Santiago de Compostela, n° XIV, año 1991, p. 205.

¹¹⁷⁷ MIR PUIG, Santiago: "Bien jurídico y bien jurídico-penal...", *op. cit.*, pp. 207 e ss.

¹¹⁷⁸ In riferimento al bene giuridico come oggetto giuridico del reato, MIR PUIG, Santiago: "Objeto del delito" en *NEJ*, Francisco Seix, Barcelona, tomo XVII 1982, p. 770.

¹¹⁷⁹ *Ibid.* p. 770.

II. BENE GIURIDICO E DIRITTO PENALE ECONOMICO.

1.- Diritto penale economico.

Il diritto economico, come specie dell'ordine giuridico, è il prodotto della preoccupazione suscitata durante il periodo tra le due Guerre Mondiali dall'incremento delle attività legislative e regolamentare in campo economico, a loro volta conseguenza dell'intervento statale in aree che fino a quel momento si erano sempre sviluppate solamente a livello privato¹¹⁸⁰. Senza dubbio, come evidenziato da MUÑOZ CONDE citando SUTHERLAND, la delinquenza economica si studia da quando costui la concettualizzò negli anni trenta come *White collar criminality*, descrivendo il modo di comportarsi di coloro che in virtù della loro carica, delle proprie relazioni, del proprio potere e dei vantaggi di gruppi economici, la utilizzavano al fine di delinquere¹¹⁸¹. La criminalità economica in un studio politico-criminale costituisce attualmente un fenomeno complesso che non può limitarsi ad aspetti esclusivi del diritto penale¹¹⁸².

Per Diritto penale economico si intende quella serie di norme giuridico-penali a protezione dell'ordine economico costituzionale¹¹⁸³; per chiarire il significato e la portata di tale definizione bisogna concentrarsi sull'obiettivo di protezione e cioè sull'ordine economico che a causa dell'equilibrio che si cerca di mantenere nella difesa di valori patrimoniali, tanto individuali quanto di ordine pubblico, o tra l'Economia di mercato libera e la

¹¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco: "Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma", in *Hacia un Derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, AA.VV., BOE, Madrid, 1995, p. 265, nota 1.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 266.

¹¹⁸² PÉREZ DEL VALLE, Carlos: "Introducción al Derecho penal económico" in BACIGALUPO, Enrique (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2005, p. 19.

¹¹⁸³ MARTOS NÚÑEZ, Juan A.: *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 130. Adottiamo detta definizione in virtù dell'imperativo giuridico del principio della Supremazia Costituzionale, che restringe l'oggetto di studio in riferimento alla Legge Fondamentale.

Economia di comando, permette di concepire l'ordine economico da una doppia prospettiva dando luogo a due differenti concezioni di Diritto penale economico: una più ristretta e una più ampia. Non facendo detta distinzione si potrebbe cadere in concetti vaghi ed inutili, come il considerare oggetto di protezione l'economia¹¹⁸⁴.

a) Il concetto nel suo significato più stretto.

Il Diritto penale economico nella sua accezione stretta, è l'insieme di norme giuridiche penali che regolano l'intervento dello Stato nell'economia¹¹⁸⁵. Vengono pertanto studiate quelle che sono le facoltà dello Stato nella economia, traducendosi ciò nella direzione economica dello Stato.

b) Il concetto nel suo significato ampio.

Per Diritto penale economico nella sua accezione ampia rappresenta l'insieme delle norme giuridiche penali che regolano la produzione, la distribuzione e il consumo di beni e servizi¹¹⁸⁶.

2.- Il riciclaggio di capitali.

A.- FASI.

Raggiungere il fine del riciclaggio implica dotare di una apparenza di legalità un capitale che ha invece origine in un atto illecito e, pertanto, tale obiettivo si può ottenere mediante una attività progressiva che consiste nell'allontanamento graduale dall'origine

¹¹⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: "Concepto y contenido del Derecho penal económico", en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir Puig, Santiago (coord.), Livrosca, Caracas, 2002, pp. 3 e 4.

¹¹⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, CEURA, Madrid, 2001, p. 13.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 14 e 15.

reale di tali beni; in virtù di ciò il reato di riciclaggio di capitali è essenzialmente un «processo¹¹⁸⁷» dal momento che per la sua consumazione ha bisogno di un procedimento che si materializza in differenti tappe atte a mascherare guadagni illeciti. Davanti l'urgente necessità di occultare l'origine illecita di un capitale, il criminale utilizza i più svariati metodi e processi di riciclaggio di denaro¹¹⁸⁸, sulla base dei quali sono stati creati differenti modelli che tentano di spiegare in maniera grafica e in diverse forme lo sviluppo dell'illecito¹¹⁸⁹; in questo studio seguono la fenomenologia tripartita che si basa sugli allegati delle 40 raccomandazioni del GAFI¹¹⁹⁰, e che gli specialisti – sulla base delle osservazioni pratiche dei meccanismi che impiegano le organizzazioni criminali – individuano

¹¹⁸⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 91 e nota 241.

¹¹⁸⁸ NANDO LEFORT, Víctor M.: *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª ed., trillas, México, 1999. p. 83.

¹¹⁸⁹ Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 55 – 65. L'autore analizza ampiamente i modelli elaborati da Bernasconi, il modello dei cicli di Zünd, i modelli obiettivi e il modello dei quattro settori. Non consideriamo necessario soffermarci ad analizzare ognuna delle fenomenologie menzionate, dato che la loro utilità è quella di riaffermare il carattere del processo nel riciclaggio di capitali e, dall'altro lato, non si trattano di classificazioni «rilevanti» come potrebbe essere la fenomenologia descritta da GAFI. *Vid.*: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 38 e 39 per lo studio di altri modelli classificatori come quello di Ackermann o quello dato dal Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti.

¹¹⁹⁰ Documento E/CN.15/1992/4/Add.5. titolato: *Money laundering and associated issues: the need for International cooperation*, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, del 23 de marzo del 1992, p. 7, numero 23. *cita. da* BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 63, nota 111, in cui si chiarisce che detta classificazione è stata corretta e aumentata dalla dottrina e dalla pratica. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 40, che chiarisce che detto schema fu difeso dalla Federazione della Banca della Comunità Europa nella sua guida contro il riciclaggio del denaro del 1991, e che detto modello fu accettato dalla dottrina dominante; GAFI: *Rapport demandé par les chefs d'Etat lors du Sommet de l'Arche*, Collection des rapports officiels, Paris, 1990 (reporte citado por): FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 51 nota 69.

come¹¹⁹¹: a) collocazione (placement); b) stratificazione (layering); e c) integrazione (integration), fasi che possono eseguirsi separatamente o simultaneamente ma che spesso si sovrappongono le une con le altre¹¹⁹².

a) *Collocazione (placement)*.

È il processo attraverso il quale i capitali prodotti dalla attività illecita vengono trasformati in altri capitali di maggiore e più facile gestione. FABIÁN CAPARRÓS rileva il paradosso di questa situazione dato che mentre la delinquenza spicciola cerca di convertire i suoi guadagni in banconote di piccolo taglio per evitare il loro rintracciamento, le grandi organizzazioni criminali, costrette da una grande massa fisica di ricchezza, lottano per trasformare le banconote in beni diversi che possano essere reintrodotti in maniera più discreta nella economia legale¹¹⁹³.

Il crimine organizzato opera come «impresa» con un preponderante fine di lucro – che riesce ad ottenere – e l'ultima tappa di questa attività «imprenditoriale» è il riciclaggio dei guadagni ottenuti; così, in questa ultima fase dell'industria del crimine, inizia un processo in cui coloro che effettuano tale riciclaggio vedono come necessità primaria quella di disfarsi delle ingenti quantità di contanti accumulate con l'obiettivo fondamentale di poterle introdurre nella

¹¹⁹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁹² BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 63; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 80 il quale afferma che seppur dalla esperienza è noto che le varie fasi si sovrappongono e con una certa frequenza coincidono persino nella loro esecuzione, non per questo si pone in discussione la sistematica delle tre fasi, dato che la definizione di uno schema è di grande utilità al fine di classificare le innumerevoli condotte nelle quali si sviluppa il riciclaggio.

¹¹⁹³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 110 e 111.

economia legale. In ciò consiste la prima tappa del riciclaggio denominata *collocazione*¹¹⁹⁴.

b) *Stratificazione (layering)*.

Per il modo in cui si sviluppa, tale tappa costituisce il riciclaggio di capitali *stricto sensu*; come abbiamo segnalato in precedenza, non tutti i processi di riciclaggio iniziano con la fase della collocazione ma senza dubbio tutti i capitali sporchi richiedono necessariamente di essere sottoposti ad una fase di conversione al fine di svincolarsi dall'origine che potrebbe essere riconnessa a un crimine¹¹⁹⁵. La finalità di questa fase è quella di occultare il prodotto illecito attraverso la realizzazione di diverse transazioni¹¹⁹⁶, le quali si sommeranno le une alle altre per allontanare sempre più i capitali dalla loro origine criminale.

c) *Integrazione (integration)*.

Il processo di riciclaggio giunge al suo termine quando i capitali illeciti rientrano nei canali della economia legale con l'apparenza di essere stati ottenuti in modo lecito¹¹⁹⁷. Il ritorno del capitale riciclato deve effettuarsi attraverso il loro investimento nella economia legale. FABIÁN CAPARRÓS, analizza in cosa consiste l'investimento nella fase della integrazione: la sua analisi parte dal suo significato e dice che l'investimento, quando si riferisce a flussi, significa – impiegarlo, spenderlo o collocarlo in applicazioni produttive -; per ciò che concerne il riciclaggio di denaro, bisogna rilevare che non tutta l'operazione di integrazione dovrà sempre cercare il beneficio economico, dato che come abbiamo analizzato il

¹¹⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales...", *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 133.

¹¹⁹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 69 e 70.

¹¹⁹⁷ *Ibid.* p. 227.

riciclatore non seguirà una logica di mercato tentando di ottenere il maggior vantaggio economico con il minimo costo di produzione, ma soprattutto investirà in quelle operazioni che presentano un minor rischio di essere rilevate come di riciclaggio¹¹⁹⁸.

B.- METODI IMPIEGATI.

Le operazioni concrete in virtù delle quali i capitali con origine illecita vengono dotati di una apparenza di legalità sono molte e limitate solamente dalla immaginazione del riciclatore; ciò rende materialmente impossibile analizzare tutte le modalità attraverso i quali vengono riciclati i capitali.

Nello studio dei metodi impiegati per il riciclaggio di guadagni illeciti, la dottrina distingue due differenti livelli di attuazione: quelli eseguiti all'interno di un paese e quelli che vengono invece eseguiti all'esterno, distinguendo a sua volta all'interno di ognuno di questi livelli le operazioni che utilizzano il sistema finanziario da quelle che invece avvengono al di fuori dal sistema finanziario¹¹⁹⁹.

3.- Analisi degli effetti pregiudizievoli del riciclaggio di denaro.

A.- EFFETTI LESIVI DEL RICICLAGGIO DI CAPITALI NELLA ECONOMIA.

Il delitto del riciclaggio di capitali è la forma attraverso la quale il crimine paga i suoi dividendi, in quanto permette ai criminali di nascondere e legittimare i guadagni derivanti da attività illegali¹²⁰⁰,

¹¹⁹⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, op. cit., pp. 149 – 151.

¹¹⁹⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 46 e ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 80.

¹²⁰⁰ CHAMBERLIN, Wendy: “La lucha contra el lavado de dinero”, en *Perspectivas económicas, periódico electrónico del Departamento de Estado de EE.UU.*, volume 6,

guadagni esorbitanti dato che la ONU, attraverso i suoi uffici che si occupano di droga e crimini, ha stimato che il riciclaggio di denaro a livello mondiale oscilla in un anno tra il 2 e il 5% del prodotto globale lordo, che a sua volta oscilla tra gli 800 miliardi e i 2 trilioni di dollari degli Stati Uniti¹²⁰¹.

Il Consiglio d'Europa ha fatto i seguenti calcoli: a livello mondiale il traffico di droga produce tra i 450.000 e i 750.000 milioni di dollari degli Stati Uniti annuali; il traffico di armi 400.000 milioni di dollari degli Stati Uniti annuali; la prostituzione genera benefici netti di 8.000 milioni di dollari degli Stati Uniti annuali, stimandosi che ogni persona che esercita la prostituzione riporta un beneficio di 100.000 euro annuali; la pirateria si considera responsabile della perdita di 10.000 posti di lavoro per anno nell'Unione Europea e rappresenta una perdita per l'industria di 93.000 milioni di euro¹²⁰².

Il riciclaggio di denaro, nel suo procedimento, ha differenti effetti nocivi tanto per l'ordine giuridico che per l'ordine economico all'interno dello Stato, dato che favorisce la corruzione, distorce il normale processo decisionale in ambito economico, aggrava i mali sociali e minaccia l'integrità delle istituzioni finanziarie¹²⁰³.

Dall'altro lato, l'uso e lo sfruttamento dei beni già riciclati permette ai criminali il finanziamento di nuove attività illecite che dovranno a sua volta essere riciclate creando una spirale criminale in aumento. All'interno degli effetti pregiudizievoli nell'economia bisogna distinguere quelli che si producono a livello micro da quelli che invece si producono a livello macroeconomico.

numero 2, maggio 2001, p.2. (sito web: <http://mexico.usembassy.gov/bbf/ej/ijes0501.pdf> consultato nell'agosto 2011).

¹²⁰¹ (sito web: <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html> consultato nell'agosto del 2011).

¹²⁰² CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: "Corrupción, globalización y delincuencia organizada" en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 216.

¹²⁰³ CHAMBERLIN, Wendy: "La lucha contra el lavado de dinero...", *op. cit.*, p.2.

1.- Effetti a livello microeconomico.

All'interno degli effetti microeconomici più gravi del riciclaggio di capitali, vi è quello che pregiudica direttamente il settore privato e ciò è dovuto per l'esattezza al fatto che mediante il processo di lavaggio è comune l'impiego di imprese che servono semplicemente come facciata e in cui si mischiano i guadagni da attività illecite con fondi legittimi al fine di occultare entrate illegalmente ottenute¹²⁰⁴.

All'interno dei principi che reggono una economia di mercato, si incontra la legge della offerta e della domanda¹²⁰⁵, la quale cerca l'equilibrio del mercato attraverso il prezzo¹²⁰⁶, questo modello si può realizzare unicamente all'interno di mercati competitivi e cioè quei mercati nei quali i compratori e i venditori di beni uguali, hanno la certezza e l'informazione piena sul prezzo, sulla quantità, sulla qualità, sui canoni di locazione, sui costi e su tutte le caratteristiche del mercato¹²⁰⁷, modello che si può realizzare solamente all'interno del quadro giuridico che disciplina le economie formali.

Le imprese che fanno il riciclaggio hanno accesso a consistenti fondi illeciti che gli permettono di sovvenzionare i propri articoli e servizi al ribasso dei prezzi di mercato, avendo ciò come conseguenza la possibilità di offrire i propri prodotti a prezzi inferiori rispetto al costo di fabbricazione; in questo modo ottengono un vantaggio verso

¹²⁰⁴ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.7.

¹²⁰⁵ A maggiore offerta, minor prezzo, maggiore domanda; a minore offerta, maggior prezzo, minore domanda. Questa sarebbe la enunciazione in termini generali della legge della offerta e della domanda. *Vid.*: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía*, 3ª ed. (trad. Yago Moreno), Pearson, Madrid, 2004, pp. 15 e ss.

¹²⁰⁶ L'equilibrio del mercato: il rapporto tra la domanda dei consumatori e l'offerta della società, determina il prezzo di mercato e la quantità di mercato di un bene o servizio che viene comprato e venduto. *Cfr.*: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁰⁷ PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, pp. 41 e ss.

le compagnie legittime che ottengono i propri fondi nei mercati leciti¹²⁰⁸.

In altre parole, si crea una perturbazione nell'equilibrio del mercato¹²⁰⁹, però di forma artificiale, deformando verso l'alto o verso il basso l'offerta, la domanda e il prezzo di beni e servizi.

Questa alterazione artificiale dell'equilibrio del mercato porta con sé un effetto negativo a livello microeconomico, nel momento in cui rende materialmente impossibile competere nel rispetto della legge contro imprese che riciclano il denaro, avendo ciò come conseguenza che l'organizzazione criminale la unisce alla propria rete criminale, o sparisce all'interno del settore privato qualsiasi attività simile a quella del riciclaggio¹²¹⁰.

2.- Effetti a livello macroeconomico.

a) *Perdita del controllo della politica economica.*

Come detto in precedenza, secondo recenti stime il riciclaggio di denaro ammonta a una somma tra il 2 e il 5% del prodotto interno lordo globale¹²¹¹; tale importo può competere con i bilanci pubblici di molte economie portando i governi a perdere il controllo della politica economica.¹²¹²

¹²⁰⁸ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.7.

¹²⁰⁹ Disturbi di equilibrio: variazioni di un fattore che influenza la domanda e l'offerta, facendo variare la quantità e il prezzo di mercato di un bene. Cfr.: PERLOFF, Jeffrey M.: *Microeconomía...*, *op. cit.*, p. 15.

¹²¹⁰ McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.7.

¹²¹¹ *Vid. supra* tema VI., B., 2.-, 2.1.- del presente trabajo.

¹²¹² Ciò può avvenire in varie forme, poiché la grandezza del capitale illecito può nel suo processo di riciclo monopolizzare il mercato o le piccole economie. *Vid.:*

Bisogna stare attenti alle false virtù del riciclaggio di capitali illeciti i cui effetti sono molto dannosi per l'economia di ogni paese nel medio e nel lungo termine; ciò è determinato dalle seguenti cause: con il conferimento di capitali in settori dell'economia in cui le merci e i servizi non sono necessari, viene fatto circolare molto denaro provocando inflazione¹²¹³; questa variazione di prezzi si riflette nel potere d'acquisto della moneta e nei tassi di interesse, i quali, non corrispondendo alla produzione e alla domanda di beni e servizi, portano necessariamente a una economia stagnante, con gli effetti di una recessione quando tali capitali vengono riciclati e ritirati dal mercato o diretti a investimenti più efficaci ai fini del riciclaggio.

b) Distorsione e instabilità economica.

Quando il flusso di capitali si trasferisce dagli investimenti programmati, considerati nel mercato maggiormente solidi e redditizi, a investimenti di bassa qualità, si verifica distorsione e instabilità che possono influire sulla crescita economica; a titolo di esempio, si possono osservare casi in cui interi settori —come quello industriale o quello dell'ospitalità—, siano stati finanziati non in base alla domanda effettiva ma piuttosto in base all'interesse a breve termine del riciclaggio di denaro; quando queste industrie non sono più interessate al riciclaggio vengono abbandonate dirigendo i capitali ad altri investimenti con la conseguenza di un crollo e di un fallimento generale dei settori abbandonati e di enormi danni per le economie.

c) L'instabilità finanziaria e rischi per gli investimenti.

Nel quadro delle relazioni commerciali globalizzate, ogni paese è legato per necessità alla comunità internazionale. In tal senso, i differenti paesi non possono sporcare il proprio buon nome per

McDOWELL, John / NOVIS, Gary: "Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero...", *op. cit.*, p.8.

¹²¹³ In termini economici, l'inflazione è un aumento del livello generale dei prezzi dell'economia. Cfr.: Mankiw, N. Gregory: *Principi di Economia...*, *op. cit.*, p. 10.

essere correlati ad attività di riciclaggio di denaro, altrimenti ci sarebbe un duplice effetto, quale, da un lato, il colpire la propria stabilità finanziaria ¹²¹⁴, e, dall'altro lato, il dissuadere gli investimenti stranieri di natura lecita.

B.- GLI EFFETTI NOCIVI DEL RICICLAGGIO DI DENARO NELLA POLITICA.

Per corruzione si intende l'offerta o la prestazione diretta o indiretta a un pubblico ufficiale consistente in un vantaggio non dovuto¹²¹⁵, e sempre al fine di effettuare un atto contrario allo svolgimento delle proprie funzioni, o di eseguire od omettere un atto dovuto. La corruzione è antica come l'esistenza della vita in comunità¹²¹⁶ e si verifica in tutti i paesi producendo effetti negativi sulla loro crescita indipendentemente dal livello di sviluppo che questi abbiano raggiunto; le economie dei paesi economicamente meno sviluppati sono sicuramente le più colpite da questo fenomeno, tanto che la scienza economica considera la corruzione come uno dei principali

¹²¹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro: "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la unión europea...", *op. cit.*, p. 15. L'autore fa notare, che il ragionamento della Direttiva del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario in operazioni, si basa sul danno causato dal riciclaggio di denaro sulla credibilità del sistema finanziario; ciò coincide con i risultati dei pochi studi su questa materia a livello macroeconomico, che hanno dimostrato che il riciclaggio di denaro porta ad una riduzione nella stabilità e nella solidità del sistema finanziario. di riciclaggio di denaro.

¹²¹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un Derecho penal globalizado) en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio legis, Salamanca, 2004, p.228.

¹²¹⁶ DE LA CUESTA, ARZAMENDI J. L.: "Iniciativas internacionales contra la corrupción", en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No 17, 2003, p. 6. È un fenomeno considerato naturale l'essere umano, Cfr.: VERCHER NOGUERA, A.: "La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 139, enero-febrero, 2004, p. 26.

ostacoli allo sviluppo e alla crescita¹²¹⁷. Secondo KLITGAARD la corruzione è una minaccia per lo sviluppo politico ed economico di tutti gli Stati¹²¹⁸.

Per capire la relazione tra il riciclaggio di denaro e la corruzione, bisogna comprendere che il riciclaggio somma nella propria fenomenologia differenti fattori: grandi quantità di capitali e la necessità di nasconderli, investimenti effettuati al fine del riciclaggio e non a fini di lucro con la conseguente causa della corruzione¹²¹⁹. Ciò poichè colui che effettua il riciclaggio di capitali vuole evitare qualsiasi forma di controllo o di monitoraggio delle proprie attività da parte delle autorità, non essendo difficile, grazie alle esorbitanti somme di denaro a loro disposizione, influire, anche sotto minaccia, sulla volontà dei funzionari pubblici incaricati di prevenire, investigare e perseguire il reato. Come spiegato, la corruzione serve al riciclaggio, facilitando l'azione o l'omissione dei canali ufficiali, per godere dei benefici di attività illecite; si deve comunque ricordare che tali attività criminali sono strettamente connesse in una relazione di funzionalità dato che il riciclaggio serve anche come strumento per il godimento da parte del pubblico ufficiale dei

¹²¹⁷ MURIEL PATIÑO, M. V.: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 27; nella stessa direzione e specificando che i profili di nocività della corruzione sono in relazione allo sviluppo economico delle nazioni, colpendo quindi in particolare i paesi più svantaggiati. Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: "Prólogo" en CONTRERAS ALFARO, L. H.: *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Aurora, Santiago de Chile, 2004, p. 21.

¹²¹⁸ KLITGAARD, R.: "Estrategias para combatir la corrupción", en *Información comercial española*, 741, 1995, p. 26.

¹²¹⁹ Molti studi hanno analizzato il fenomeno della corruzione. In questa sezione del nostro lavoro non intendiamo, per metodologia, sviluppare pienamente l'argomento, ma solo spiegare come il riciclaggio di denaro ha effetti politici dannosi, generando corruzione, la quale a sua volta, secondo gli esperti, ha conseguenze gravi anche sull'economia e in ultima analisi nei confronti dei governati. In questo senso: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.31.

benefici illecitamente ottenuti nell'esercizio della sua funzione; il riciclaggio è pertanto utilizzato anche per lavare il prodotto della corruzione¹²²⁰.

C.- GLI EFFETTI NOCIVI DEL RICICLAGGIO DI DENARO SULLA SOCIETÀ.

Come afferma BLANCO CORDERO, rispetto alla tradizionale attività criminale fatta a livello individuale, esiste una sua evoluzione verso una forma di criminalità come impresa. I gruppi criminali si caratterizzano per essere in grado di agire sia nella realtà legale che in quella illegale delle attività politiche ed economiche dei paesi¹²²¹, ripercuotendosi ciò negativamente sulle strutture più elementari delle società.

In aggiunta agli effetti dannosi, tanto a livello economico quanto politico, non è difficile capire che il riciclaggio di denaro colpisce negativamente la società che lo soffre. Ancor prima del crimine però anche i reati, che diedero origine al capitale illegale di cui il riciclaggio necessita, pongono in essere una serie di comportamenti di alto disvalore sociale.

III.- RICICLAGGIO DI DENARO SPORCO E IL PRINCIPIO DI NECESSITÀ.

In questa sezione vorrei analizzare concretamente i beni giuridici che ritengo siano oggetto di protezione nel reato di riciclaggio di denaro; in tal senso, prenderò in considerazione solamente gli interessi degni di tutela senza considerare nello specifico quei postulati ritenuti ad un certo punto oggetto di protezione nel

¹²²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", *op. cit.*, p. 105.

¹²²¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: "Criminalidad organizada y mercados ilegales" en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, no. 11 - 1997 p.213.

riciclaggio —la sicurezza interna dello Stato¹²²², il bene giuridico violato dal precedente reato¹²²³, il patrimonio¹²²⁴—, e che ad oggi sono stati superati.

1.- Reato plurioffensivo.

Parte della dottrina penale internazionale, studiando il principio di necessità nel reato di riciclaggio di denaro, sostiene che l'atto criminale viola tutta una serie di interessi vitali per la società, definendolo in tal senso come crimine plurioffensivo ¹²²⁵ .

¹²²² Considerazione che ha avuto origine nel preambolo della Convenzione del traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope delle Nazioni Unite, ove si afferma che la criminalità organizzata "minaccia la stabilità, la sicurezza e la sovranità degli Stati"; anche sia il denaro è l'ultimo fine della criminalità organizzata, non si deve confondere con il riciclaggio poichè i comportamenti sono diversi e non significa necessariamente che siamo di fronte alla criminalità organizzata. Come ha affermato ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 101. l'effetto di criminalizzare il riciclaggio attiene alla criminalità organizzata solo collateralmente, non necessariamente.

¹²²³ Vid.: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 221-223 e nota 178, dove l'autore, considerando le regole di occultamento, conclude che: Un riciclaggio di denaro così concepito non richiede una specifica fattispecie per essere penalizzato.

¹²²⁴ Questa teoria è stata superata, e deriva dall'errore consistente nella mancanza di tecnica legislativa in alcuni ordinamenti, il quale a sua volta proviene proprio dalla indeterminatezza che esiste in relazione al bene giuridico protetto dal riciclaggio di denaro. Ad esempio il Codice penale spagnolo regola il riciclaggio di denaro come un crimine contro la proprietà e l'ordine socio-economico; un altro esempio nel Codice penale italiano, ove il T. XIII, libro II, individua il riciclaggio come un crimine contro il patrimonio.

¹²²⁵ Tra gli altri, Vid.: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención...*, op. cit., pp. 270 e 271; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio (Art. 648 bis c.p.) Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, G. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 101 e 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 200 e 201; BLANCO LOZANO, C: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996, p. 100.; DEL CARPIO

Condividiamo e sosteniamo questa tesi poiché nel processo di riciclaggio di denaro vengono violati vari beni giuridici; tale qualifica serve però solamente a fini didattici nello studio schematico dell'ingiusto, non definendo invece in nessun modo la nocività del reato.

2.- Reato contro l'amministrazione della giustizia.

Gran parte della dottrina ha considerato l'amministrazione della giustizia ¹²²⁶ come bene giuridicamente tutelato dal reato di

DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 63 - 65.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999. p. 15; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 238; FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 128 e 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación", en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A / PÉREZ CEPEDA, Ana I. (coords.): *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 194 - 198; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 295; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: "Receptación y figuras afines" en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 440; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, R.: *EL delito de lavado de dinero, su tratamiento penal y bancario en el Perú*, IDEMSA, Lima, 1994, pp. 66; SUAREZ GONZÁLEZ, C. J.: "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena...", *op. cit.*, pp. 141 - 145; VIVES ANTON, Tomás S. (coord.): *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1463 e 1464; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: "Receptación y blanqueo de capitales" en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996; ZANCHETTI: *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, p. 387.

¹²²⁶ ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82-85; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio...*, *op. cit.*, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 78 - 80; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido" en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 1999; BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos" en AA. VV.: *Política criminal y reforma*

penal. *Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 135 e ss.; DEL MISMO AUTOR: "Derecho penal económico...", *op. cit.*, pp. 76 e ss.; BERNASCONI, PAOLO: "Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario", en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 199; BLANCO LOZANO, C: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*, T. XVII, Edersa, Madrid, 1996, pp. 55 e ss.; CALDERÓN CERZEO, Ángel: "Análisis sustantivo del delito" en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 271; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 59 e ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, No. 8, Dykinson, Madrid, 1999. p. 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *AP*, núm. 32, 1994, pp. 583 e ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, 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", *ADPCP*, T. XLVI, fasc. II, mayo - agosto 1993, pp. 585 e ss.; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 253- 258; FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 127; DE LA MISMA AUTORA: "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *EPC*, XXI, 1998, p. 127; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: "Corrupción y Blanqueo de Capitales...", *op. cit.*, pp. 173 - 203; FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio: *El delito de lavado de dinero en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 172; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 32 - 35; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC, núm. 53, 1994, pp. 481 e 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 295; MANNA: "Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione Della giustizia, sino all'ordine pubblico ed all'ordine economico", en *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, pp. 58 e ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 50; MOLINA FENRÁNDEZ, Fernando: "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?. Reflexiones sobre un bien jurídico problemático y a la vez aproximación a la participación en el delito" en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 116 e ss.; MOLINA MANSILLA, María del C.: "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal", en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre 2007, pp. 4 e 5;

riciclaggio di denaro. Tale considerazione ha ragione di esistere in virtù della stretta relazione dell'illecito con l'occultamento nelle sue modalità di favoreggiamento reale¹²²⁷. Tale teoria ha fondamento a partire dalla Convenzione di Vienna, la quale ha basicamente descritto le operazioni di riciclaggio come una condotta di occultamento¹²²⁸.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18° edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: "La reforma penal y procesal en materia del tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)", en *AJA*, núm. 96, 8 de abril de 1993, pp.1 e ss.; ROMERAL MORALED A, A. / GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, pp. 216-218; SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M.: "La receptación específica"; in COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas)*, T. XII, Edersa, Madrid, 1990, pp.479 e ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, C. J.: "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena...", *op. cit.*, pp. 145-148; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 26, 27 e 92; ZANCHETTI: *Il riciclaggio di denaro...*, *op. cit.*, p. 388.

¹²²⁷ Nell'analisi del riciclaggio come modo di occultamento, la dottrina ha ritenuto che occultare i proventi del reato è un favoritismo reale; si veda in proposito BERNASCONI, PAOLO: "Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario", in VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99. Allo stesso modo FABIÁN CAPARRÓS: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.* p. 255.

¹²²⁸ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope (adottata dalla Conferenza nella sua sesta riunione plenaria il 19 dicembre 1988 a Vienna, Austria) in cui si afferma:

"Art. 3 Reati e sanzioni

1. Ciascuna Parte adotta i provvedimenti necessari per attribuire il carattere di reato, conformemente con la sua legislazione nazionale, qualora l'atto sia stato commesso intenzionalmente:

b) i) alla conversione o al trasferimento dei beni, effettuati con la consapevolezza che provengono da uno dei reati stabiliti in conformità con il capoverso a) del presente paragrafo o dalla partecipazione alla sua perpetrazione, al fine di dissimulare o di contraffare l'origine illecita di detti beni o di aiutare qualsiasi persona implicata nella perpetrazione di uno di tali reati a sfuggire alle conseguenze legali dei suoi atti,

3.- Reato contro l'ordine socio-economico.

Gran parte della dottrina considera che il riciclaggio di denaro influisce sullo sviluppo socio-economico¹²²⁹; non dovendosi però perdere di vista il fatto che questo non sia un criterio semplice, la dottrina è così giunta a credere che con il considerare l'ordine socio-

ii) alla dissimulazione o alla contraffazione della reale natura, origine, luogo, disposizione, movimento o proprietà dei beni o relativi diritti, il cui autore sa essere proveniente da uno dei reati determinati conformemente con il capoverso a) del presente paragrafo o dalla partecipazione ad uno di questi reati;”.

¹²²⁹ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 270 e 271; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 - 105; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230; BLANCO LOZANO, C: “El blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 74; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 61 - 70; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp.14 e 15; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 e 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 611; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 209 - 229; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 128 e 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 - 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 - 43; GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: “Delitos contra la propiedad” p. 851; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico parte general...*, *op. cit.*, pp. 50 - 57 e 73; DEL MISMO AUTOR: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, pp. 294 - 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines” in VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 418 e ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros”, *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992, pp. 52 e ss.; SOTO NIETO, Francisco: “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *La Ley*, núm. 4015, 15 abril 1996, p. 1541; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, pp. 86 - 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: “Receptación y blanqueo de capitales” in SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / FONTÁN, Mayte / RODRÍGUEZ RAMOS, José L.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales*, Madrid, Recoletos, 1996, pp. 1418 e 1419.

economico come bene giuridico colpito da operazioni illecite si fa riferimento ad un criterio molto astratto¹²³⁰.

Vi sono persino alcuni in dottrina, come HORMAZÁBAL MALARÉE, che considerano l'ordine socio-economico non come un bene giuridico ma piuttosto come un concetto complesso che svolge un ruolo sistematico¹²³¹. Ritengo che l'ordine socio-economico comprende beni giuridici meritevoli di tutela penale, i quali sono raggruppati in due suddivisioni: l'ordine socio-economico in senso stretto e quello in senso ampio.

A.- L'ORDINE SOCIO-ECONOMICO IN SENSO STRETTO.

All'interno dei beni giuridici che sono affetti dal riciclaggio di denaro sporco e che appartengono all'ordine socio-economico in senso stretto, vi sono i seguenti:

a) *Gestione economica dello Stato.*

Per gestione economica dello Stato si intende il potere che lo Stato ha sulla economia in base al proprio sistema interno¹²³². In altre parole, è necessario proteggere la *leadership* nazionale

¹²³⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 384; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., p. 219, quest'ultimo autore, afferma che l'ordine economico è del tutto vago ed impreciso per costituire esso stesso un bene giuridico, essendo necessario determinare quali aspetti di tale ordine sono lesi o posti in pericolo specifico dall reato di riciclaggio di denaro.

¹²³¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", in *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Ministero di Giustizia, 1995, p. 196.

¹²³² Sul modelo economico dello Stato spagnolo, Vid.: BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. / ORDUÑA MORENO, Francisco J. (dirs.) *et. al.*: *Curso de derecho privado*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 279.

sull'economia da tutto ciò che minaccia lo sviluppo economico dello Stato, qualunque sia il modello di governo economico.

B.- L'ORDINE SOCIO-ECONOMICO IN SENSO AMPIO.

Tra i beni giuridici che sono affetti dal riciclaggio di denaro sporco e che appartengono all'ordine socio-economico in senso ampio, vi sono i seguenti:

a) *La necessaria legittimità delle merci che circolano nel mercato.*

MUÑOZ CONDE ritiene che secondo parte della dottrina la persecuzione del riciclaggio di denaro è destinata a proteggere la corretta circolazione delle merci nel mercato¹²³³; ciò deve essere così per garantire la certezza del diritto contrattuale, non dovendo quindi aver posto nel mercato i beni provenienti dalla commissione di un reato. Dobbiamo sottolineare il fatto che ogni essere umano è immerso nello sviluppo del mercato, l'uomo ogni giorno effettua diversi atti giuridici, di contenuto principalmente economico. DEL CARPIO sostiene che l'attività economica ha senso solamente quando viene garantito che sia effettuata alle medesime condizioni e con merci legali; con questo argomento conclude che la circolazione dei beni nel mercato è un bene giuridico collettivo suscettibile di tutela penale.¹²³⁴.

b) *La stabilità e la solidità del sistema finanziario.*

DÍEZ RIPOLLÉS sostiene che gli effetti degli atti di riciclaggio di denaro si riflettono sulla stabilità e sulla solidità del sistema

¹²³³ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554

¹²³⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, op. cit., pp. 82 e 83.

finanziario¹²³⁵ poichè il flusso di capitali di origine illecita nel sistema finanziario è dannoso per le istituzioni e per gli utenti di tale sistema¹²³⁶; ciò ha portato SOLANS SOTERAS a ritenere che il riciclaggio produce incertezza e instabilità nella intermediazione finanziaria¹²³⁷.

c) *La libera concorrenza.*

Per sua natura la libera concorrenza è un bene giuridico che fa parte dell'ordine socio-economico¹²³⁸ e parte della dottrina – che studia il

¹²³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José, L.: “La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *ADPCP*, año XL, fasc. II, mayo - agosto 1987, pp. 392 e ss.

¹²³⁶ FLICK, Giovanni M.: “La repressione del riciclaggio...”, *op. cit.*, p. 1260.

¹²³⁷ SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero...”, *op. cit.*, p. 52 e ss.

¹²³⁸ Tra l'altri: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 83 – 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 e ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 63 e 67; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: “La política sobre drogas en España...”, *op. cit.*, p. 392; DEL MISMO AUTOR: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 608 e 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: “Consideraciones de urgencia...”, *op. cit.*, pp. 612; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 216 – 229 e 238; DEL MISMO AUTOR: “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...”, *op. cit.*, p. 106; FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 129; FERNANDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José: “Corrupción y Blanqueo de Capitales...”, *op. cit.*, pp. 194 – 198; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, L.A. / TIEDEMANN, Klaus (comps.): *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla – La Mancha, 1994, p. 138; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 36 – 43; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa parte especial...*, *op. cit.*, p. 297; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial...*, *op. cit.*, p. 554; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Receptación y figuras afines” en VIVES ANTON / MANZANARES SAMANIEGO (dirs.): *Estudios sobre el código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 438 e ss.; SOLÁNS SOTERAS, Miguel: “Blanqueo de dinero y movimientos financieros”, *CJ*, año I, núm. 3, diciembre 1992, pp. 58 e ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, C. J.: “Blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, p. 144; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, *op. cit.*, p. 93;

riciclaggio – l'ha considerata l'oggetto di tutela; inoltre, come segnala BLANCO CORDERO, quest'ultima è direttamente danneggiata dal riciclaggio di denaro¹²³⁹ poiché i capitali di origine criminale sono stati ottenuti senza costi finanziari, personali, industriali o fiscali¹²⁴⁰; questa situazione crea a favore di coloro che riciclano una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti leali che svolgono le proprie attività all'interno dell'economia legale.

Siamo d'accordo con FABIAN CAPARRÓS quando precisa che la lesione alle condizioni del regime di libera concorrenza rappresenta l'effetto più dannoso che il riciclaggio di denaro produce sull'ordine socio-economico durante il suo sviluppo¹²⁴¹.

IV.- INDIVIDUALIZZAZIONE DEL BENE GIURIDICO NEL RICICLAGGIO DI DENARO.

1.- Questioni preliminari.

La dottrina commette diversi errori nella determinazione del principio di necessità nel riciclaggio. Il primo di tali equivoci è un vizio di origine dal quale i suoi ragionamenti sono influenzati. Lo studio inizia infatti con l'analisi di una determinata fattispecie penale e non con la realtà nella quale si presenta il reato. Il secondo equivoco dottrinario è la concezione incompiuta di bene giuridico. I teorici della materia fanno il loro studio dando un catalogo di beni

ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: "Receptación y blanqueo de capitales...", *op. cit.*, p. 1419.

¹²³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 220 e ss.

¹²⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996. p. 707; GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁴¹ FABIAN CAPARRÓS, Eduardo, A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 216.

che possono essere suscettibili di lesioni¹²⁴²; questo studio è però limitato al piano ipotetico che conduce a un mondo di possibilità in cui non necessariamente sono feriti i beni identificati e che porta in questo modo ad una nuova situazione di indeterminatezza con gravi problemi dogmatici. Ciò determina inoltre nella pratica la violazione dei diritti dei governati con l'applicazione di una regola che non è conforme al principio di necessità.

Credo che un'analisi corretta della nocività del reato richieda una metodologia al fine di determinare la finalità di ogni fase del reato ed i mezzi impiegati per raggiungerla.

a) *La finalità nelle fasi del riciclaggio.*

Quando si parla di scopo nel riciclaggio di denaro bisogna considerare la complessità della realtà in cui si verifica questo fenomeno criminale¹²⁴³; lo sviluppo del reato richiede diverse azioni che sono destinate ad uno scopo particolare ed immediato —la consumazione della fase del reato corrispondente—, le quali però considerate tutte insieme seguono l'idea del processo e sono quindi guidate dal fine comune della consumazione del reato.

Considerando tale concezione di riciclaggio, riteniamo necessario distinguere tra due obiettivi di azione: lo scopo immediato, che è l'obiettivo perseguito in ogni fase del processo, e il fine ultimo¹²⁴⁴, che risponde all'intenzione specifica del riciclatore di dare una parvenza di legalità ai beni di origine criminale al fine di reinvestire

¹²⁴² Il criterio proposto da BLANCO CORDERO rappresenta un importante passo in avanti nello sviluppo della determinazione del bene giuridico nel reato in quanto il suo studio si basa, da un lato, sulla finalità del riciclaggio di denaro e, dall'altro, sui diversi beni giuridici che — direttamente o indirettamente — sono interessati. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 215 - 230.

¹²⁴³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 91 y nota 241.

¹²⁴⁴ Per uno studio teleologico del reato di riciclaggio di denaro, basato nel ordine socioeconómico. *Vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 215 y ss.

gli stessi nell'economia lecita. Questo obiettivo finale del processo criminale costituisce il fondamento del reato e pertanto i molteplici comportamenti intermedi con scopi immediati rappresentano singole unità di azione orientate al raggiungimento del fine ultimo¹²⁴⁵.

La distinzione che propongo ha ragione di esistere in virtù del fatto che lo scopo di ogni fase del riciclaggio di denaro è condizione della nocività del reato.

b) *Metodi usati nelle fasi del riciclaggio.*

Per il completamento di ogni fase del reato è possibile utilizzare i metodi più svariati¹²⁴⁶ —giuridici e non—, ma la dottrina distingue in particolar modo i casi in cui l'aggiornamento di ogni fase si svolge con la partecipazione del sistema finanziario da quelli in cui ciò non avviene¹²⁴⁷; questa precisione è importante perché in base ai mezzi utilizzati in ogni fase del reato possono essere lesi differenti beni giuridici.

¹²⁴⁵ Sul'unità di azione nel reato *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 398 y ss.

¹²⁴⁶ COLOMBO, Gherardo: Il riciclaggio. *Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Giuffrè, Milano, 1990, p.17. Sul'alcune forme di riciclaggio, *Vid.*: LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis M.: *Blanqueo de capitales, prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 48 - 64.

¹²⁴⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 80.

2.- Determinazione dei beni giuridici protetti nel reato di riciclaggio di denaro sporco.

2.1.-Fase di collocazione e fase di stratificazione.

A.- SECONDO LO SCOPO DELLA COLLOCAZIONE E DELLA STRATIFICAZIONE.

Nella realizzazione del reato il collocamento può verificarsi o no¹²⁴⁸ ma ciò che costituisce sicuramente una condizione indispensabile per raggiungere l'obiettivo finale del reato è la sua seconda fase e cioè la stratificazione, la conversione, l'occultamento o il riciclaggio in senso stretto¹²⁴⁹. Presente o meno la fase della collocazione, vediamo che le prime due fasi del reato condividono la stessa finalità, senza la quale non sarebbe infatti possibile raggiungere l'obiettivo finale del riciclaggio di denaro sporco; in effetti, le prime due fasi allontanano i capitali dalla loro origine criminale ed è proprio poichè, avendo il medesimo scopo, rendono vulnerabili gli stessi beni giuridici, in ogni caso considerati strumentali, che in questa sezione le analizzeremo insieme.

a) L'amministrazione della giustizia.

Quando il capitale non viene allontanato dalla propria provenienza delittuosa e riceve una presunzione di legalità, quest'ultimo non può mai essere investito nei canali dell'economia legale; queste azioni impediscono di conoscerne la provenienza illecita e quindi la

¹²⁴⁸ Ciò dipende dalla origine dei fondi da riciclare, così come dalla quantità e dalla condizione dei beni. Come abbiamo spiegato, ci sono casi in cui è indispensabile la fase di collocamento, come per esempio nel traffico di droga dove tale fase è necessaria per completare il riciclaggio a causa della grande quantità di denaro e delle piccole denominazioni.

¹²⁴⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 133. L'autore afferma che non tutti i processi di riciclaggio hanno inizio con la riduzione di grandi quantità di capitali in denaro contante.

punizione del reato originario. In conclusione quindi è proprio per il loro scopo che queste due tappe violano l'amministrazione della giustizia.¹²⁵⁰

B.- SECONDO I MEZZI DELLA COLLOCAZIONE E DELLA STRATIFICAZIONE.

a) *La legittimità di merci che circolano nel mercato.*

Principi fondamentali dell'ordine socio-economico sono la produzione, la distribuzione e il consumo di beni e servizi; questo processo di produzione non esisterebbe se i beni in questione fossero di provenienza illecita. In questo senso, ritengo che quando le fasi di collocazione e stratificazione usano come mezzo per occultare l'origine illecita dei capitali qualsiasi atto giuridico —sia civile che commerciale—, sarebbe immediatamente violato il bene giuridico connesso alla necessaria legittimità delle merci che circolano nel mercato.¹²⁵¹

¹²⁵⁰ Tra l'altri: ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 82-85; ANGELINI, Marco: *Il reato di riciclaggio...*, *op. cit.*, pp. 23 - 28; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 78 - 80; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido" en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 1999; BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos" en AA. VV.: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 135 e ss.; DEL MISMO AUTOR: "Derecho penal económico...", *op. cit.*, pp. 76 e ss.; BERNASCONI, PAOLO: "Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario", en VV. AA.: *Nuove Prospettive di diritto penale bancario (Atti dell'incontro di Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987)*, CEDAM, Padua, 1988, p. 99; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, p. 199;

¹²⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554

b) *La stabilità e la solidità del sistema finanziario.*

Quando si utilizza il sistema finanziario per allontanare il capitale dalla sua origine illecita e darvi quindi un'apparenza di legalità, si influisce negativamente sulla fiducia delle istituzioni finanziarie, causando gravi danni alla stabilità e la solidità del sistema.¹²⁵²

2.2. Fase di integrazione.

A.- SECONDO LO SCOPO DELLA FASE DI INTEGRAZIONE.

Particolare importanza nella fase dell' integrazione viene assunta dalla questione per cui l'investimento, per la natura stessa del riciclaggio, è un atto *sui generis*, che non cerca di ottenere benefici economici secondo quella che è la logica di mercato secondo cui il reinvestimento del capitale verrebbe effettuato nei settori economicamente più produttivi; la logica che segue la consumazione del reato è invece quella di reinvestire in beni e servizi che rappresentano un rischio più basso di rilevazione dell'operazione illegale, a prescindere che si ottengano o meno guadagni finanziari¹²⁵³. Così, per il riciclatore, il beneficio economico si ottiene proprio nella fase di integrazione essendo esso rappresentato dal libero uso e godimento dei capitali illeciti.

a) *L'ordine socio-economico (in senso stretto).*

L'ordine socio-economico in senso stretto si caratterizza come gestione economica dello Stato; quando il capitale che circola nell'economia non è regolato dalla domanda e dall'offerta è impossibile un adeguato processo decisionale sul piano economico. Il capitale illecito non segue la logica del mercato nei settori

¹²⁵² FLICK, Giovanni M.: "La repressione del riciclaggio...", *op. cit.*, p. 1260.

¹²⁵³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 149.

dell'economia in cui è investito, causando in un primo momento la crescita della economia, ma essendo invece molto nocivo nel medio e nel lungo termine in quanto crea un ambiente di instabilità economica. Come abbiamo visto¹²⁵⁴, il riciclaggio di denaro ha un effetto estremamente dannoso a livello macro in quanto l'instabilità che genera, tanto nei settori produttivi quanto in quelli finanziari, determina la perdita del controllo da parte dei paesi della propria politica economica.

b) *La libera concorrenza.*

L'autore del reato non cerca un guadagno economico —se questo si ottiene è irrilevante—, potendo quindi subire anche perdite in questa fase di integrazione se ciò gli permette di perseguire il fine del riciclaggio. Questa integrazione rappresenta un'attività economica particolarmente vantaggiosa per chi la esegue, dal momento che può essere guidata da un piano di guadagni ottenuti detraendo dall'investimento i costi di produzione e quelli di distribuzione.¹²⁵⁵

¹²⁵⁴ Vid., supra, tema VI., B., 2.1.- del presente lavoro.

¹²⁵⁵ Tra l'altri: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 83 - 102; BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., op. cit., pp. 220 e ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, op. cit., pp. 63 e 67; DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: "La política sobre drogas en España...", op. cit., p. 392; DEL MISMO AUTOR: "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...", op. cit., pp. 608 e 609; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, A.: "Consideraciones de urgencia...", op. cit., pp. 612; DEL MISMO AUTOR: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 216 - 229 e 238; DEL MISMO AUTOR: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción...", op. cit., p. 106; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales...*, op. cit., p. 93; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A.: "Receptación y blanqueo de capitales...", op. cit., p. 1419.

B.- IN BASE AI MEZZI IMPIEGATI NELLA FASE DI INTEGRAZIONE.

a) *La stabilità e la solidità del sistema finanziario.*

La finalità dell'integrazione è l'acquisizione di beni e servizi che possono essere negoziati nell'economia formale; la quale necessariamente influisce sulle istituzioni del sistema finanziario¹²⁵⁶ poiché le transazioni effettuate devono essere realizzate ad un certo punto attraverso istituti di credito; affinché questi capitali illeciti possano godere di una parvenza di legalità, può essere utilizzato anche il sistema finanziario senza paura di essere scoperti, seppur con le conseguenze dette.

b) *La legittimità di merci che circolano nel mercato.*

La natura dei beni che provengono da atti illeciti è di carattere illecito anche se questi ultimi hanno l'apparenza di legalità. La loro origine è difatti un reato e pertanto soffrono di un vizio di legalità che non può essere confermato o prescritto. La fase di integrazione, consumata attraverso l'investimento dell'oggetto del reato in beni che possono essere suscettibili di traffico commerciale nell'economia legale, comporta un'azione che viola il bene giuridico della necessaria legalità delle merci che circolano nel mercato.¹²⁵⁷

¹²⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José, L.: "La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente", en *ADPCP*, año XL, fasc. II, mayo - agosto 1987, pp. 392 e ss.

¹²⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, 18° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 554

V.- IL RICICLAGGIO DI DENARO NEL DIRITTO PENALE SPAGNOLO, SECONDO IL PRINCIPIO DI NECESSITÀ PROPOSTO.**1.- Indeterminatezza legale e giurisprudenziale del principio di necessità.**

Lo studio dell'evoluzione del riciclaggio di denaro, sia nell'ordine giuridico-penale spagnolo che nella giurisprudenza, mi porta alla conclusione che né il legislatore —in diversi regolamenti: LO 1/1988 del 24 marzo; LO 8/1992 del 23 dicembre; e del 1995 LLOO CP 15/2003 del 25 novembre e 5/2010 del 22 giugno¹²⁵⁸—, né i giudici comprendono il significato e il campo di applicazione del reato. Ciò ha determinato che la maggior parte delle cause penali relative a presunti casi di riciclaggio di denaro abbiano come antecedente il traffico illecito di stupefacenti, facendo sì che il riciclaggio fosse un aggravante o un reato accessorio.

2.- L'autonomia del reato di riciclaggio di denaro.

Sulla base del principio di necessità proposto, si rafforza la natura autonoma del reato di riciclaggio di denaro poiché la ragione principale per ritenere che siamo in presenza di un reato distinto da ogni altro è che i beni giuridici protetti in tal caso sono differenti da qualsiasi altro crimine.¹²⁵⁹

¹²⁵⁸ Sulla evoluzione del reato nel CP di 1995, *Vid., supra*, L'allegato I del presente lavoro.

¹²⁵⁹ GÓMEZ INIESTA, Diego J.: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p.62; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 296; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La «emancipación»...", *op. cit.*, pp. 4 y ss.

3.- Sistematizzazione nel Codice Penale.

La diversità e l'ampiezza delle ipotesi normative dei fatti criminali determinano la difficoltà di classificare e sistematizzare tali reati; in tal modo acquisisce particolare rilevanza la nozione penale di bene giuridico, dato che quest'ultimo possiede un riflesso unico sulla parte speciale del diritto penale e specificamente nell'ambito della classificazione dei reati. Al fine di ordinare tecnicamente la varietà di fattispecie criminali, l'oggetto penale tutelato è stato quindi individuato come criterio ultimo che permette nella parte speciale del diritto penale lo sviluppo scientifico di una sistematica valutativa¹²⁶⁰.

FERNÁNDEZ fa però un'osservazione alla regola per cui il bene giuridico costituisce il criterio fondamentale per la classificazione dei reati nella sezione speciale, precisando nello specifico che all'interno dei casi appartenenti a una stessa descrizione legale vi sono diversi interessi giuridici degni di protezione; conclude affermando che in questo caso la decisione deve essere effettuata in base al criterio del bene giuridico preponderante¹²⁶¹. Concludo che l'ordine socio-economico è il bene giuridico preponderante nel reato di riciclaggio ed in questo senso considero adeguata la regolamentazione del reato, nel Libro II, Titolo XIII: *Reati contro il patrimonio e contro l'ordine socio-economico*¹²⁶².

¹²⁶⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico...*, *op. cit.*, p. 300; L'autore afferma che in dottrina l'uso del criterio del bene giuridico per lo sviluppo di una sistematica all'interno della Parte Speciale non è stato accettato all'unanimità, nonostante sia un criterio che rappresenta senza dubbio il fattore più importante nella classificazione dei reati.

¹²⁶¹ *Ibid.* p.301. Come indicato nello sviluppo di questo lavoro, il riciclaggio di denaro è uno di quei casi in cui viene tutelata una vasta gamma di beni, essendo quindi in presenza di un reato plurioffensivo.

¹²⁶² Il corsivo è mio.

4.- Il soggetto attivo.

Il riciclaggio di denaro ha mantenuto, dal primo regolamento dell'ordinamento punitivo spagnolo fino all'ultima riforma della legge penale, il medesimo criterio di individuazione dell'autore del reato; tale crimine può essere pertanto commesso da chiunque rientri all'interno della ipotesi normativa, senza necessità che la descrizione tipizzata richieda una qualità specifica del soggetto¹²⁶³.

a) *La responsabilità della persona giuridica nel riciclaggio di denaro.*

La LO 5/2010, del 22 giugno, ha introdotto l'articolo 32 bis al CP — permettendo la responsabilità penale delle persone giuridiche—, e ha modificato l'articolo 302.2 CP¹²⁶⁴ —specifica la responsabilità penale delle persone giuridiche nel riciclaggio di denaro—. A mio parere è corretto l'inclusione delle persone giuridiche, come autore del reato di riciclaggio di denaro, perché, le società —considerati singolarmente o in una complessa rete—, sono lo strumento adeguato e generalizzato, che è servito per il riciclaggio di denaro nell'aggiornamento delle sue fasi. La persona giuridica, svolgono un ruolo importante nella politica sociale ed economica, sia a livello nazionale ea livello internazionale¹²⁶⁵. In questo senso, l'uso di una persona giuridica nel riciclaggio dei beni, impatta direttamente contro l'ordine socioeconomico, in particolare contro il bene giuridico libera concorrenza¹²⁶⁶.

¹²⁶³ BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed..., *op. cit.*, pp. 480 e 512; CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.): *Delitos contra el orden socioeconómico...*, *op. cit.*, p. 385; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 369 e 370.

¹²⁶⁴ *Vid., supra*, L'allegato I del presente lavoro.

¹²⁶⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Societas delinquere potest...", *op. cit.*, p. 11.

¹²⁶⁶ *Vid. supra*, tema VII., 2.3.- y VIII., 2.2.1.- del presente lavoro.

a) *L'auto-riciclaggio di capitali.*

Una delle questioni più controverse in relazione all'individuazione dell'autore del reato di riciclaggio di denaro è quella relativa ai casi in cui c'è identità tra i soggetti che svolgono il reato preliminare e quelli che svolgono le successive azioni per legalizzare i beni, cioè il cosiddetto auto-riciclaggio di capitali¹²⁶⁷.

A partire dalla riforma del codice penale introdotta dalla LO 5/2010 del 22 giugno, in Spagna si segue un modello cumulativo, in quanto l'attuale articolo 301 del Codice Penale espressamente sanziona l'auto-riciclaggio, che sia «*comesso da lui o da qualsiasi terza persona [...]*¹²⁶⁸»; questa formula ha posto fine, almeno allo stato attuale del sistema giuridico spagnolo, a una questione molto controversa.

Eppure dobbiamo insistere sulla punizione dell'auto-riciclaggio di capitali dalla prospettiva del bene giuridico tutelato dal reato, perché la riforma introdotta dalla legge 5/2010 del 22 giugno è assolutamente negligente nel suo preambolo per quanto riguarda la esposizione delle ragioni di tale regolamento. Il legislatore ha in tal modo perso una grande opportunità per terminare la controversia sull'auto-riciclaggio in rafforzamento del principio di necessità; d'altra parte, è stata favorita l'incertezza giuridica poichè si potrebbe pensare che con la stessa leggerezza si poteva riformare anche in modo diverso, è sufficiente ricordare la frase: due parole del legislatore sono sufficienti per convertire una biblioteca giuridica in spazzatura¹²⁶⁹.

Concludo che l'auto-riciclaggio di capitali deve essere punito, indipendentemente dalla identità tra l'autore del riciclaggio di denaro e del reato precedente. Siamo in presenza di reati diversi e così di fronte a una violazione di nuovi beni giuridici. Tutto ciò ad

¹²⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La «emancipación»...", *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶⁸ Il corsivo è mio.

¹²⁶⁹ Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et al.*): *Curso de Derecho penal parte general...*, *op. cit.*, p. 109.

eccezione dei casi di possesso ed utilizzo, modalità criminali introdotte dalla legge 5/2010 del 22 giugno, in quanto legate alla consumazione del reato e in questo senso possibile causa della presenza di un *bis in idem*.

5.- L'attività penale precedente.

Attraverso la riforma introdotta dalla legge 5/2010, l'attuale art. 301,1 del Codice Penale richiede la conoscenza da parte dell'autore del reato che i beni da riciclare provengano da una «attività criminale», però non necessariamente da un reato. Svincolare il riciclaggio di denaro dal reato presupposto, e quindi la mancata esigenza dell'accreditamento del reato precedente, hanno fondamento nella specifica natura giuridica del riciclaggio di denaro in relazione agli interessi giuridici che esso protegge.¹²⁷⁰

Essendo un reato con un oggetto particolare di protezione, si afferma la sua autonomia che sulla base di tale nocività specifica gode di sostantività propria, rendendo inutile il pieno riconoscimento di un reato presupposto poichè il reato precedente e il riciclaggio devono essere intesi come due entità giuridiche distinte.

6.- Le forme aggravanti di criminalità.

Tanto l'aggravante per la attività criminale precedente quanto quella per la qualità del soggetto attivo dovrebbero essere abrogate; giungo a tale conclusione poichè secondo il principio di necessità non importa l'origine dei fondi o la qualità specifica del soggetto attivo ai fini di una violazione maggiore o minore dei beni giuridici protetti dal riciclaggio di denaro¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "La «emancipación»...", *op. cit.*, p. 4.

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 4.

Dall'altro lato, gli aggravanti sono costituiti da una reminiscenza storica dei loro rapporti con il traffico illecito di stupefacenti¹²⁷², questione ampiamente superata per la natura autonoma del reato.

Infine, nel caso di aggravanti per la qualità specifica del soggetto attivo secondo le circostanze personali si pone pericolosamente il riciclaggio accanto al diritto penale d'autore.¹²⁷³

7.- Il principio di proporzionalità della punizione.

a) *La proporzionalità della punizione privativa della libertà.*

La fattispecie basica del riciclaggio di denaro intenzionale viene punita con la reclusione da sei mesi a sei anni, mentre la commissione senza intenzione è punibile da sei mesi a due anni di prigione.¹²⁷⁴

La sanzione della reclusione è rispettosa del principio di proporzionalità laddove si prende in considerazione la natura del reato e il principio di necessità; solo un ampio margine nella legge punitiva potrebbe soddisfare questo principio¹²⁷⁵, lasciando

¹²⁷² DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, op. cit., p.24; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 370; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995...*, op. cit., p. 144. Sul'aggravante dal 303 CP, Vid.: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 1988, pp. 300 y 301.

¹²⁷³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., pp. 371 y ss

¹²⁷⁴ Vid., supra, L'allegato I del presente lavoro.

¹²⁷⁵ In contro Vid.: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 297; COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005, p.105

discrezionalità al giudice, il quale tenendo conto degli elementi e delle circostanze del caso specifico dovrà individuare la pena in base alla effettiva violazione dei beni giuridici.

b) *Proporzionalità nella sanzione economica.*

La pena pecuniaria è pari a tre volte il valore dell'oggetto del reato; ad essa si accompagna la pena della reclusione che si applica indipendentemente da come il reato sia stato commesso (semplice, aggravato, intenzionale o senza intenzione).¹²⁷⁶

Questa equiparazione punitiva, indipendentemente dalla forma del reato, è una chiara violazione del principio di proporzionalità della pena¹²⁷⁷. Ritengo, in questo senso, necessario adeguare la sanzione in base alla gravità della condotta e secondo il principio di necessità.

8.- La confisca come conseguenza accessoria del reato.

Lo scopo del sequestro di beni è evitare un posizione finanziaria illecita¹²⁷⁸. La figura della confisca pone il reato di riciclaggio di denaro in uno stretto rapporto con il principio di necessità ed in particolare con il bene giuridico della necessaria legittimità delle

¹²⁷⁶ *Vid., supra*, L'allegato I del presente lavoro.

¹²⁷⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, p. 301; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, p. 388.

¹²⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José L.: "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)" en *AP, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, La Ley, Madrid, N° 24 (15 al 21 de junio de 1992), p.238; DEL MISMO AUTOR "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal" en *ADPCP*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, Tomo XXXV, fascículos II y III (mayo-diciembre 1981), p 620; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho penal. Parte genera...*, *op. cit.*, p. 621; PUENTE ABA, Luz M.: "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena", en *AFDUC*, N°.10, Universidad de la Coruña, 2006, p.853.

merci che circolano nel mercato.¹²⁷⁹ Essendo quest'ultimo un bene giuridico fondamentale nell'ambito del commercio, a tal punto che il suo mancato rispetto porta alla nullità della transazione commerciale, siamo alla presenza di un bene giuridico violato fin dalla prima fase del riciclaggio di denaro. Siamo pertanto sempre di fronte a un patrimonio in possesso di una persona, la quale ne è semplice detentrica senza godere a causa della sua origine illecita di alcun diritto di proprietà o di qualsiasi altro diritto sul bene.¹²⁸⁰

¹²⁷⁹ *Vid., supra*: tema VII, C., 3.-, 3.1.-. del presente lavoro. In questo senso, tra l'altri: GONZÁLEZ RUS, Samuel A.: "Delitos contra la propiedad...", *op. cit.*, p. 535.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; PALMA HERRERA, José M.: *Los delitos de blanqueo de capitales...*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 14.; ABEL SOUTO, Miguel: *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹²⁸⁰ In questo senso ultimamente: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Consejo General del Poder judicial, Comisión de Estudios e Informes, p.143.

ANEXO III

CONCLUSIONES PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EUROPEO

1. *Il principio di necessità nella dogmatica penale.* Lo Stato ha non solo il diritto, ma ha l'obbligo, di invadere i diritti legali dei governati, ogni volta che costituiscono una misura estrema, con l'unico scopo di tutela di beni giuridici «*principio di necessità*»; si tratta di beni che per la loro rilevanza e significatività sono essenziali per l'esistenza della vita in società. Definito in questo modo il bene giuridico, affermiamo che i beni giuridici sono anteriori alla legge e che , la legge sarà basata su quelli e non il contrario, altrimenti, la realtà sarà forzata dalla legge invece di adattarsi ad essa. Il principio di necessità è, allo stesso tempo, il fondamento e limite del potere punitivo dello Stato e, per questo motivo, la sua negazione può portare ad un abuso di potere e ad una totale mancanza di rispetto per i diritti umani.
2. *La legittimità del diritto penale economico.* Attualmente ci sono correnti dottrinali che parlano della scomparsa del diritto penale economico, argomentando che il diritto di punire deve essere riservato alle azioni più dannose dei beni giuridici strettamente personali; comunque, sostengono che il diritto penale economico è legittimo per la natura dei beni protetti, ossia di interessi fondamentali, necessari per il corretto funzionamento di ordine economico e sociale.
3. *Protezione prossima e protezione remota dei beni giuridici.* Nella realtà complessa con la quale vengono aggiornati i comportamenti di riciclaggio, è necessario distinguere tra una protezione prossima e una protezione remota dei beni giuridici; per tale distinzione, è possibile determinare che i comportamenti intermedi sono violazioni di certi interessi giuridici, ma quei comportamenti sono destinati al raggiungimento di un risultato finale, che sarebbe in violazione di altri beni giuridici.

4. *La metodologia per la determinazione dei beni giuridici che sono violati dalla condotta di riciclaggio di denaro.* Per la fondazione e la determinazione dei beni giuridici che proteggono il riciclaggio di denaro, dobbiamo studiare la loro natura senza tener conto della concezione normativa, perché concentrandosi solo sul piano fattuale, vale a dire, concentrandosi su come si sviluppa il comportamento di riciclaggio, possiamo arrivare ad un risultato soddisfacente. L'errore di gran parte della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore, è cercare di derivare la necessità del riciclaggio di denaro, sulla base di una norma di diritto, che nella maggior parte dei casi è il risultato di accordi internazionali. In questo modo la realtà è forzata dalla legge. per una determinazione errata della nocività, che non è adeguata alla natura del reato.

5. *Il riciclaggio di denaro è un processo.* I diversi modelli che spiegano come si sviluppa la fase esterna del' *iter criminis* nel riciclaggio di denaro, conclude che il riciclaggio di denaro è prima di tutto, per sua natura, un processo; l'importanza di verificare che il riciclaggio di denaro è un processo, è che ogni fase persegue il suo scopo, che è sempre guidato dal fine ultimo, che viene aggiornato con la consumazione del riciclaggio. Per essere accettato a livello internazionale, è seguito nello studio, la classificazione del GAFI, che raggruppano i comportamenti in collocazione, stratificazione e integrazione.

6. *Relazione tra finalità, fasi e metodi utilizzati nel riciclaggio.* Lo scopo di ogni fase di riciclaggio può essere aggiornato in vari modi —sia fatti o atti giuridici—. Lo scopo di ogni fase ed i mezzi impiegati per realizzarlo, sono in stretta relazione alla tutela dei beni giuridico nel riciclaggio, ragione per cui è possibile affermare che la nocività del reato è determinata dal mezzo impiegato e il particolare stato di completamento del reato.

7. *Gli effetti nocivi del riciclaggio di denaro.* Per una corretta determinazione della nocività del reato, è necessario analizzare gli effetti dannosi che produce, indipendentemente da qualsiasi norma di diritto, cioè, basando lo studio nella fenomenologia del riciclaggio; successivamente è necessario analizzare se tale impatto negativo, può portare alla categoria di bene giuridico penale degno di protezione. In questo senso, trovo che le attività di riciclaggio di denaro, produce vari effetti nocivi che danneggiano settori fondamentali degli stati, in particolare l'ordine economico, politico e sociale.
- Nella sfera economica: gli effetti nocivi del riciclaggio di denaro si presentano sia a livello micro: per il danni degli agenti che partecipano nel processo economico, per la violazione della legge della domanda e dell'offerta, e l'effetto sulla libera concorrenza; e a livello macro: dalla perdita di controllo della politica economica, per la distorsione e instabilità economica, per l'instabilità finanziaria, e per il rischio sugli investimenti.
- In politica: gli effetti nocivi del riciclaggio di denaro si presentano, per la relazione diretta e interdipendenti tra il crimine e la corruzione pubblica.
- Nella sfera sociale: gli effetti nocivi del riciclaggio di denaro si presentano, sia per l'impatto sociale della criminalità che genera capitali illegali, come l'impatto sociale del proprio reato di riciclaggio.
8. *Determinazione dei beni giuridici che protegge il riciclaggio di denaro.* Per sua natura, il reato di riciclaggio è soprattutto un reato plurioffensivo, dal momento che sono interessati più beni nello sviluppo di azioni del crimine. Questa affermazione è solo un punto di partenza —anche se per alcuni autori rappresenta un criterio definitivo—, anche se in realtà è una caratterizzazione molto vaga che non dice niente sul bene giuridico tutelato dal reato.
- In particolare, i beni giuridici che vengono violati con lo sviluppo di attività di riciclaggio sono:
- 1.- L'amministrazione della giustizia; data la natura di occultamento che, si verifica nelle prime fasi del riciclaggio di

denaro.

2.- L'ordine socio-economico; in cui dobbiamo distinguere i beni giuridici che sono parte dell'ordine: a.) socio-economico in senso stretto, che comporterebbe la gestione economica dello Stato; e b) socio-economico in senso ampio, comprendente i seguenti beni: la legittimità necessaria delle merci circolanti nel mercato; la stabilità e la solidità del sistema finanziario; e la libera concorrenza.

9. *La relazione tra bene giuridico, fasi e metodi coinvolti nel riciclaggio di denaro.* Siamo di fronte ad un reato complesso nella sua esecuzione, che richiede diversi comportamenti per integrare ogni fase di cui si compone, con la particolarità che ciascuna di tali fasi può essere eseguite sia in successione che no, e costituisce una individualizzata realtà criminologica, che serve come strumento per lo scopo ultimo del riciclaggio di denaro. D'altra parte, secondo il metodo utilizzato per implementare le varie fasi del riciclaggio di denaro, saranno interessati alcuni o altri beni giuridici. Relativamente a tale aspetto, trovo una stretta relazione tra i metodi e la violazione concreta degli interessi tutelati penalmente.

10. *Fine ultimo e fine prossimo delle tappe del riciclaggio di denaro.* Sulla complessa realtà, lo sviluppo di reato richiede diverse azioni, che sono destinate a uno scopo specifico e immediato —la consumazione della corrispondente fase—, ma che insieme obbediscono l'idea guida del processo criminale, e che, cioè, sono guidate da un obiettivo finale, ossia la realizzazione del reato. Normato dalla sua caratteristica «di processo», il riciclaggio di denaro non è un singolo evento con il quale il patrimonio di provenienza illecita, istantaneamente acquista una parvenza di legalità; cioè, il reato non è semplice successione causale azione-risultato ma richiede una pluralità di azioni concatenati. Per questo motivo considero necessario —nella determinazione del principio di necessità nel riciclaggio—, distinguere tra due scopi di azione: lo scopo prossimo, che servirà al fine perseguito dalle

prime due fasi del processo; e lo scopo ultimo, l'intenzione specifica del riciclatore di denaro, cioè, fornire aspetto coerente di legalità a capitale di origine criminale, al fine di reinvestire nell'economia legale.

11. *Il principio di necessità nello sviluppo del processo di riciclaggio di denaro.* Sulla base della fenomenologia del reato, la sua natura di processo, la finalità prossima delle fasi di collocazione e stratificazione, così come per lo scopo ultimo perseguito nella fase di integrazione, e tenendo conto dei mezzi utilizzati per raggiungere questi obiettivi. Concludo che la relazione tra il riciclaggio di denaro e il principio di necessità, inevitabilmente, si determina come segue:

I beni giuridici protetti, in base allo scopo «prossimo o immediato», nelle fasi di collocazione e stratificazione:

a) l'amministrazione della giustizia.

I beni giuridici protetti, in base ai mezzi impiegati nelle fasi di collocazione e stratificazione:

a) La legittimità necessaria di merci circolanti nel mercato.

b) La stabilità e la solidità del sistema finanziario.

I beni giuridici protetti, in base allo scopo «ultimo o remoto», nella fase di integrazione:

a) L'ordine socio—economico (in senso stretto).

b) La libera concorrenza.

I beni giuridici protetti, in base ai mezzi impiegati nella fase di integrazione:

a) La stabilità e la solidità del sistema finanziario.

b) la legittimità necessaria di merci circolanti nel mercato.

12. *L'indeterminatezza legale e giurisprudenziale del principio di necessità nel riciclaggio di denaro sporco.* Lo studio dell'evoluzione del riciclaggio di denaro nell'ordinamento giuridico penale

spagnolo, così come lo studio sulla giurisprudenza sul tema, mi porta a concludere che né il legislatore, né i giudici comprendono il significato e la portata del reato. Questo ha fatto sì che la maggior parte dei casi criminali che si sono occupati di un presunto riciclaggio di denaro, hanno come comportamenti antecedenti la droga; come se il riciclaggio costituisse un'aggravante di tale reato, o come se si trattasse di un reato accessorio. A causa di questo fraintendimento, il principio di necessità del riciclaggio non è stato giudicato da una pluralità di comportamenti che sono particolarmente dannosi per i beni giuridici che protegge il riciclaggio di denaro, anche se, non hanno come precedenti, comportamenti illeciti di droga.

13. *Risorsa contro le sentenze per riciclaggio di denaro.* Le sentenze di riciclaggio di denaro, sono state fondate e motivate sulla base di articoli del CP che violano il principio di legalità per mancanza di oggetto di tutela. Tali sentenze, applicano norme incostituzionali che violano l'articolo 25.1 CE, che, per essere all'interno della Sezione 1 del Capitolo II del Titolo I della CE, il principio di legalità diventa un diritto fondamentale. Con questo argomento e sulla base dell'articolo 53 CE, un giudizio che è caduto per condurre il riciclaggio di denaro, possono essere oggetto di ricorso di amparo, davanti alla Tribunale Costituzionale, dove l'argomento dovrebbe essere strutturato, citando la mancanza di determinazione e certezza, del principio di legalità, che lascia assolutamente senza difesa al convenuto, in quanto non può sapere che bene giuridico ha violato con la sua condotta. Questa conclusione, non è fatta ingenuamente, infatti, sono certo che si tratta di una risorsa che non potrà mai risultare, ma non per che l'argomento manca di ragione, non sarebbe il risultato, per motivi indipendenti dal giurista, come la politica, l'opinione sociale e la considerazione internazionale.

14. *L'autonomia del reato di riciclaggio.* Sulla base del principio di necessità proposto, se si rafforza la dottrina che sostiene l'autonomia del reato di riciclaggio di denaro, dal momento che la

ragione principale per ritenere che siamo in presenza di un reato distinto da ogni altro, è che i beni che proteggono il riciclaggio di capitale, sono diversi da altri reati. In questo senso, la propria e specifica fattispecie lo rende un crimine separato e indipendente da ogni altro reato.

15. *La sistematizzazione del reato nel Codice Penale.* Il criterio del bene giuridico è un criterio fondamentale per la classificazione dei reati nella sezione speciale del CP, nel caso specifico, nell'ipotesi normativa del riciclaggio, comprendono diversi interessi giuridici meritevoli di tutela, motivo per cui la sistematizzazione del reato deve essere decisa sulla base del criterio del bene giuridico preponderante. Nel riciclaggio di denaro ha superiorità sugli altri beni l'ordine socio—economico. per comprendere la maggior parte dei beni protetti, e per servire allo scopo ultimo del reato.
In questo senso, è corretta la sistematizzazione del reato nel ordine penale spagnolo, il legislatore ha regolato la criminalità nel CP all'interno del Libro II, Titolo XIII crimini contro il patrimonio e contro l'ordine socio-economico .
16. *Il soggetto attivo nel riciclaggio di denaro.* Il riciclaggio dal suo primo regolamento nell'ordine punitivo spagnolo, fino all'ultima riforma, ha mantenuto gli stessi criteri sull'autore del reato; si tratta, dunque, di un reato comune che può essere commesso da chiunque perché la fattispecie penale non richiede una qualità specifica del soggetto, per farlo.
17. *La responsabilità della persona giuridica nel riciclaggio di denaro.* La LO 5/2010, del 22 giugno, ha introdotto l'articolo 32 bis al CP —permettendo la responsabilità penale delle persone giuridiche—, e ha modificato l'articolo 302.2 CP —specifica la responsabilità penale delle persone giuridiche nel riciclaggio di denaro—. A mio parere è corretto l'inclusione delle persone giuridiche, come autore del reato di riciclaggio di denaro, perché,

le società —considerati singolarmente o in una complessa rete—, sono lo strumento adeguato e generalizzato, che è servito per il riciclaggio di denaro nell'aggiornamento delle sue fasi. La persona giuridica, svolgono un ruolo importante nella politica sociale ed economica, sia a livello nazionale ea livello internazionale. In questo senso, l'uso di una persona giuridica nel riciclaggio dei beni, impatta direttamente contro l'ordine socioeconomico, in particolare contro il bene giuridico libera concorrenza.

18. *Il auto-riciclaggio.* Una delle questioni più controverse in relazione all'autore del reato di riciclaggio è il riferimento ai casi in cui vi è identità tra il soggetto che svolge la commissione del reato e quello che svolge le successive azioni per legalizzare la proprietà ottenuta illegalmente, cioè i casi di auto-riciclaggio. Dopo la riforma del CP dalla LO 5/2010 del 22 giugno, in Spagna, si segue il modello cumulativo, perché nell'articolo attuale 301 CP, viene espressamente sanzionato l'auto-riciclaggio, così almeno fino ad oggi, e almeno nel ordine punitivo spagnolo si finisce la questione giuridica controversa. Dobbiamo insistere sulla punizione dell'auto-riciclaggio dal punto di vista del bene giuridico protetto, perché indipendentemente della identità tra l'autore del reato e l'autore del riciclaggio, siamo in presenza di diversi reati per la violazione di nuovi interessi, ad eccezione dei casi di "possesso e uso" metodi introdotti da LO 5/2010, del 22 giugno, in quanto sono i verbi relativi alla consumazione del reato e in questo senso sarebbe un possibile *bis in idem*.

19. *Ipotesi normative del art. 301.1 CP.* Ci sono due metodi secondo lo scopo dell'autore del reato:
Una prima variante dove: acquisire (possedere, utilizzare), trasformare, trasmettere o eseguire qualsiasi altro atto sui beni, sapendo che provengono da attività criminali, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecito.
Una seconda variante dove: acquisire, possedere, utilizzare, trasformare, trasmettere o eseguire qualsiasi altro atto sui beni,

sapendo che provengono da attività criminali, al fine di aiutare la persona coinvolta nel reato o reati, ad eludere la conseguenze giuridiche delle proprie azioni.

20. *Ipotesi normativa del art. 301.2 CP.* Regola l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, destinazione, movimento, diritti o proprietà sul beni, sapendo che provengono da qualsiasi dei reati del art. 301.1 CP o da una partecipazione in tali.
21. *Ipotesi normativa del art. 301.3 CP.* Regola la possibilità di commissione non intenzionale del reato, con la presenza di colpa grave. La legge in questione si riferisce alla commissione di reati dal paragrafo 1 e 2 dell'art. 301CP, però la commissione solo può aggiornare nei casi del paragrafo 2 del articolo; perché ciascuna delle due finalità del art. 301.1 —"occultare o dissimulare l'origine illecito " o "aiutare alla persona impegnata nell'attività criminali prima"—, contengono un elemento soggettivo che impedisce la commissione imprudente dell'ingiusto, in questo senso, l'unico corso che potrebbe essere aggiornato sull'ipotesi di colpa sarebbe contenuta nell'art. 301.2 CP.
22. *L'interpretazione dei comportamenti tipici.* Una corretta interpretazione delle norme che regolano il reato di riciclaggio di denaro, deve essere fatta secondo lo scopo della condotta criminale; in caso contrario, i risultati saranno sbagliati nell'analisi. In altre parole, una interpretazione puramente esegetica secondo la descrizione che la legge rende di reato, porterebbe a considerare il reato di riciclaggio di denaro come una specifica modalità di occultamento —dove risulterebbe protetta solo l'Amministrazione della Giustizia—, quello sarebbe assurdo, per la ridondanza legislativa e per il contrasto con gli obiettivi perseguiti dalle iniziative internazionali che hanno lo scopo di prevenire, perseguire e punire comportamenti riciclaggio di denaro.

23. *L'esercizio di azione finale sul reato.* L'interpretazione delle norme, fa riferimento al principio di necessità nel riciclaggio di denaro solo per lo scopo delle prime due fasi del reato, in quanto è volta a punire l'occultamento del provenienza illecita dei beni; in questo senso avrà una visione parziale del riciclaggio di denaro, che si concentra sull'aspetto della sua nocività, e non esaurisce il fondamento della ragione del reato "l'impatto nel ordine socioeconomico in generale". Il vantaggio di comprendere il riciclaggio di denaro come un crimine contro l'ordine socio-economico, è l'idoneità per la loro natura specifica, che collega il crimine con lo scopo dell'ultima fase del reato —l'integrazione dei beni criminali nella economia legale—, comprendendo così tutte le fasi intermedie del riciclaggio.
24. *L'attività criminale previa.* In precedenti storici del diritto penale spagnolo, vediamo che prima del CP attuale, il riciclaggio era punibile solo quando i beni oggetto del reato erano proventi della droga. Il regolamento che il CP da 1995 è stato fatto sulla determinazione del l'infrazione previa del reato di riciclaggio di denaro. Ha avuto varie riforme: inizialmente, "reati gravi"; poi, per LO 15/2003 qualsiasi atto che costituisce reato; attualmente, tra la riforma introdotta dal LO 5/2010, l'art. 301.1 CP richiede la conoscenza da parte l'autore del reato, sulla provenienza dei beni oggetto di denaro è qualche "attività criminale". Così non è necessaria la verifica di un reato preliminare, produttore delle merci che saranno riciclate. Questo ha ragione di essere, perché i beni che protegge il riciclaggio sono diversi dai beni protetti per un altro reato. In questo senso considero riuscito che l'attuale CP richieda soltanto che i beni di riciclare provengono da "L'attività criminale" e non dal "reato".
25. *Attività criminale precedente e la pratica giudiziaria.* Se con il reato di riciclaggio di denaro, l'obiettivo è quello di proteggere gli interessi legali di contenuto prevalentemente socio-economico, si deve considerare la quantità del capitale da riciclare, in quanto gli

effetti negativi del reato, perché la nocività è direttamente proporzionale alla quantità di beni riciclati e reinvestiti. Dobbiamo chiarire che questo non significa che noi favoriamo l'importo nella fattispecie penale; credo che il legislatore dovrebbe formulare nella norma, una delegazione generica e flessibile, per essere la pratica giudiziaria che determina i criteri per punire con maggiore o minore rigore, in relazione all'importanza quantitativa dell'attività di riciclaggio.

26. *La prove indiziarie nell'accreditamento delle attività criminale precedente.* I beni oggetto del riciclaggio di denaro, devono provenire da un'attività criminale precedente. Tale aspetto dà origine al problema della prova di tale attività; la dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo che la prova idonea per l'accreditamento di tale punto sono la prove indiziarie, in virtù delle quali si ritiene che i fatti che possono essere considerati come elementi di prova per dimostrare l'attività criminale precedente sono: a) l'insolito aumento del patrimonio, senza alcuna spiegazione ragionevole; b) le pratiche commerciale poco ordinarie per il riciclatore, e c) l'accreditamento di qualsiasi collegamento o rapporto tra il riciclatore e l'attività criminale, o tra il riciclatore e gli individui o gruppi impegnati in l'attività criminale.
27. *Forme aggravate del reato.* L'aggravamento per l'attività criminale precedente, come le aggravanti per la qualità del soggetto attivo, dovrebbero essere abrogate. Giungo a tale conclusione, poiché per imperativo del principio di necessità, non importa la provenienza dei fondi o la qualità specifica del soggetto attivo, per una maggiore o minore violazione dei beni giuridici che protegge il riciclaggio di denaro. Inoltre, il reato aggravato consiste in una reminiscenza storica dei loro collegamenti con il traffico di droga, un problema ampiamente superato dalla natura autonoma del riciclaggio. Finalmente, aggravare la qualità specifica del soggetto attivo, si traduce in un aggravamento delle condizioni personali soggettive,

che confinano pericolosamente al reato, vicino al diritto penale d'autore.

28. *Il principio di proporzionalità sulla pena di privazione della libertà.* La fattispecie base di riciclaggio intenzionale è punito con la reclusione da sei mesi a sei anni, mentre la commissione per imprudenza è punibile con reclusione da sei mesi a due anni. La privazione della libertà, è rispettosa del principio di proporzionalità, solo un ampio margine punitivo può soddisfare questo principio, dove sarà la discrezionalità del giudice, che tenendo in considerazione gli elementi e le circostanze del caso di specie, individuerà la pena, che dovrà essere basata sulla violazione reale di beni giuridici.
29. *Il principio di proporzionalità in la sanzione pecuniaria.* La sanzione pecuniaria, va da lo stesso a tre volte il valore dell'oggetto del reato. questa pena accompagna la prigionia, e si applica indipendentemente da quanto semplice, aggravato, intenzionale o imprudente il reato di riciclaggio di denaro. Questa uguaglianza sanzionatoria, indipendentemente dalla forma di commissione del reato, costituisce una chiara violazione del principio di proporzionalità della pena, in questo senso, infatti, ritengo necessario adeguarlo, in relazione alla gravità della condotta e al principio di necessità. Tuttavia, penso che si dovrebbe ritenere la forma proporzionale dalla sanzione, secondo il valore dell'oggetto del reato, poiché tale caratterizzazione è più efficace in questi tipi di crimini, per soddisfare i requisiti della prevenzione generale. I problemi che possono rappresentare la multa sul riciclaggio di denaro è di natura pratica della loro identificazione, quando tali problemi risiede nel modo in cui la pena è da valutare, sia in relazione al profitto netto, o in altro modo, in relazione al profitto lordo. Credo che nel rispetto del principio di proporzionalità, e al fine di soddisfare la prevenzione generale della sanzione, questa deve essere considerata in relazione al profitto lordo. Certo, si può capire quanto sia problematica questa affermazione, dal momento

che il riciclaggio di denaro è un processo che comporta una continua trasformazione, e in questo senso, sarà davvero difficile valutare il punto di partenza. Comunque, la difficoltà della prova non dovrebbe essere un ostacolo alla proporzionalità e finalità della punizione; per questi casi complessi, sarà la pratica giudiziaria, la quale si appoggia in esperti di altre discipline, per determinare il punto di partenza per il calcolo della sanzione pecuniaria.

30. *La confisca come conseguenza accessoria del reato.* La figura di confisca ha un rapporto stretto con il principio di necessità del reato, in particolare con il bene giuridico "legalità necessarie delle merci che circolano nel mercato", in quanto questo è un bene molto rilevante nel commercio, che la sua violazione determina la nullità della transazione. Siamo in presenza di un bene giuridico che è violato dalla prima fase del riciclaggio di denaro. Si parla così, di un patrimonio che risiede in un titolo solo materiale, cioè, il titolare è un semplice detentore del bene, senza poter accedere —a causa dell'origine illecito—, al diritto di proprietà o qualche altro su di esso, in altre parole, si parla di un patrimonio che si trova in un titolo illegittimo.
- Analizzato questo bene giuridico in relazione alla figura di confisca, vediamo che tutti gli atti giuridici, fatti con fondi illeciti, saranno sempre nulli, e in questo senso è sempre suscettibile di sequestro da parte dello Stato.
- Ormai, per determinare la confisca, vi presentiamo il problema impostato per il calcolo e la determinazione della sanzione pecuniaria nel riciclaggio di denaro. Voglio dire, la determinazione della confisca sulla base netta dei profitti o sulla base dei profitti lordo. Llego alla stessa conclusione, che la sanzione pecuniaria, cioè, la confisca deve essere calcolata secondo il profitto lordo, indipendentemente dal problema pratico che rappresenta, perché proporzionalmente e per la finalità di prevenzione generale, è il modo appropriato per capire questa conseguenza accessoria del riciclaggio di denaro.