

Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial

5ta Edición

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



OEA

Más derechos para más gente

ISBN 978-0-8270-6789-9

Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial

5ta Edición

Isidoro Blanco Cordero

Eduardo Fabián Caparrós

Víctor Prado Saldarriaga

Gilmar Santander Abril

Javier Zaragoza Aguado



OEA | Más derechos
para más gente



Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial.

Autores

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

Organización de los Estados Americanos – OEA
Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT)
Quinta Edición
1889 F Street, N.W., Washington, D.C. 20006, USA
Telf.: 1 - (202) 370 9721

Diseño de carátula y Diagramación
Raúl Tello Antúnez - www.artec.pe
Impresión: Global Printing

Tiraje
1000 ejemplares

ISBN 978-0-8270-6789-9

OAS Cataloging-in-Publication Data

Organization of American States. Secretariat for Multidimensional Security.
Department against Transnational Organized Crime.

Combate al lavado de activos desde el sistema judicial : 5ta edición / [Publicado por el Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de los Estados Americanos].

v. ; cm. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.D/XXV.13)

ISBN 978-0-8270-6789-9

1. Money laundering. 2. Banking law--Criminal provisions. 3. Drug traffic. 4. Organized crime--Finance. I. Title.
II. Blanco Cordero, Isidoro. III. Fabián Caparrós, Eduardo. IV. Prado Saldarriaga, Víctor. V. Santander Abril, Gilmar.
VI. Zaragoza Aguado, Javier. VII. Series.

OEA/Ser.D/XXV.13

Portada: Estatua de representación de la Justicia que se encuentra en el Palacio del Poder Judicial de Brasil.

Fotografía: Dorivan Marinho /SCO/STF (16/12/2014)

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, cualquiera fuese el medio a emplearse sin la autorización escrita de los autores.

Capítulo I	11
Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta Por: Eduardo Fabián Caparrós	
Subíndice	12
Capítulo II	95
Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos Por: Isidoro Blanco Cordero	
Subíndice	96
Capítulo III	209
Lavado de Activos en Países Emergentes: Delitos Periféricos y Especiales Por: Víctor Prado Saldarriaga	
Subíndice	210
Capítulo IV	293
El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Por: Javier Zaragoza Aguado	
Subíndice	294
Capítulo V	425
La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso Ampliado Por: Gilmar Santander Abril	
Subíndice	426

PRÓLOGO

El incremento de la delincuencia organizada transnacional en el continente americano ha desbordado las capacidades institucionales con las que cuentan los Estados miembros de la OEA para combatirla. Asimismo, las actividades delictivas de alto impacto relacionadas con todo tipo de tráfico ilícito, extorsiones, secuestros, lavado de activos y corrupción, deterioran cada día nuestras sociedades en varios aspectos. Por ejemplo, es indiscutible que el aumento de los índices de criminalidad afecta la percepción de seguridad de los ciudadanos, sobrecarga el sistema de administración de justicia e incrementa la impunidad.

Además, es sabido que este tipo de delincuencia se viene fortaleciendo gracias a los estrechos vínculos con los que cuentan las distintas estructuras criminales y a los métodos que han adoptado y utilizan para ocultar el origen ilícito de su patrimonio y permear a todos los niveles los sistemas democráticos. Como respuesta, en los últimos años los Estados miembros de la OEA han mencionado en reiteradas ocasiones la necesidad y la conveniencia de llevar a cabo acciones conjuntas que permitan reducir la comisión de tales delitos y ataquen el motor financiero de las organizaciones criminales transnacionales que protagonizan las actividades ilícitas anteriormente referidas.

Es importante destacar que las estructuras financieras constituyen el núcleo de toda organización criminal por dos motivos: en primer lugar, porque la búsqueda de beneficios económicos es en gran medida lo que motiva la constitución de las mismas, y, en segundo lugar, porque tales recursos son imprescindibles para garantizar la permanencia y continuidad de tales organizaciones, las cuales se valen cada día más de los avances tecnológicos y de la desregulación que acompaña el proceso de globalización. Por consiguiente, combatir el incremento de la delincuencia organizada a nivel regional socavando “el producto del delito” se ha convertido en una de las principales prioridades de los gobiernos que, a su vez, destinan arduos esfuerzos para impartir justicia y fortalecer los principios básicos que conforman nuestros Estados democráticos de Derecho.

De tal manera, el lavado de activos asociado a las diversas tipologías utilizadas por la delincuencia organizada viene alcanzado un protagonismo cada vez mayor y más complejo en nuestra región y sus consecuencias afectan indiscutiblemente la estabilidad democrática, la integridad de los mercados financieros y el bienestar social, provocando distorsión económica, inestabilidad política e inseguridad. Además, por tratarse el lavado de activos de un fenómeno transnacional, combatirlo exige que los poderes estatales aúnen esfuerzos en la búsqueda de una respuesta integral, multidimensional y multidisciplinar en el marco de estrategias que incluyan como eje central un alto grado de cooperación regional e internacional.

Desde la Secretaría de Seguridad Multidimensional, afirmamos continuamente nuestro firme compromiso con el fortalecimiento de acciones conjuntas que permitan reducir la comisión de la amplia gama de “delitos precedentes” existentes y ataquen el motor financiero de las organizaciones criminales organizadas. De tal manera, gracias a fructíferas alianzas con diversos socios estratégicos, nos viene siendo posible implementar exitosamente programas y proyectos que permiten incrementar la capacidad institucional de la variedad de agencias dedicadas al combate al lavado de dinero en la región, así como fomentar la cooperación entre ellas, con el fin de evitar que se generen espacios vulnerables y éstos sean copados por el crimen organizado.

En este contexto, la presente quinta edición del libro “Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, constituye una valiosa herramienta no solo para los operadores de justicia involucrados en investigación y condena del lavado de activos, sino también para todos aquellos que desean ampliar su conocimiento sobre los temas que tratan los prestigiosos autores de la obra, los cuales revisten especial relevancia en las nuevas rondas de evaluaciones mutuas llevadas a cabo por organismos estilo GAFI que enfatizan la “eficacia” en la implementación de las 40 Recomendaciones.

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

En esta quinta edición, se presenta una versión actualizada en base a los más recientes estudios, debates y jurisprudencia recogidos por los célebres autores ya mencionados, sumándosele el capítulo en el que el distinguido Magistrado de la Corte Suprema de la República del Perú y profesor, el doctor Víctor Prado Saldarriaga, nos presenta el fenómeno del lavado de activos en países emergentes, con especial mención a los delitos periféricos y especiales. Por su lado, el capítulo del Dr. Gilmar Santander, renombrado Fiscal contra el lavado de activos y para la extinción de dominio de Colombia, trata de manera ejemplar la emancipación que se ha dado del decomiso en relación al proceso penal, con el fin de incrementar la eficacia de este instituto jurídico sin sacrificar las garantías mínimas de los derechos de contradicción, oposición y defensa.

Además, la presente quinta edición se destaca por reflejar la constante evolución que se viene dando en el combate al lavado de activos desde el sistema judicial desde la primera edición de la obra, publicada en el 2003, primordialmente en lo que se refiere a los nuevos estándares que constituyen la lucha contra el lavado de activos en el ámbito internacional, así como los avances en relación al debate jurisprudencial que se refleja en varias sentencias que son citadas en la obra y han sido de suma relevancia para la región.

Estamos seguros de que esta obra constituye una valiosa aportación al debate jurídico actual sobre la materia, así como supone un útil recurso para el estudio del tema y para la aplicación de justicia en los estrados judiciales que día a día se esmeran para desarticular a las organizaciones delictuales transnacionales.

Asimismo, aprovecho la oportunidad para agradecer a los autores de esta obra por permitirnos seguir apoyando a los Estados miembros a enfrentar un fenómeno que a todos nos afecta y preocupa, así como incentivar la reflexión sobre los avances que hemos conseguido en los últimos años y sopesar los graves desafíos que aún tenemos pendientes para enfrentar de forma eficiente el lavado de activos y sus delitos conexos en ámbito hemisférico.

Washington, Septiembre de 2018

Farah Urrutia

Secretaria de Seguridad Multidimensional

CAPÍTULO

I

Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta

Eduardo Fabián Caparrós

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

Subíndice

I. Introducción	15
A. Evolución de las iniciativas supranacionales	15
1. La Convención de Viena de 1988	15
2. Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas	17
3. Iniciativas del Consejo de Europa	20
4. Actuaciones de la Unión Europea	22
5. Grupo EGMONT de Unidades de Inteligencia Financiera	26
6. El reglamento modelo CICAD/OEA	27
7. La Convención de Palermo de 2000	30
8. La Convención de Mérida de 2003	31
B. Iniciativas relacionadas con la financiación del terrorismo	32
1. Algunas consideraciones críticas	32
2. Breve referencia a las iniciativas más importantes	33
a. El convenio sobre la financiación del terrorismo de 1999	33
b. Actuaciones del GAFI	34
c. La Convención Interamericana contra el terrorismo de 2002	34
d. El Convenio de Varsovia de 2005	34
II. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado	36
A. Introducción	36
B. Blanqueo de capitales y principio de lesividad	37
1. El delito de blanqueo como figura accesoria	37
2. La autonomía del delito de blanqueo	38
3. Síntesis	44
a. Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales	44
b. ¿Bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?	45
c. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socio-económica	47
d. Penalización del blanqueo y principio de ultima ratio. La eficacia de otros medios de control sobre este ámbito	49
e. A modo de conclusión	54
C. Blanqueo y relaciones entre los estados. El lavado de activos en el marco global	55
III. Fenomenología del lavado de dinero	56
A. Concepto de blanqueo	56

1. Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos	56
a. Introducción	56
b. El blanqueo es un proceso	56
c. Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucia”	59
d. No sólo el dinero es objeto de blanqueo	63
e. El blanqueo ha de serlo de “capitales”	64
f. El delito como medio de obtención de riqueza: blanqueo y crimen organizado	65
2. Definición de blanqueo de capitales	68
B. Fenomenología del blanqueo: la utilidad de su estudio	69
1. El blanqueo como proceso	69
2. La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo	70
C. Fases del proceso de blanqueo	71
1. Fase de colocación u ocultación: la reducción del dinero al contado	71
a. Planteamiento general del problema	71
b. Depósitos bancarios	74
c. Instrumentación de títulos valores	74
d. Operaciones de ingeniería financiera	76
e. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas	76
f. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”	77
g. Operaciones de préstamo de dinero al contado	78
h. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas	79
2. Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto	81
a. Consideraciones preliminares	81
b. Uso del sistema financiero.	82
El papel de otras instituciones formales y no formales	
c. Adquisición efectiva de bienes	83
d. Instrumentación de transacciones ficticias	84
e. Préstamos de dinero	85
f. Instrumentación de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas	86
3. Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos	88
a. Introducción	88
b. Factores que favorecen la integración	89
c. Algunos ejemplos concretos	90

I. Introducción

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

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

A. Evolución de las iniciativas supranacionales

1. La Convención de Viena de 1988

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas

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

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

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

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

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

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

A continuación, el amplio cuarto apartado retorna al criterio de la prevención, incidiendo sobre los límites del secreto en el marco de las instituciones financieras (9.ª recomendación) y la consolidación y actualización de medidas tendentes a regular la actuación de los sujetos obligados sobre cuestiones tales como la debida diligencia y la conservación de registros (10.ª y 11.ª), las medidas adicionales para clientes y actividades específicas, incluyendo el tratamiento de las personas expuestas políticamente (12.ª a 16.ª), el control de operaciones realizadas en el marco de estructuras financieras internacionales (17.ª a 19.ª), el reporte de operaciones sospechosas (20.ª y 21.ª) o la supervisión de actividades no financieras que, debido a su significación, merezcan tal tratamiento (22.ª y 23.ª).

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

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

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

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

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

El citado esfuerzo de renovación del GAFI también se traduce en la observación fenomenológica del blanqueo, importante para identificar la vertiente práctica del problema y así determinar si las medidas normativas adoptadas son suficientes para hacer frente a una realidad cambiante.

Periódicamente, el GAFI publica un *Informe* en el que describe las nuevas formas bajo las que se manifiesta el lavado de activos.

Así mismo, y a partir de las referidas evaluaciones, el GAFI actualiza una lista de países que revelan carencias en sus sistemas de prevención y represión del lavado de activos. A tenor de los datos contenidos en el comunicado publicado el pasado 22 de febrero de 2013, el último que se ha publicado antes de cerrar el presente trabajo, la denominada “lista roja” —a la que pertenecen los Estados respecto de los cuales el GAFI reclama a sus miembros la necesidad de adoptar contramedidas para proteger sus respectivos sistemas financieros del riesgo de lavado y financiación del terrorismo— está integrada por Irán y la República Popular de Corea; en su “lista negra” —países con deficiencias que no han adoptado suficientes medidas para solucionarlas o que no se han comprometido a tal fin, respecto de los cuales advierte la necesidad de considerar los riesgos de lavado— se encuentran Ecuador, Etiopía, Indonesia, Kenia, Myanmar, Pakistán, Santo Tomé y Príncipe, Siria, Tanzania, Turquía, Vietnam y Yemen; finalmente, la “lista gris” —países que revelan deficiencias, pero que se han comprometido ante el GAFI a elaborar un plan de acción para superarlas— están Afganistán, Albania, Angola, Argentina, Bangladesh, Camboya, Cuba, Kuwait, Kirguistán, Marruecos, Mongolia, Namibia, Laos, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Sudán, Tayikistán y Zimbabwe, Estados a los que se suman Antigua y Barbuda y Argelia —situados en una denominada “lista gris oscura” — en la medida en que están advertidos de pasar a la “lista negra” si no actualizan suficientemente sus sistemas.

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

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

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

- Grupo Asia / Pacífico (*Asia / Pacific Group on Money Laundering – APG-GAP*).
- Grupo de Acción Financiera del Caribe (*Caribbean Financial Action Task Force – GAFIC-CFATF*).
- Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales (*Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures - MONEYVAL*).

- Grupo Ant blanqueo de África del Sur y del Este (*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group – ESAAMLG-GABAOA*).
- Grupo de Acción Financiera de América del Sur (*Financial Action Task Force on Money Laundering in South America - GAFISUD*).
- Grupo Euroasiático (*Eurasian Group - EAG*), fundado en Moscú en octubre de 2004.
- Grupo de Acción Financiera de Oriente Medio y África del Norte (*Middle East and North Africa Financial Action Task Force – MENAFATF-GAFIMOAN*), fundado en Bahrein en noviembre de 2004.
- Grupo Intergubernamental de Acción contra el Blanqueo de Capitales en África Occidental (*Inter Governmental Action Group against Money Laundering in West Africa – GIABA*).

Todos estos grupos han asumido como propias las *Cuarenta Recomendaciones*, complementándolas en ocasiones con normas propias referidas a las peculiaridades de la zona de que se trate, tal y como ocurre con las *Diecinueve Recomendaciones* del GAFIC, que reúne a la mayoría de los Estados centroamericanos —excepto Costa Rica y Panamá—, Venezuela y los países caribeños.

3. Iniciativas del Consejo de Europa

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

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

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

La referencia que se acaba de hacer al *Convenio* de 1990 tal vez pudiera parecer innecesariamente extensa, de no ser porque este instrumento constituye un significativo cambio de orientación en la política criminal internacional sobre blanqueo de capitales. Si se atiende a su génesis, comprobaremos que en los antecedentes del texto aprobado en Estrasburgo se pretendió inicialmente reforzar la represión del tráfico de drogas, penalizando el lavado en tanto que herramienta de ese mercado ilícito. Sin embargo, su tramitación en el marco del Consejo de Europa hizo de él un cuerpo normativo autónomo —el primero en todo el mundo de carácter

jurídicamente vinculante—, destinado a afrontar una realidad que, aunque pueda correr paralela en el plano criminológico, alberga un contenido material radicalmente distinto al narcotráfico, así como a cualquier otra de las muchas manifestaciones delictivas que existen en nuestra sociedad y se caracterizan por estar dotadas de una elevadísima rentabilidad económica.

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

Ahora bien, a diferencia de los tratados que la precedieron, el *Convenio de Estrasburgo* de 1990 quiso eludir el calificativo “europeo” que daba testimonio del origen institucional de sus predecesores a fin de dar acceso a los países “no europeos”, ajenos a la Organización: Australia, Canadá y EE.UU. En general, el art. 37 del Convenio prevé la posibilidad de que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, luego de celebrar consultas con las partes del *Convenio*, invite a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo. En suma, lo que se pretendió fue aglutinar en torno a un mismo acuerdo el máximo número de voluntades, elemento esencial en el marco de la lucha contra unas actividades que, por esencia, desconocen fronteras. A fecha de hoy, ya lo han ratificado o se han adherido a él los 47 Estados de la Organización, a los que hay que añadir a Australia, estando abiertos los procesos de incorporación de Canadá, Colombia, Kazajstán y EE.UU.

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

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

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

En fechas mucho más recientes, y al hilo de una bien conocida preocupación extendida por todo el planeta, el Consejo de Europa ha aprobado un segundo tratado internacional relativo al lavado de activos y a la identificación de las estructuras económicas relacionadas con las actividades

criminales. Se trata del *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, más conocido como *Convenio de Varsovia*, adoptado el 16 de mayo de 2005.

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

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

La Resolución CM/Res(2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 13 de octubre de 2010 el Estatuto del MONEYVAL, otorgando a este organismo la condición de mecanismo independiente de supervisión en el marco de esta Organización Internacional. Con ello, y desde el 1 de enero 2011, el MONEYVAL rinde cuentas de su gestión ante el citado Comité de Ministros, sin intermediarios.

4. Actuaciones de la Unión Europea

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

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

Desde el punto de vista sustantivo, la *Primera Directiva* no representó ninguna “innovación revolucionaria” en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales, tal y como ésta se había venido configurando en la escena internacional y, en especial, en la *Convención de Viena* de 1988. Sin embargo, la parte dispositiva de este cuerpo normativo fue precedida de un extenso Preámbulo

en el que se recogen de forma detallada las razones que aconsejan la adopción de medidas de control del blanqueo en el territorio de lo que hoy es la Unión Europea, orientadas a la tutela del sistema financiero. En él se advierte que el uso de las entidades de intermediación financiera para el lavado de activos “puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la institución como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público”, señalando algunos párrafos más adelante la necesidad de que los Estados extiendan total o parcialmente la eficacia de las normas destinadas a tales entidades o instituciones “a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales”. Coherentemente, la Directiva se distancia en este campo de la política antidroga emprendida por la *Convención de Viena*, afirmando que “el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas”.

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

A pesar de todo, el Consejo no quiso renunciar totalmente a expresar su voluntad original de extender la criminalización del lavado de rentas procedentes de actividades delictivas por todo el territorio comunitario. Por una parte, el preámbulo de la *Directiva* afirma sin lugar a ambigüedades que “el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”.

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

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

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

De otro, impuso la obligación de aprobar una legislación interna de marcado carácter administrativo en la que se recoja una relación de normas orientadas a evitar, restringir o vigilar

ciertas actividades o situaciones —uso excesivo de moneda en efectivo, transferencia o depósito de grandes cantidades de dinero, identificación insuficiente del cliente por parte de las entidades de crédito, etc.— susceptibles de ser utilizadas para lavar capitales.

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

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

Recordemos que la Unión Europea, como organización regional orientada a la integración política de sus miembros en torno a un futuro Estado confederal, ha venido careciendo de atribuciones penales. Con todo, la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* de 2007 ha supuesto la desaparición del antiguo régimen de pilares comunitarios que ubicaba las materias penales en el, a veces, inconsistente contexto de la cooperación intergubernamental propia del tercer pilar —justicia y asuntos de interior—, “comunitarizándolas” y situándolas en pie de igualdad con el resto de competencias, en el marco del procedimiento ordinario de codecisión entre órganos de la Unión.

En consecuencia, la Unión Europea ahora sí está en condiciones de imponer a los Estados la obligación de tipificar conductas, imponiendo a los Estados la necesidad de modificar sus leyes penales nacionales.

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

La *Tercera Directiva* sobre blanqueo de capitales —cuya aprobación ya fue anunciada en la propia Directiva 2001/97/CE— se mantiene distante del ámbito represivo para ahondar sobre la finalidad preventiva perseguida por las normas que la precedieron. También se limita en su art. 1.1 a exigir que el blanqueo quede prohibido, sin especificar la naturaleza de tal prohibición, aunque también —como ya hizo en su día la Directiva 91/308/CEE— establece en el apartado 1 de su preámbulo.

Más allá de estas consideraciones, la mayor parte de su articulado se dedica a establecer las obligaciones de colaboración a las que quedan sujetos los profesionales de un amplio abanico de áreas de actividad económica —operadores financieros, auditores, contables, abogados, notarios, agentes de la propiedad inmobiliaria, casinos, etc.—, referidas a un creciente número de actividades, fijando asimismo el correspondiente régimen sancionatorio.

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

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

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

También en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión —hoy reformado conforme a las exigencias del Tratado de Niza, vigente desde 2003— también el Consejo aprobó el 26 de junio de 2001 la Decisión Marco 2001/500/JAI, de idéntica denominación e inspiración a la Acción Común 98/699/JAI. Esta nueva norma impone a los Miembros de la Unión la obligación de acatar los mandatos del Convenio de Estrasburgo de 1990, prohibiendo que formulen reservas al mismo respecto de los casos de blanqueo en los que el delito precedente lleve aparejada una medida privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados cuyo sistema jurídico imponga un umbral mínimo para los delitos —como es el caso español—, aquellos que lleven aparejada una medida privativa de libertad mínima superior a seis meses. Así mismo, la Decisión Marco exige a los Estados que la pena de prisión mínima para los blanqueadores sea de una duración máxima que no sea menor a cuatro años.

En cuanto al decomiso de bienes, la Decisión Marco 2001/500/JAI establece la necesidad de implementar la técnica del comiso equivalente para aquellos casos en los que no sea posible la

incautación directa de las ganancias —esencialmente, en aquellos casos en los que puedan resultar perjudicados terceros de buena fe—, aceptando excepciones en aquellos casos en los que el citado valor no exceda de 4.000 euros. Conviene advertir que esta medida —contemplada ya respecto del tráfico de drogas en la *Convención de Viena* de 1988— ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español *ex Ley Orgánica* 15/2003.

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

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

5. Grupo EGMONT de Unidades de Inteligencia Financiera

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

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

o a cualesquiera otros bienes respecto de los cuales lo exija la correspondiente normativa nacional, con objeto de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

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

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

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

6. El reglamento modelo CICAD/OEA

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

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

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

Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el *Reglamento Modelo* por la comisión de expertos se inspiraron sobre

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

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

- Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena, pero ampliando su ámbito a toda clase de delitos graves, definidos en los términos que se acaba de indicar (art. 2.1). Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o forma de imperfecta ejecución (art. 3.2), y que se persiga con independencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art. 4). De hecho, la definición del lavado de activos contenida en el *Reglamento Modelo* (arts. 2.1, 2.2 y 2.3) evita —al menos, en su versión en español—, como viene haciendo Naciones Unidas desde la *Convención de Palermo*, el uso de derivados de la palabra “encubrimiento”, tratando con ello de distanciarse del concepto jurídico homónimo, optando por el uso de términos próximos a las palabras “ocultar” y “disimular”. En idéntico sentido, prevé la simultánea penalización, respecto de la misma persona, por el lavado y por el delito del que procedan los bienes a legitimar (art. 2.7), no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto de la actividad delictiva grave previa (art. 2.8).
- Prevé el castigo del blanqueo cometido por dolo directo, dolo eventual (“ignorancia intencional”) e imprudencia (“debiendo saber”) (art. 2.1).
- Se ha ahondado en la preocupación por la financiación del terrorismo como delito fenomenológicamente próximo al blanqueo, dedicando un nuevo precepto a su definición (art. 3), previendo procedimientos especiales respecto de los bienes ligados a esta infracción (art. 8), incorporando referencias explícitas en una serie de normas antes dedicadas exclusivamente al lavado de activos, etc.
- Decomiso del producto de los delitos previos que sean objeto de blanqueo o estén relacionados con la financiación del terrorismo (art. 9). Para garantizar su efectividad, prevé la aplicación de medidas cautelares reales y de administración (arts. 6 y 7). Así mismo, ante la posibilidad de que el comiso perjudique los derechos de terceros de buena fe —y siempre evitando la inversión de la carga de la prueba—, establece una serie de medidas (art. 10) que se ven complementadas con la previsión de aplicar el comiso de bienes de valor equivalente o la aplicación de multas por idéntica cuantía (art. 9.3). Finalmente, establece ciertas normas sobre el destino de los bienes decomisados, previendo primero reglas de reparto entre las jurisdicciones participantes en la operación, y luego fijando la necesidad de constituir fondos orientados a la lucha contra los delitos de los que proceden y a restablecer los daños causados por los mismos (arts. 11 y 12).

- Creación de Unidades de Inteligencia Financiera en cada Estado, siguiendo para ello los criterios establecidos por el *Grupo Egmont* (art. 13 y anexo I).
- Establecimiento de una amplia serie de medidas administrativas de orden preventivo, coherentes con lo establecido años antes por el GAFI o la Unión Europea, incidiendo con especial intensidad sobre el sistema financiero (arts. 14 a 21), aunque sin descuidar la intervención de otros operadores susceptibles de actuar de forma decisiva en el lavado de activos (seguros, casinos, notarios, etc.), entre los que, sin embargo, no ha llegado a incluir expresamente a los abogados (art. 22). No sólo se prevé el establecimiento de controles reglados, sino que también se impone la necesidad de que los obligados comuniquen a las autoridades la realización de operaciones sospechosas (art. 19), aunque se ajusten formalmente a las normas.
- Relativización del secreto bancario (art. 27).
- Fortalecimiento de la cooperación internacional en el esclarecimiento y persecución más eficaz de este tipo de conductas (art. 25), así como en el cumplimiento de fallos dictados por las autoridades judiciales extranjeras (art. 26).

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

Más tarde, en 1998, la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en Santiago de Chile, creó el llamado Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM), procedimiento conforme al cual todos los países americanos efectúan desde 1999 una evaluación de sí mismos, tanto de sus logros como de sus necesidades en torno al problema de las drogas y a la propia evaluación, que es analizada por el Grupo de Expertos Gubernamentales, entre los cuales no hay ningún miembro del país evaluado.

Todos los países de la OEA evalúan y todos son evaluados. La evaluación se realiza con el objetivo de fortalecer en forma directa la confianza mutua, el diálogo y la cooperación hemisférica para hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del problema de las drogas, incluyendo entre ellos la estrecha vigilancia del problema del lavado de activos, inicialmente vinculado al narcotráfico.

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

7. La Convención de Palermo de 2000

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

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

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

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

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

- Se encomienda a los Estados con objeto de que éstos amplíen la tipificación del blanqueo a gama más amplia de delitos previos (art. 6.2, inciso a)).
- Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre la que se ha trabajado a lo largo de los años 90 en el sentido de implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer Unidades de Inteligencia Financiera (art. 7).

- Insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, aproximándose al principio de que *societas delinquere potest*, si bien otorgando a los Estados la posibilidad de que esa responsabilidad sea penal, civilo administrativa (art. 10), con objeto de evitar roces innecesarios con los principios de Derecho interno.
- Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada de delito previo (art. 12).
- Finalmente, un importante número de preceptos (arts. 13 y ss.) establecen una suerte de Código que trata de recopilar ordenadamente las iniciativas nacionales e internacionales adoptadas a lo largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional.

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

8. La Convención de Mérida de 2003

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

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

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

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

- Siguiendo una redacción cuyo origen es fácil de encontrar en la Convención de Viena de 1988, impone la obligación de tipificar penalmente la comisión de actos de blanqueo, si bien advirtiendo que cada Estado ha de velar para que el cuadro de delitos previos sea lo más amplio posible, trascendiendo con ello mucho más del estrecho ámbito del narcotráfico (art. 23).
- Merece destacarse el esfuerzo implícito por otorgar autonomía conceptual al lavado de activos respecto del delito previo. Así, se prevé expresamente la tipificación separada del encubrimiento de cualquier delito previsto en la Convención (art. 24), la penalización del blanqueo con independencia del lugar donde se cometa el delito previo (art. 23.2.c), la prioridad de castigar al blanqueador con independencia de su responsabilidad por el delito previo (art. 23.1.a).ii, en igual sentido a lo previsto en el art. 6.º de la Convención de Palermo, y art. 23.2.e), etc.
- Por otra parte, merece destacarse la extraordinaria novedad que supuso la incorporación de un Capítulo V dedicado específicamente a la recuperación de activos derivados de los delitos tipificados en la *Convención* (arts. 51 a 59), regulación que establece las bases para reformar las legislaciones nacionales con objeto de facilitar la cooperación internacional en la restitución de fondos a los países de los que fueron detraídos.

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

B. Iniciativas relacionadas con la financiación del terrorismo

1. Algunas consideraciones críticas

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Breve referencia a las iniciativas más importantes

a. El convenio sobre la financiación del terrorismo de 1999

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

Hasta este momento forman parte del Convenio 182 Estados, entrando en vigor el 10 de abril de 2002. Merece destacarse el espectacular incremento de ratificaciones y adhesiones producidas

a lo largo de los últimos tiempos, muy especialmente tras los acontecimientos ocurridos tras el 11 de septiembre de 2001, dado que ésta fue una iniciativa que durante sus primeros años sólo obtuvo una tibia acogida. Actualmente, es un instrumento para el que los Estados que no son Parte constituyen la excepción.

b. Actuaciones del GAFI

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

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

El GAFI ha intensificado su cooperación con Naciones Unidas, el *Grupo Egmont*, las instituciones financieras internacionales (FMI, BM, etc.) para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo. Así, tanto en sus informes sobre tipologías como en el seguimiento de Estados cuyos sistemas revelan deficiencias en estas materias se puede observar hasta qué punto la Organización demuestra su especial interés por el fenómeno terrorista. Podría decirse que, en general, el GAFI ha unido indisolublemente el combate al lavado de activos y a la financiación del terrorismo bajo una única rúbrica.

c. La Convención Interamericana contra el terrorismo de 2002

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

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

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

d. El Convenio de Varsovia de 2005

Para concluir este comentario sobre los instrumentos internacionales relacionados con la financiación del terrorismo ligados a la investigación del lavado de activos, baste una breve

referencia al reciente *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

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

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

II. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado

A. Introducción

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

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

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

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

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

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

B. Blanqueo de capitales y principio de lesividad

1. El delito de blanqueo como figura accesoria

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

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

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

Así las cosas, el contenido material de esta figura quedó condicionado por el deseo del legislador de cerrar aún más el círculo punitivo en torno a la extorsión, el robo o las detenciones ilegales mediante el castigo de ciertos actos de colaboración realizados por personas distintas a los propios autores. O lo que viene a ser lo mismo: el castigo de la hipótesis de blanqueo descrita en el citado precepto se creó con la finalidad de reforzar la protección del bien jurídico previamente vulnerado con motivo de la perpetración del ilícito económicamente productivo, creando una suerte de “cordón sanitario” mediante la tipificación de una serie de conductas post-delictivas subsumibles bajo una categoría de clara raigambre criminológica como es el agotamiento. Así, el legislador italiano introdujo el artículo 648 bis desde el convencimiento de que reducir al potencial delincuente las opciones de lograr el disfrute pacífico y efectivo de unas eventuales rentas ilícitas tal vez pudiera hacerle desistir de su propósito, aminorándose con ello el peligro de que se lesionara el bien jurídico tutelado por

las infracciones previas allí mencionadas. Dicho en otros términos más claros, la criminalización iría destinada a crear en la mente del traficante la idea de que la actividad que desarrolla no compensa, no merece la pena.

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

2. La autonomía del delito de blanqueo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los perjuicios de índole socio-económica que genera la normalización de capitales no son, en modo alguno, una mera invención de quienes pretenden dar con una buena excusa para penalizarlo, sino una realidad tangible que puede llegar a condicionar de manera determinante el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado. Por lo tanto, las operaciones de blanqueo no pueden ser contempladas tan solo desde un punto de vista meramente ético —recordemos que muchas de ellas son efectuadas por economistas, empresarios o juristas que ponen su experiencia al servicio de quienes realizan conductas antisociales—, como una muestra de una auténtica cultura de la corrupción. Muy al contrario, nos encontramos ante una situación que es preciso regular a través de una adecuada ordenación jurídica que responda con eficacia a los efectos perniciosos, objetivamente perceptibles, que tales conductas provocan sobre la comunidad social.

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

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

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

Con todo, el ordenamiento no puede censurar esas irregularidades en sí mismas. Ciertamente, cada técnica, institución jurídica o procedimiento puesto a disposición de los sujetos que actúan en el

mercado responde en su origen a una concreta necesidad que debe ser resuelta. A pesar de ello, la historia nos muestra que el cambio social incide en ocasiones sobre esos procedimientos, técnicas o instituciones, convirtiéndolos a veces en medios idóneos para solucionar nuevas exigencias merecedoras de tutela jurídica.

Como es obvio, una evolución en tal sentido —aún representando una desviación respecto del fin primario— no debe ser reprimida por el Derecho, sino, en todo caso, atendida y canalizada.

Hay ocasiones, empero, en las que esa mutación no integra —valga el símil— una evolución positiva de la especie, sino una degradación de la misma. Este parece ser el caso que ahora nos ocupa, dado que los recicladores de capitales ilegales, lejos de colaborar en el progreso del sistema económico, atentan contra el mismo a través del uso anormal que hacen de los instrumentos al servicio de las relaciones de mercado.

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

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

De otra parte, los sujetos y las corporaciones que actúan en el marco de la intermediación financiera, así como en el campo más amplio de la intervención de operaciones económicas —notarios, registradores, agentes de cambio y bolsa, sociedades inmobiliarias, etc.—, no sólo administran dinero o valores ajenos, sino que además gestionan un auténtico torrente de información procedente de quienes contactan con ellos en el tráfico ordinario. Tales datos pertenecen en infinidad de ocasiones al ámbito de la vida privada de los clientes, con todo lo que ello comporta en orden a la garantía efectiva del derecho a la intimidad personal que todo ciudadano tiene; pero en otras —y con ello nos aproximamos al campo de la denominada “información privilegiada”— se hallan vinculados a la ejecución de operaciones económicas cuya reserva frente a terceros puede ser determinante respecto del buen fin de las mismas, cuando no es para el propio interés general. Por todo ello, la eventual conexión —ya sea consciente o inconsciente— entre la gran criminalidad y quienes participan como profesionales en el ámbito de las relaciones económicas lícitas —sobre todo, en el mundo de la oferta, la demanda y la intermediación de dinero: bancos, cajas de ahorro, gestoras de fondos de inversión y de pensiones, entidades emisoras de tarjetas de crédito, aseguradoras, etc.— genera un clima de incertidumbre y de desconfianza entre el público que

puede llegar a afectar gravemente a la estabilidad que requiere el mercado de capitales para su adecuado funcionamiento, llegando a someterlo al descrédito internacional, tal como ocurrió hace años con el caso del *Bank of Credit & Commerce Internacional* o como actualmente ocurre —en relación con la trama financiera del entorno del General Pinochet— respecto del *Riggs Bank*. La incorporación del dinero “sucio” contamina el sistema económico de los países en desarrollo, a la vez que constituye un grave riesgo para la comunidad internacional en su conjunto”.

Ahora bien, si tuviéramos que determinar cuál es el efecto más nocivo que causan los procesos de reciclaje sobre el orden socio-económico, habría que referirse a los enormes perjuicios que, ya en la fase de integración, pueden ocasionar sobre el régimen de libre competencia; lesividad que, bajo la forma de riesgo —al menos, potencial—, ya se venía verificando a lo largo de las fases anteriores. Como ya se ha señalado más arriba, excluidos del concepto de blanqueo los actos de mero consumo —esto es, la adquisición de bienes o servicios guiada a la satisfacción de necesidades corrientes, ya sean propias o ajenas—, la masa patrimonial ilícita que permanezca ociosa debe ser regularizada a través de su aproximación al ámbito de la empresa legal. Así pues, aquellos productores que actúen dentro del tráfico honesto, siempre sometidos a las exigencias derivadas de la oferta y la demanda, se ven obligados a concurrir con otros agentes que pueden permitirse el lujo de actuar en el mercado al margen de toda clase de racionalidad económica, atentando gravemente con ello contra la autonomía, las actividades y los intereses de las empresas regulares.

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

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

En definitiva, quienes desembarcan en el ámbito legal con una disponibilidad prácticamente ilimitada de fondos están en condiciones de actuar en él con la libertad más absoluta, asumiendo riesgos empresariales que bajo ningún concepto estarían en condiciones de afrontar el resto de los competidores. Sin duda, nos encontramos ante unos agentes económicos a los que los tipos de interés —un elemento tan importante para la economía de una nación— les son indiferentes. Ello no impide, sin embargo, que el precio del dinero o de las divisas pueda verse alterado sustancialmente

como consecuencia de la integración del dinero sucio, perjudicando gravemente con ello las expectativas de quienes actúan conforme a las correctas reglas del mercado. En otras palabras, se crea una perturbación del equilibrio del mercado, pero de forma artificial, deformando al alza o a la baja, la oferta, la demanda o los precios de bienes y servicios. Cierto es que en aquellas economías sobre las que el Estado ejerce una poderosa regulación esas perturbaciones se manifiestan como consecuencia de la actuación de las instituciones, pero las mismas son consecuencia de una política económica dada que, por lo tanto, es predecible y, además, se realiza desde el plano de la legalidad, cosa que no ocurre con el lavado. Esta alteración del equilibrio del mercado conlleva un efecto perjudicial que es devastador a nivel microeconómico, ya que hace materialmente imposible, dentro de la legalidad, competir contra sociedades mercantiles que laven dinero, lo que tiene como consecuencia que las organizaciones delictivas añadan o supriman, dentro del sector privado, cualquier negocio que se dedique a alguna actividad similar a la del blanqueador.

Así las cosas, la inversión de tales rendimientos ilegales proporciona a sus detentadores la potestad de apropiarse progresivamente del mercado de que se trate, extendiendo su presencia en él como si fuera una mancha de aceite. En tales condiciones, los productores que desarrollan sus actividades de buena fe ven gravemente afectada su posición frente a la clientela, resultando marginados y —en última instancia— expulsados del tráfico legal, área en la que la empresa ilícita tiende a constituirse en monopolio. Como alternativa, tales productores pueden optar por adaptarse a los métodos de competencia ilícita seguidos por las empresas alimentadas con capitales sucios, produciendo los efectos de espiral y de reacción en cadena descritos profusamente por la doctrina alemana. En este sentido cualquier sistema de mercado —dirigido o libre— no puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema.

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

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

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

3. Síntesis

a. Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales

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

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

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

Sin lugar a dudas, la mayoría de los reparos planteados a la penalización proceden de aquellos que, afirmando la accesoriedad de los actos de blanqueo respecto de los delitos previos económicamente productivos —en especial, del tráfico de drogas—, se cuestionan si es político-criminalmente correcto proteger bienes jurídicos mediante el castigo de nuevas modalidades de auxilio a los autores de tales delitos. A pesar de todo, con este género de posturas críticas, nada raras entre la doctrina, no nos encontramos con un rechazo frontal y absoluto a la posible relevancia jurídico-penal del reciclaje de fondos, sino ante el resultado de una ponderación de intereses susceptibles de tutela jurídica, a partir de la cual la tipificación del blanqueo resultaría discutible o inoportuna, desde el momento en que podría generar más perjuicios —aumento en el control de

las operaciones financieras con la consiguiente disminución de la autonomía de las partes, posible quebranto del derecho a la intimidad personal y a la privacidad de las transacciones económicas, aplicación de sanciones, etc.— que ventajas a una ciudadanía cuya esfera de libertades se ve cada día más acotada.

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

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

Con las tesis expuestas se comparte el deseo de colaborar en la construcción de un Derecho penal cimentado sobre el clásico principio liberal de mínima intervención. Sin embargo, tales pronunciamientos, críticos en mayor o menor medida con la criminalización del blanqueo, adolecen —siempre a nuestro juicio— de un sustrato lo suficientemente sólido, dado que no consideran todos los aspectos que inciden sobre esta realidad tan compleja. Esperamos poder demostrarlo a lo largo de las líneas que siguen a continuación.

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

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

Desde luego, el argumento puede potenciarse si nos hallamos ante casos de delincuencia organizada, en los que la legalización de capitales se convierte en elemento integrante del ciclo productivo, propiciando la permanencia de las actividades criminales al conseguir que las vías financieras internas al grupo se mantengan despejadas. Así las cosas, el refuerzo que ofrecería la penalización de este género de conductas a la tutela del bien jurídico vulnerado por el delito previo

sería una medida de orden táctico, no estratégico, toda vez que iría dirigida fundamentalmente a neutralizar la operatividad del tráfico ilícito, más que a castigar actos de tráfico en el sentido más estricto del término.

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

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

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

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

que tales razones sólo aspiran a disfrazar el desarrollo de un instrumento represivo, en cuyas manos el concepto de bien jurídico pierde su función limitadora del poder del Estado para pasar a ser una mera ficción que lo justifica todo.

c. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socio-económica

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

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

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

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

Complementariamente, si el Constituyente de 1978 optó por tutelar de manera activa el mercado mediante la defensa de la libre iniciativa empresarial —esto es, desde el lado de la oferta—, no es menos cierto que también plasmó su voluntad por salvaguardar la posición de los demandantes de bienes y de servicios. Fruto de ello fue la inclusión del artículo 51 dentro del catálogo de principios rectores de la política social y económica —Capítulo tercero de ese mismo Título I—, precepto en

el que los poderes públicos garantizan “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Planteada en tales términos la regulación iusfundamental del mercado —ejemplificada con el caso español, pero perfectamente predicable de tantos y tantos textos constitucionales vigentes en el continente americano—, cobran relieve palabras como las de BASSOLS COMA, para quien la Constitución económica es “la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de *protagonista del desarrollo de la vida económica*”. Y es que, vigente la cláusula social reconocida en el artículo 1.1 de la Constitución española, los poderes públicos deben abandonar su tradicional abstencionismo e intervenir en el juego de relaciones intracomunitarias con el fin último de superar las desigualdades hacia las cuales conduce el liberalismo a ultranza.

En el marco de esta economía social de mercado, el Estado no sólo está obligado a *permitir* que el ciudadano se convierta en empresario y ofrezca al público sus productos, o que el consumidor opte por aquello que más le interese de cuanto se le presente; también debe *intervenir* para que pervivan los fundamentos del orden económico constitucional, promoviendo activamente las circunstancias que hagan posible el acceso del productor al mercado en igualdad de condiciones respecto del resto de los competidores, o que el consumidor no se vea desprotegido frente al abuso de los poderosos.

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

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

Y es que un mercado en el que se lavan y reinvierten capitales sucios se convierte poco a poco en un núcleo de relación dominado por unos pocos, en el que los operadores económicos pierden la confianza sobre la que se deben basar en todo caso las relaciones comerciales. Así las cosas, el consumidor —aquél cuyos intereses anuncia su amparo la Constitución española mediante su artículo 51— puede ver cómo se reduce poco a poco su capacidad de elegir, bien porque los oferentes de bienes y servicios que precise no le inspiren credibilidad, o bien porque esa oferta se

realice por un número cada vez menor de sujetos. Por su parte, el empresario —aquél otro que trata de desarrollar su actividad dentro del marco económico previsto en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo— advierte también cómo su margen de actuación se reduce progresivamente hasta llegar a desaparecer, presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia.

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

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

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

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

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

Ciertamente, no faltan quienes creen que ésta sería la forma más correcta solucionar este conflicto, postura que es acogida con especial satisfacción desde aquellos sectores más relacionados con los aspectos prácticos del problema. Hace poco más de una década, el Director del Departamento Jurídico y Fiscal de la *Association belge des banques*, Jean PARDON, afirmaba con rotunda convicción

que “no tenemos que recibir lecciones de nadie, ni es preciso que un Ministro de Hacienda nos anuncie que va a promulgar una ley que obligue a los banqueros a conocer la identidad de sus clientes”.

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

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

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

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

Junto con el consentimiento y el objeto, la causa constituye un elemento esencial sin el cual los contratos carecen de validez; son nulos *ab radice*, de pleno Derecho. Siendo ilícita la causa de los negocios jurídicos realizados con el fin de blanquear una masa patrimonial, deberá aplicarse a ellos la ficción jurídica de la inexistencia a los ojos del Derecho y, con ello, su total carencia de efectos.

Que los negocios jurídicos realizados para lavar fondos ilícitos sean nulos tiene su importancia, pero no aporta ningún elemento de carácter disuasorio sobre las partes. Los contratantes pueden intentar su celebración y, de no prosperar —por recaer la sanción civil de su inexistencia—, volver a hacerlo hasta tener éxito.

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

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

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

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

Sin embargo, el papel desempeñado en este campo por el Derecho administrativo ha variado considerablemente a lo largo de los últimos tiempos. Planteada la ilicitud *per se* del blanqueo de capitales —ya sea como una forma de participación o de encubrimiento de un ilícito previo, ya sea como figura materialmente autónoma—, la obligación de cumplir con una serie de medidas a la hora de ejecutar determinadas operaciones económicas no constituye ya un intento por facilitar la averiguación de unos hechos ilícitos antes cometidos. Lo que ahora se pretende con ello es adelantar la barrera de protección del bien jurídico tutelado por la norma penal, anticipando la intervención de los poderes públicos ante determinadas situaciones de peligro abstracto mediante el control —*via* potestad sancionadora de la Administración— de aquellos actos que, aun no siendo necesariamente constitutivos de lavado, la experiencia nos demuestre que sean idóneos para la regularización de capitales ilegales. En consecuencia, no se sanciona el hecho de blanquear, sino la realización de conductas que, generalmente implican un riesgo de blanqueo, con independencia de que se efectúen o no con el fin de legitimar fondos, o de que, realmente, produzcan tal peligro.

Y si quien realiza tal conducta lo hace con objeto de blanquear, y esa intención es probada —qué decir de aquellos países en los que también se tipifica el delito de blanqueo imprudente, como es el caso de España—, deberá decaer la responsabilidad administrativa por efecto del principio *ne bis in idem*, trasladándose el tanto de culpa a los Tribunales penales.

Tras el empleo de esta técnica late el deseo del legislador por lograr un efecto realmente beneficioso, como es luchar contra el blanqueo mediante su prevención. Así, se trata de evitar el menoscabo efectivo de los intereses sociales en juego —aquéllos mismos que justifican la intervención del Derecho penal en este ámbito—, limitando la imposición de sanciones de índole criminal única y exclusivamente —auténtica *ultima ratio*— a aquellos sujetos que, después de superar esa hipotética barrera de protección anticipada, hacen que ese peligro abstracto al que antes nos referíamos se concrete o se actualice mediante la ejecución de actos de reciclado de fondos ilegales.

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

Ahora bien, como toda medicina —y no cabe duda que el Derecho debe serlo para la sociedad—, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios.

Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo.

Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos —tendente, en última instancia, a lograr el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela— coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes. Así pues, si importante es la prevención del blanqueo, también lo es que, en función de un desmedido interés por lograrla, no desemboquemos en un asfixiante sistema de vigilancia que arruine la operatividad del cuadro de instrumentos jurídicos y tecnológicos, desarrollados a lo largo de la Historia y puestos al servicio de la agilización de los intercambios.

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

Complementariamente, la preexistencia de una lista cerrada de conductas exigibles fija, a modo de un *cliché* fotográfico, el ámbito de lo no prohibido y, con ello, el margen más o menos amplio en cuyo seno los blanqueadores pueden actuar con plena libertad. En este sentido, a medida que ese catálogo de tipologías administrativas se perfile con mayor nitidez y profusión, mayor será el grado de certeza con el que se dibujen los límites de lo permitido, y mayor será también la posibilidad de que los sujetos obligados — sometidos al automatismo de cumplir con ese nutrido haz de reglas— relajen su atención y se sientan cada vez menos implicados en la lucha contra el blanqueo de dinero procedente de actividades ilegales.

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

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

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

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

Llegados a este punto, parece obligado recordar las palabras del Profesor BAJO FERNÁNDEZ, quien, haciéndose eco de la mejor doctrina alemana, afirma con razón que la subsidiariedad del Derecho penal frente al resto de medidas de lucha en el ámbito socio-económico encuentra sus límites, de

un lado, en los fracasos de las medidas preventivas extrapenales y, del otro, en que las medidas penales dañan menos la libertad del sistema económico que otras actividades de prevención. Sin duda, cualquiera podría pensar que estas consideraciones de carácter general se formularon en atención al problema que constituye el objeto del presente trabajo.

e. A modo de conclusión

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

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

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

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

Obviamente, así contribuiremos a acercar el Derecho a la comunidad ya sus problemas, haciendo recaer la sombra de la antijuricidad penal sobre unos actos que merecen una valoración profundamente negativa por parte de la generalidad del cuerpo social. Por ello, la opción penalizadora también servirá para situar a ciertos “héroes del papel salmón” —respetados, si no admirados por ciertos sectores que reconocen en ellos la más clara encarnación del éxito

profesional— en el lugar que verdaderamente les corresponde. Así pues, contemplada la cuestión desde el punto de vista de la prevención general, en la medida en que estos sujetos se esfuercen por aparentar una posición respetable, harán lo posible por no tener que soportar el infamante estigma de resultar sospechosos de blanqueo.

C. Blanqueo y relaciones entre los estados. El lavado de activos en el marco global

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

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

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

III. Fenomenología del lavado de dinero

A. Concepto de blanqueo

1. Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos

a. Introducción

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

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

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

b. El blanqueo es un proceso

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

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

A pesar de todo, no faltan autores que han desaconsejado el uso de tales expresiones en el campo del Derecho, aduciendo la inconveniencia de introducir en el léxico propio de este ámbito ciertos

términos que estiman pertenecientes a la jerga de la criminalidad económica, afirmando que la expresión “blanqueo de dinero” es más propia de la jerga periodística —si no del hampa— que de un Código penal. De hecho, merece la pena destacarse el hecho de que el término “blanqueo” no haya sido incorporado a la legislación penal española hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, aunque ya se empleara desde bastante tiempo antes en la —ya derogada— Ley 19/1993, de prevención de este fenómeno.

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

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

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

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

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

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

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

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

La observación pudiera parecer carente de importancia, pero creemos que debería ser tenida en cuenta a la hora de deducir criterios político-criminales con los que construir normas tendentes a hacer frente al fenómeno del lavado de capitales ilícitos. A modo de ejemplo, quizás convenga recordar el juicio negativo que han merecido por parte de la doctrina las reglas contenidas en los

ya citados artículos 648 *bis* y 648 *ter* del Código Penal italiano, de las que se ha llegado a decir que no se encuentra ninguna coherencia sistemática entre ellas, y su coordinación es tan confusa que el intérprete habrá de esforzarse mucho para saber en cada caso cuál ha de ser la norma aplicable.

Con todo, ello no impide que el criterio de la sucesión de fases sea muy útil en orden a la adecuada exposición fenomenológica del problema, revelando con claridad el progresivo avance que el blanqueo implica respecto del distanciamiento de unos bienes en relación con su origen ilícito. Por ello, se empleará este criterio en el próximo Capítulo para describir los procedimientos más usuales de lavado.

c. Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucía”

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

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

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

Nadie duda que la existencia de un importante sector de economía sumergida ayuda a sobrellevar la adversa situación de muchas de aquellas familias que sufren en primera persona las consecuencias del desempleo. Sin embargo, a medio y largo plazo los inconvenientes superan con creces a las ventajas.

Con independencia del considerable perjuicio inmediato que la empresa clandestina genera al Tesoro Público, el hecho de que la economía *real* de una determinada sociedad difiera sensiblemente de su economía *oficial* impide la puesta en práctica de una política económica coherente y eficaz por parte del Estado, toda vez que esa divergencia de datos genera un permanente sentimiento de duda respecto de las estadísticas oficiales en base a las cuales tal política ha de llevarse a cabo. Por otra parte, la irrupción en el mercado de este género de empresas suele venir acompañada de un buen número de transgresiones a ciertos logros irrenunciables alcanzados por el llamado “Estado del bienestar”, tales como los relativos a la Seguridad Social, la protección de la salud e integridad personal de los trabajadores o del medio ambiente, etc.

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

Ahora bien, no es preciso apelar al futuro ni al orden social y económico para descubrir cuáles son los efectos negativos que el sector informal y el dinero negro provocan sobre el individuo. En realidad, el sujeto liberado de la carga que supone contribuir al gasto público a través del pago de los diferentes impuestos también soporta inconvenientes considerables, muy especialmente cuando la riqueza obtenida a partir del desarrollo de tales actividades —o de cualesquiera otras realizadas al margen del control de las Haciendas Públicas— reviste cierta cuantía. Las desventajas que derivan de esa clandestinidad son innumerables, dado que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el Fisco, y, en consecuencia, tampoco para las partes, o en operaciones financieras ubicadas en el exterior del propio país, y en todo caso sin la posesión de los instrumentos precisos para someter a los intervinientes a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y, también en consecuencia, imposibilidad de exigir cumplimientos o de oponer facultades a través de los Tribunales de Justicia. En estas circunstancias, el dinero negro no puede ser utilizado en la actividad ordinaria de un número amplio de negocios para crear un patrimonio o una riqueza amparada por el Ordenamiento jurídico, los Registros de la Propiedad y Mercantil y custodiada por los Tribunales de Justicia, debiendo discurrir por el fango de la marginación, siendo pasto en muchas ocasiones de estafadores y ladrones.

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

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

Una vez conceptualizado el dinero negro como aquél cuyo titular mantiene al margen de todo control por parte de las Haciendas Públicas, el *dinero sucio* es aquél que, además de permanecer de espaldas a los circuitos económicos oficiales, encuentra su origen en una actividad ilícita *per se*. O lo que es lo mismo: frente a la *negritud* como género, la *suciedad* de un patrimonio constituye una especie o elemento de la citada clase lógica. Por consiguiente, toda riqueza sucia es también negra

—razón por la cual participa de todos los rasgos que identifican a los rendimientos derivados de las actividades realizadas en el marco de la economía oculta—, pero no toda riqueza negra es sucia, sino sólo aquélla que se haya obtenido mediante la comisión de operaciones ilícitas.

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

Planteadas la cuestión en tales términos, parece evidente que el sector de economía sumergida no sólo está integrado por las empresas dedicadas a actividades lícitas que eluden el pago de los correspondientes tributos, sino también por aquéllas otras de carácter ilegal y, en especial, por las organizaciones criminales dedicadas al mercado de bienes o servicios prohibidos por el ordenamiento jurídico. En esta línea, son muchos los que aseguran que las actividades de estas últimas habrían de ser tenidas en cuenta a la hora de conocer la dimensión real de las variables macroeconómicas de un país, si bien no pueden dejar de admitir las enormes dificultades existentes para determinar con un cierto grado de precisión su verdadera magnitud. Incluso, dado que el rendimiento derivado de las actividades delictivas llevadas a cabo por tales organizaciones no es sino el resultado de operaciones productivas —y no solamente una forma de enriquecimiento injusto—, los capitales sucios deberían entenderse sujetos a la correspondiente tributación. No obstante, ésta no es una opinión pacífica entre la doctrina.

Valorado el problema desde el prisma de la racionalidad económica, las actividades ilícitas —especialmente, las desarrolladas en el marco de una organización criminal estructurada en base a criterios de empresa— han de estar dotadas necesariamente de un elevado grado de rentabilidad, superior en todo caso al correspondiente a aquellas otras desarrolladas dentro de los límites de la legalidad. En efecto, el sujeto que decide lucrarse a costa de la realización de comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento.

Evidentemente, ese mismo sujeto no se prestaría en ningún caso al peligro de ser castigado si contara con algún medio legal a través del cual pudiera lograr una ganancia de semejante entidad.

En consecuencia, el coste de los recursos disponibles por vía ilegal es — al menos, desde la perspectiva estrictamente pecuniaria— muy inferior al de aquellos otros obtenidos de manera lícita.

Por ello, la reintroducción de esta riqueza sucia en los cauces regulares de la economía siempre genera distorsiones en el funcionamiento normal de los mercados, anomalías que, en último extremo, pueden conducir a una progresiva supresión de la competencia. La posibilidad de acudir a una financiación bastante menos costosa hace que las empresas legales, sometidas a los costes habituales, sean primero marginadas y luego expulsadas del mercado, ámbito en el cual la empresa financiada con capital ilícito tiende a erigirse en monopolio.

Ahora bien, ni creemos que sea correcto reducir la existencia de la riqueza sucia al ámbito de lo *penalmente* relevante ni podemos compartir la postura de aquéllos que se resisten frontalmente a indagar en torno a la posibilidad de conceder significación criminal al blanqueo de bienes

precedentes de actividades ilegales *no delictivas*. La experiencia nos demuestra que un legislador incapaz de hacer frente a nuevas realidades económicas puede dar lugar a que haya supuestos en los que el empleo fraudulento de cuantías auténticamente astronómicas no sea constitutivo de delito.

Con todo, es innegable que una adecuada política criminal que tuviera permanentemente presentes los más elementales principios informadores del Derecho penal contemporáneo debería poner orden en este *maremagnum*, retirando del catálogo de delitos aquellos comportamientos que no merezcan serlo e incorporando al mismo a aquellos otros cuyo grado de lesividad social lo justifique.

Sin embargo, en tanto no tenga lugar ese necesario reequilibrio, será preciso cuestionar de forma permanente la naturaleza de la infracción previa —civil, administrativa, penal— reservada por la normativa vigente y atender preferentemente a otros factores a la hora de conocer si un determinado supuesto —en razón a su grado de lesividad social— debería ser constitutivo, o no, de blanqueo.

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

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

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

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

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

d. No sólo el dinero es objeto de blanqueo

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

Por supuesto, el planteamiento resultaría aún más erróneo si tan solo vinculáramos las operaciones de reconversión al dinero en metálico. En efecto, los intercambios económicos han alcanzado en nuestros días un fabuloso nivel de agilización gracias a la aparición de nuevas instituciones jurídico-mercantiles puestas al servicio de una economía que gira en torno al crédito. Es preciso añadir a todo ello el avance tecnológico que ha permitido la materialización a tiempo real de operaciones comerciales entre puntos geográficos situados entre sí a miles de kilómetros de distancia. En el seno de esta economía “desmetalizada”, la moneda se ha visto desplazada a un plano secundario en favor del título valor, la tarjeta de crédito, el asiento contable o la transferencia electrónica.

Como tendremos ocasión de analizar más adelante, la criminalidad económica, en general, y las modernas redes de blanqueo, en particular, se valen en multitud de ocasiones de las posibilidades que ofrece la *cashless society* en la que nos encontramos inmersos.

Evidentemente, hay muchas ocasiones en las que el producto obtenido directamente del delito no es dinero en efectivo, sino cualquier otra ventaja patrimonial lo suficientemente importante como para que sea preciso dotarla de un disfraz de legalidad. Comparadas con el dinero, tales ganancias suelen ser mucho más difíciles de blanquear: la extrema fungibilidad de la moneda y el anonimato con el que circula son factores que siempre han jugado en favor de aquéllos que la han obtenido de forma ilícita. Y si bien es cierto que el viejo aforismo romano *pecunia non olet* parece haber entrado en crisis en nuestra sociedad, también lo es que sigue resultando relativamente más fácil situar en el mercado una suma importante en metálico que una obra de arte, unas joyas o unos bienes de equipo robados que tengan el mismo valor económico.

Por otra parte, y con independencia de cuál sea la naturaleza de ese producto, no podemos olvidar que, como ya se expuso anteriormente, el reciclaje de capitales consiste en un proceso de distanciamiento que se desarrolla a lo largo de una serie prácticamente indefinida de etapas.

De este modo, a medida que avanza ese *iter*, las ganancias ilícitas pueden transformarse una y otra vez por otros bienes o servicios de la más diversa índole. En esta línea, se ha señalado que la delincuencia de nuestros días ha incrementado de forma significativa sus movimientos económicos a través de medios no monetarios tales como el oro, piedras preciosas, sellos valiosos, etc.

e. El blanqueo ha de serlo de “capitales”

A tenor de lo visto hasta el momento, expresiones tales como “blanqueo”, “lavado” o “reciclaje” habrían de servirnos para dar nombre a toda clase de operaciones a través de las cuales fuera posible dotar de una apariencia lícita a las ganancias derivadas de actividades ilegales. Así las cosas, deberíamos de admitir que la fenomenología del blanqueo no se limita tan solo a la reconversión de esos fabulosos patrimonios a los que de reiteradamente hemos venido haciendo referencia.

Por el contrario, también sería preciso incluir dentro de ese mismo concepto un amplio catálogo de supuestos en los que beneficios de la más diversa naturaleza —aunque de un valor económico relativamente escaso— son desvinculados de algún modo de su origen ilegal.

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

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

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

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

Por todo ello, nos sumamos a la opinión de aquéllos que entienden que el fenómeno del blanqueo —y, con ello, el campo sobre el cual cabe plantear las posibles vías de intervención jurídica sobre el mismo— debe limitarse a aquellos casos en los que la cuantía de los bienes envueltos en los

procesos de reconversión es lo suficientemente importante como para que puedan ser considerados un “capital”.

f. El delito como medio de obtención de riqueza: blanqueo y crimen organizado

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

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

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

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

Observado desde la perspectiva puramente económica, el delincuente es un sujeto que actúa antijurídicamente a fin de obtener una renta con la que satisfacer ciertas necesidades corrientes.

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

La irrupción de las organizaciones criminales ha sido la razón principal que ha hecho que el beneficio económico procedente del delito encuentre otras finalidades distintas al autoconsumo.

Por una parte, la riqueza ilícita constituye una suerte de “colchón financiero” con el que hacer frente a los gastos derivados de la empresa criminal. Por otra, la organización puede optar por invertir parte de esas ganancias, tratando con ello de potenciar al máximo la productividad de la

empresa. Tanto en un caso como en otro, esa riqueza ilícita que revierte en la propia estructura delictiva también está inexorablemente destinada a aflorar antes o después al sector sometido al control del Estado. Incluso en el caso de que el desembolso motivado por esos gastos o por ese capital se realice en el ámbito ilícito —pago de sobornos, adquisición de armas o de droga a otras redes clandestinas, etc.—, no podemos olvidar que al final de la cadena productiva siempre habrá economías domésticas y, con ello, consumidores obligados a acudir a los mercados regulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En buen número de ocasiones, la reconversión de capitales ilícitos se desarrolla a través de complejas transferencias internacionales dirigidas hacia bancos extranjeros por mediación de los llamados “paraísos fiscales”, países cuyos ordenamientos mercantil y tributario se convierten de este modo

en poderosos aliados de la delincuencia organizada a gran escala. Con todo, estos territorios — que, a estos efectos, no interesan tanto por sus benévolas tasas de imposición como por otras facilidades más adaptadas a los requerimientos de los blanqueadores, como el anonimato— no son las únicas plazas financieras que intervienen en este género de operaciones.

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

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

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

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

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

2. Definición de blanqueo de capitales

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

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

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

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

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

B. Fenomenología del blanqueo: la utilidad de su estudio

1. El blanqueo como proceso

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

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

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

Con todo, aún reconociendo las limitaciones del modelo, parece sensato abordar el estudio de los modos a través de los cuales se blanquean capitales empleando esta secuencia. La gran variedad

de técnicas y procedimientos conocidos hasta el presente exige contar con criterios de ordenación que, aunque sepamos que no son perfectos, nos permiten analizar las tipologías dentro de unos límites conceptuales adecuados para analizar una realidad realmente compleja.

2. La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo

Desde la perspectiva de las instancias de control social, conocer los procedimientos de lavado interesa a los efectos de prevenir la comisión de nuevos actos de blanqueo. En consecuencia, a lo largo del próximo epígrafe se pretende indagar en torno a cuáles son las líneas básicas sobre las que ha discurrido hasta el momento presente la práctica del lavado de capitales para deducir a partir de ellas ciertas conclusiones encaminadas a advertir de la vulnerabilidad de aquellas instituciones de orden jurídico-mercantil susceptibles de ser instrumentalizadas con vistas a tales fines. En este sentido, merece la pena destacar los esfuerzos continuados que realiza el GAFI, entidad que viene desarrollando desde sus orígenes una importantísima tarea en el estudio de las tipologías, ahora en el marco de su *Working Group on Typologies (WGTYP)*.

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

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

Con todo, vale la pena señalar que la intensidad de un proceso de lavado se encuentra siempre en función del grado de “suciedad” con que esté impregnada la riqueza a blanquear. Una de las notas que caracterizan a la criminalidad organizada, en general, y a la moderna delincuencia económica, en particular, consiste en la llevanza de actividades ubicadas en una franja incierta o de penumbra en la que se alternan de continuo la legalidad y la ilegalidad, y en la que no siempre es fácil determinar dónde se encuentra la frontera que separa los comportamientos reglados de aquellos otros que se enfrentan al Derecho. Por otra parte, y dado que el blanqueo de capitales es un proceso, no

hay que descartar que al reciclador se le encomiende una riqueza que ya haya sido sometida a un “prelavado”, esto es, a un previo distanciamiento de su origen ilícito por parte de algún otro sujeto. Por todo ello, a medida que las ganancias estén más “sucias”, mayor será la “higiene” precisada y más largo habrá de ser el ciclo de legalización a emprender, llegando a requerirse su “remojo, lavado y aclarado” —“soaking, washing and rinsing”— si así lo exigen las circunstancias.

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

Valorada la cuestión desde el punto de vista procesal, conviene así mismo contar con el dato de que el blanqueo es un ejercicio de maquillaje, esto es, una actividad dirigida a tratar de desvirtuar la procedencia ilícita de unas determinadas ventajas económicas mediante el uso de una cosmética prestada —y ahí está la paradoja— por el Derecho. En estas condiciones, el reciclador se vale del tráfico lícito, se aprovecha de sus recursos jurídicos y técnicos refugiado tras el *onus probandi* que, por exigencia constitucional, debe recaer siempre sobre la acusación. Por consiguiente, en una operación de blanqueo no importa tanto demostrar la licitud de los fondos encubiertos como promover su circulación de tal forma que la acusación sea incapaz de demostrar su vinculación a un origen ilegal. Así las cosas, el reciclador, presunto inocente hasta que se demuestre lo contrario en el momento del juicio, se aprovecha de la buena fe que inspira al sistema y juega a su conveniencia con la licitud de la causa de los contratos.

C. Fases del proceso de blanqueo

1. Fase de colocación u ocultación: la reducción del dinero al contado

a. Planteamiento general del problema

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

Más allá de la aparente espectacularidad del ejemplo recién citado, cabría citar otro ejemplo en el que se combina el gigantismo de las cifras con el desmoronamiento de las estructuras públicas y el afianzamiento en el tejido social de grandes mafias organizadas. En la Rusia post-soviética, las mayores organizaciones criminales internacionales consiguieron apoderarse a comienzos de los años 90 de cantidades absolutamente exorbitantes de rublos de curso legal —se tiene noticia de la salida de más de medio billón— con la inestimable ayuda de políticos y funcionarios. Amparados por tan singular protección, los contenedores llenos de billetes eran transportados a bordo de *trailers*, trenes y aviones de línea rumbo al Oeste del continente, lugar en los que se canjeaban por divisas occidentales —sobre todo, dólares norteamericanos— a un tipo de cambio varias veces inferior al oficial — según parece, hubo ocasiones en las que los títulos con la efigie de Lenin

se compraron por poco más de la vigésima parte de su valor—. Realizada la transacción, y en cumplimiento del pacto celebrado previamente entre las autoridades rusas y los recicladores, los millones y millones de rublos en papel moneda eran remitidos nuevamente a Moscú cumpliendo todas las formalidades legales, siendo reinvertidos allí por las citadas redes criminales en las más diversas actividades. Por su parte, las divisas “fuertes”, obtenidas gracias a las gestiones realizadas por las más altas instancias del Estado, se destinaban a paliar la precaria situación de una economía en la bancarrota más absoluta.

El enorme desarrollo de los intercambios económicos experimentado en nuestra sociedad ha demostrado las grandes limitaciones a las que se encuentra sujeto el dinero corriente como medio de saldar las obligaciones. La necesidad de contar con nuevos instrumentos al servicio de ese complejo mercado ha hecho que el pago en metálico haya sido relegado a un segundo plano en favor de otros muchos medios, más ágiles y seguros, propiciados por los avances jurídicos y tecnológicos.

Inmersos en esta *cashless society*, la circulación de moneda de curso legal se ha visto reducida a su mínima expresión, quedando reservada a las transacciones más triviales y económicamente menos relevantes —como media, un 5 por 100 del PIB—, sustituida en la mayoría de las ocasiones por el título valor, la anotación contable, la transferencia bancaria o la compensación electrónica.

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

Nos encontramos de este modo ante una curiosa paradoja: mientras la delincuencia más tradicional aún hace lo posible por convertir sus ganancias en dinero al contado de pequeña denominación —la libre circulación de billetes usados de poca cuantía impide en la práctica toda posibilidad de mantener su seguimiento—, las grandes organizaciones, bloqueadas por una formidable masa física de riqueza, se ven obligadas a transformar ese dinero corriente en otros activos susceptibles de ser reintroducidos de un modo más discreto en los cauces propios de una economía desmetalizada.

De hecho, los expertos de la Policía y de las finanzas coinciden al afirmar que la etapa de colocación es, precisamente, la fase en la que hay más probabilidades de detectar y descubrir eficazmente el blanqueo de capitales; una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación del origen de los bienes.

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

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

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

La forma más simple de reducir papel consiste en canjear el dinero que procede directamente del delito por otros billetes de mayor valor. Así operaba, por ejemplo, la red de blanqueo desmantelada tras las investigaciones seguidas hace ya bastantes años con motivo de la operación italo-norteamericana *Pizza Connection* contra el tráfico de heroína. Recurriendo a una diversidad de técnicas gracias a las cuales llegaron a difuminar la procedencia criminal de unos 1.650 millones de dólares, los miembros de la organización acostumbraban a comenzar el proceso de reciclaje utilizando a jóvenes estudiantes que, ignorando para qué intereses trabajaban, eran enviados a diversas oficinas bancarias a fin de trocar los billetes de 5, 10 y 20 dólares que se les entregaban —procedentes de la venta en la calle de la droga— por otros de 100 dólares, todo ello a cambio de una pequeña comisión.

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

Sin embargo, los enormes riesgos que encierra para los recicladores la manipulación de una mercancía tan especial demuestran la necesidad ineludible de transformar toda esa moneda bajo algún otro título jurídicamente reconocido que sea capaz de documentar la mayor cantidad posible de numerario y que, al mismo tiempo, pueda transmitirse y ejecutarse con las máximas facilidades.

Llegados a este punto, comenzaremos a comprobar cómo el blanqueo y la defraudación tributaria —conceptos, en teoría, contrapuestos— participan de los mismos cauces en un buen número de ocasiones, al mismo tiempo que los dispositivos legales tradicionalmente destinados a prevenir el segundo pueden ser de gran utilidad a la hora de controlar las operaciones de lavado de capitales.

b. Depósitos bancarios

Evidentemente, el procedimiento más extendido para deshacerse del dinero al contado consiste en dejarlo en manos del sistema financiero mediante su ingreso en una o varias cuentas bancarias abiertas al efecto. No obstante, este método se encuentra sometido a un inconveniente considerable: resulta muy difícil encontrar a un empleado de caja que no sospeche de un cliente que, sin razones que lo justifiquen, se presente ante él con una suma extraordinaria de billetes.

En ocasiones, se cuenta con la complicidad del personal al servicio del banco, en cuyo caso nada impide, por ejemplo, el ingreso de sacos cargados de dinero en metálico en cuentas numeradas internas del propio banco, ajenas a su contabilidad oficial. Cuando no es así, una manera habitual de amortiguar esos lógicos recelos radica en fraccionar artificiosamente el ingreso por ventanilla de la totalidad del dinero en una pluralidad de imposiciones de menor cuantía a lo largo de un periodo de tiempo determinado —*structuring, smurfing, pitufeo*—, bien sea al contado, bien a través de otros instrumentos.

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

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

c. Instrumentación de títulos valores

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

Sin perjuicio del posible uso de documentos nominativos y a la orden — el más notorio de estos últimos sería la letra de cambio—, los que más se prestan a las operaciones de lavado son los títulos valores librados al portador. Para su transmisión basta la simple tradición o entrega, siendo suficiente para el tenedor la mera posesión, ya fuere justa o injusta, para poder exigir la satisfacción del crédito que les es inherente. Por consiguiente, los títulos valores al portador pueden circular de

mano en mano de forma ininterrumpida sin que consten en ellos más datos personales que los del obligado a pagar, convirtiéndose en titular de pleno derecho —y, con ello, acreedor de la cantidad reflejada en el documento— quien cuente en cada instante con su dominio material.

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

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

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

Asociado al problema de la economía sumergida, el alarmante crecimiento del déficit público que se produjo hace años en algunos Estados de nuestro entorno, unida a una elevada tasa de fraude fiscal, movió a las respectivas autoridades económicas a facilitar la emersión del dinero negro mediante el ofrecimiento de Títulos de Deuda Pública. Empleando un ejemplo producido en España, la Ley 18/1991 introdujo la denominada “Deuda Pública Especial”. Mediante la adquisición de estos activos emitidos al descuento, los compradores disponían de la potestad de legalizar cualesquiera rendimientos ocultos sin más inconveniente que el sometimiento a un reducido tipo de interés del 2 por 100, así como a un período ordinario de vencimiento de seis años. Por su parte, el Estado, deliberadamente ignorante de la procedencia de los fondos —parte promotora de este verdadero “pacto ilícito de silencio”—, conseguía de sus ciudadanos el crédito necesario para salvar durante un tiempo considerable esa diferencia entre ingresos y gastos públicos a un precio realmente bajo, a la vez que lograba el sometimiento al debido control fiscal de capitales ocultos hasta entonces. En tiempos mucho más recientes, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 ha establecido una “declaración tributaria especial” conforme a la cual se ha establecido un cauce para aflorar rendimientos no declarados a un tipo de gravamen del 10 por 100; medida extraordinariamente discutida, que ha dado lugar a la aparición de más de 87.000 millones de euros, de los cuales se sospecha que una buena parte se corresponden con rendimientos derivados de actividades ilícitas.

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

d. Operaciones de ingeniería financiera

La cruzada emprendida por las Administraciones Públicas contra las bolsas de riqueza que aún permanecen ajenas a esa intervención fiscal ha provocado la aparición de nuevos productos financieros que, amparados bajo la cobertura legal ofrecida por instituciones jurídicas pensadas para otro género de situaciones, brindan al contribuyente la oportunidad de que su patrimonio — sea cual fuere su origen, lícito o ilícito— se mantenga libre de toda vigilancia por parte del Estado.

En esta línea, España conoció hace años la instrumentación del mercado de seguros mediante la suscripción de pólizas de prima única. En ellas, el tomador abonaba de una sola vez el importe, comprometiéndose la compañía a devolverlo junto con los intereses en el plazo de tiempo acordado, promesa que se combinaba con un seguro para el caso de fallecimiento. Cumplida — cuando menos, aparentemente— la vertiente asegurativa del negocio, las compañías no estaban obligadas a practicar retenciones de intereses ni a entregar al Ministerio de Hacienda la relación nominal de los clientes, con lo que se garantizaba la total opacidad fiscal del dinero negro aportado.

Una vez reducida la huida hacia las primas únicas después de la necesaria actuación del Ministerio de Hacienda, las técnicas de ingeniería financiera lanzaron al mercado español otro mecanismo de evasión fiscal que pronto comenzó a hacerse célebre: las cesiones temporales de créditos. En síntesis, la operación giraba en torno a un traspaso con pacto de retorno de una participación en un crédito concedido a un tercero por una entidad financiera. De esta forma, los bancos y cajas de ahorro que hubieran otorgado un préstamo a un cliente cedían una parte o incluso la totalidad de dicho crédito a un depositante deseoso de eludir al Fisco. Evidentemente, el interés a percibir por el cesionario era menor que el acordado entre el beneficiario del préstamo y la propia entidad, siendo la diferencia entre ambos tipos el margen de beneficio a percibir por la intermediación.

Amparándose en la carencia de una normativa específica que regulara este género de supuestos, las instituciones financieras implicadas se comprometieron con los cesionarios a abstenerse de practicar retención alguna de intereses, así como a no facilitar ningún dato de tales operaciones a la Administración tributaria.

e. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas

La adquisición clandestina de boletos premiados de cualquier clase de lotería legal constituye una de las formas más simples y eficaces de justificar la tenencia de una cantidad excesiva de dinero en metálico. En la mayoría de las ocasiones, quien obtiene un premio de cierta cuantía no suele arriesgarse a retenerlo en su domicilio hasta el momento en que pueda hacerlo efectivo, sino que acostumbra a depositarlo en poder de un banco a fin de que éste lo custodie y, llegado el momento oportuno, se encargue así mismo de gestionar su liquidación. Por todo ello, cabe la posibilidad de que alguno de los responsables de la oficina ofrezca al ganador la opción de vender ese billete de lotería o esa quiniela —títulos que suelen ser anónimos y que, por ello, pueden ser negociados a semejanza de los cheques al portador— a otro de sus clientes que posea demasiado dinero oculto al Fisco, proceda o no de actividades ilegales, quizás oculto en una caja de seguridad de la propia entidad. Así las cosas, el personal bancario estaría en condiciones de servir de intermediario neutral

entre ambos sujetos a fin de acordar un precio de compra —una cantidad superior al importe del premio, diferencia que constituye el precio del blanqueo—. Concluida la transacción, quien antes poseyera excesiva liquidez inconfesada podría manifestarla ante el público como el producto de un cuantioso premio.

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

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

f. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”

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

Como ya tuvimos ocasión de apuntar más arriba, los sectores de actividad económica en los que se manifiesta con mayor intensidad la presencia de dinero al contado suelen ser aquéllos sobre los que converge una masa anónima e indeterminada de consumidores que demandan bienes o servicios de primera necesidad. Por ello, no debe de extrañar que una de las técnicas utilizadas por los blanqueadores para conceder carta de legalidad a sus voluminosas ganancias sea la de aproximarlas al enorme chorro de numerario recaudado diariamente, por ejemplo, en una cadena de grandes almacenes o de superficies comerciales tales como los hipermercados. En términos generales, resulta prácticamente imposible establecer un control pormenorizado de todas y cada una de las transacciones puntuales con la clientela en estas hipótesis de “corrupción de un negocio lícito”, razón por la cual no parece excesivamente difícil “inflar” artificialmente la cifra real de ingresos de caja mediante la incorporación a la misma de caudales procedentes de fuentes ilegales. En línea con todo lo que acabamos de exponer, la hostelería y el comercio minorista de alimentación

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

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

Así las cosas, añadir unos metros de barra, aumentar la plantilla de trabajadores o añadir algunas mesas al local pueden ser medios idóneos para optimizar este sistema de legalización.

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

g. Operaciones de préstamo de dinero al contado

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

Evidentemente, para que este procedimiento de lavado sea operativo será preciso granjearse la confianza de una amplia clientela cuya mera existencia justifique el manejo de mucho dinero de curso legal. Por ello, el dinero habrá de ofrecerse en condiciones lo suficientemente ventajosas — cuotas de interés muy inferiores a las vigentes en el mercado, no exigencia de garantías para su devolución, facilidades de amortización, etc. — como para atraer la atención de una auténtica legión de interesados. En tales condiciones, incluso los *mass media* pueden ser la vía de penetración.

h. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas

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

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

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

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

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

Los recicladores cuentan con una serie prácticamente ilimitada de métodos idóneos para convertir una moneda en otra. Con todo, la amplitud del abanico de posibilidades se encuentra en íntima conexión con el grado de flexibilidad del régimen de control de cambios imperante en el país de que se trate. Evidentemente, el método más sencillo de conseguir divisas consiste en acudir a un intermediario financiero para solicitar allí la cuantía deseada en la especie que se necesite. Sin embargo, las limitaciones impuestas por la legislación vigente —establecimiento de topes máximos de adquisición de moneda extranjera, necesidad de conocer la identidad completa del solicitante y el destino de la moneda, exigencias de orden formal como la obtención de la pertinente autorización administrativa, dilaciones en el tiempo, etc.— pueden llevar a quienes se dediquen al blanqueo de dinero sucio a optar por otros cauces alternativos, dotados o no de cobertura legal.

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

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

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

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

Con todo, la obtención de divisas al margen de los cauces oficiales no tiene por qué pasar necesariamente por el mostrador de alguna de las citadas entidades. En efecto, una de las formas más fáciles de conseguirlas consiste en acudir a aquellos establecimientos mercantiles que, en razón a su actividad o a su ubicación geográfica, acepten moneda extranjera como medio habitual de pago. Así, las operaciones que ahora comentamos pueden asociarse a la técnica ya mencionada de las transacciones-masa, de manera que los responsables de un supermercado, un restaurante, un hotel o una gasolinera que estén situados cerca de la frontera pueden abstenerse conscientemente de acudir con esas divisas a un intermediario autorizado y optar por traficar privadamente con ellas a un tipo de cambio a convenir entre las partes.

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

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

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

2. Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto

a. Consideraciones preliminares

No todo proceso de blanqueo se inicia reduciendo grandes cantidades de dinero en metálico. De hecho, ya hemos señalado más arriba que existen ciertas actividades ilegales que no dan lugar a esas avalanchas de numerario a las que nos hemos venido refiriendo hasta ahora. Sin embargo, nada puede evitar que todo capital sucio haya de someterse necesariamente a un ciclo de blanqueo *stricto sensu* que sea lo suficientemente eficaz como para borrar las huellas que pudieran vincularlo a su origen ilegal y separarlo definitivamente del mismo. Con vistas al logro de esa apariencia de legitimidad, es necesario propiciar la circulación de toda esa masa patrimonial en el mercado, esto es, convertirla en el objeto de una serie de operaciones económicas tan prolongada como sea preciso para conseguir tal finalidad. La traslación de los reglas de la dinámica patrimonial al ámbito del reciclaje de capitales ha generado ciertas consecuencias. Así, en este ámbito, el término “circulación” no sólo debe vincularse al movimiento material de esos capitales —en especial, la adquisición de otros bienes a cambio de los

originales—, sino también a cualquier otra clase de intervención sobre los mismos que de alguna forma los aleje de su ilegítima procedencia. Así mismo, deberemos de admitir la posibilidad de que una maniobra de blanqueo se verifique sin que los bienes a reconvertir cambien de titular, toda vez que hay ocasiones en las que puede bastar la simple modificación del título en virtud del cual se detentan para dotarlos de un disfraz de licitud: si una empresa constituye a través de una falsa facturación un fondo no inscrito en el balance destinado al pago de comisiones ilegales con el fin de obtener la adjudicación de una concesión estatal y, tras frustrarse la operación, incorporara la citada cuantía en el balance mediante un artificio contable, continuaría siendo titular del importe del fondo, consiguiendo sin embargo ocultar su origen ilícito.

b. Uso del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales

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

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

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

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

Por otra parte, en aquellos países en los que las entidades financieras están sometidas a la obligación de conocer la identidad de sus clientes y a facilitarla a las Autoridades, se ha podido constatar que ciertas instituciones han constituido sociedades fiduciarias *off shore* a cuyo nombre abren

cuentas en el seno de la casa matriz. En estas condiciones, los haberes de determinados clientes se transfieren desde las cuentas de la entidad principal hasta las de las “entidades-satélite” radicadas en el exterior, siendo el nombre de estas últimas el único que figura en los archivos de aquélla. Por consiguiente, en el caso de que las Autoridades soliciten cualquier información relativa a alguno de los verdaderos clientes de la financiera local, ésta puede responder que esa persona les es totalmente desconocida, dado que las relaciones que sostiene con ella se encuentran amparadas por la mediación de tales sociedades interpuestas.

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

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

c. Adquisición efectiva de bienes

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

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

Evidentemente, las posibilidades que ofrece esta técnica de reciclaje se potencian en el momento en que el precio declarado en la transacción sea inferior al valor real del objeto adquirido —*double invoicing*, *double pricing*—. Así, mientras la cuantía manifestada frente a terceros suele satisfacerse con dinero obtenido lícitamente o tras haber sido sometido a un proceso de blanqueo —en cualquier caso, riqueza susceptible de ser justificada—, la diferencia existente hasta alcanzar el importe efectivo del negocio se completa con la entrega de una cantidad aún pendiente de

ser regularizada. De este modo, una vez realizada la operación, el adquirente logra deshacerse de una masa patrimonial no confesada, obteniendo a cambio un bien cuyo auténtico valor podrá defender en negociaciones posteriores. Este último procedimiento es frecuentísimo en el mercado inmobiliario, convirtiéndose de hecho en un elemento más de negociación.

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

Añádase a ello el posible fraude tributario para las arcas del Estado receptor que derive del impago de los aranceles que concurran en el caso.

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

d. Instrumentación de transacciones ficticias

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

Estas operaciones simuladas pueden estar dotadas de una base material que sirva para disfrazarlas de un elevado grado de verosimilitud. De este modo, se han conocido algunos casos de supuestas compras internacionales de metales preciosos en las que los lingotes de oro cruzaban efectivamente la frontera, si bien luego eran reintegrados clandestinamente por contrabandistas al lugar de donde partieron, manteniéndose el precio abonado por tan singular contrato en poder de los presuntos vendedores. En otras ocasiones, los recicladores han aparentado exportar grandes cantidades de oro en barras cuando, en realidad, los envíos que remitían al exterior no eran otra cosa que acero dorado.

Así actuó el *Cártel* de Medellín en Uruguay —país que ese año fue el segundo exportador de oro del mundo, tras Sudáfrica, según las estadísticas oficiales—, según revelaron las investigaciones seguidas con motivo del caso “Polar Cap”.

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

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

En línea con este género de sucesos, también se ha apuntado por algún autor la eventualidad de reciclar dinero a través de la ejecución judicial de deudas derivadas de negocios jurídicos ficticios.

Para ello bastaría contar con dos partes puestas de acuerdo: mientras una solicita la satisfacción de un crédito en virtud de un título imaginario previamente pactado —realización de un documento cambiario, reclamación de una indemnización en concepto de unos hipotéticos daños y perjuicios, etc.—, la otra se limita a esperar una sentencia condenatoria o incluso se allana ante las pretensiones del demandante. Todo parece indicar que la acumulación de asuntos ante los Tribunales perjudica las posibilidades de detectar una maniobra semejante.

e. Préstamos de dinero

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

En muchas ocasiones, los préstamos son utilizados como medio de retornar la riqueza procedente de actividades ilícitas al lugar del que partió en su día para su blanqueo en el exterior. Así, se sabe que ciertas organizaciones criminales han solicitado a bancos situados en el mismo refugio financiero en el que se reciclaron los fondos ilícitos la concesión de cuantiosos créditos a fin de contar con una

masa limpia de dinero con la que introducirse en el mercado inmobiliario o en cualquier otro sector de inversión ubicado en el territorio nacional. Naturalmente, la devolución del dinero prestado se efectúa con cargo a las cantidades depositadas en esos “paraísos”, bien sea de manos del propio prestatario, bien a través de cualquier otro sujeto que pudiera presentarse como aparente avalista.

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

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

f. Instrumentación de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas

La complejidad de los procesos de blanqueo crece a medida que aumenta la importancia de la masa patrimonial a reciclar. En ese contexto, la circulación de capitales sucios necesita contar con un número cada vez mayor de puntos de apoyo y, en especial, con la cifra más elevada posible de sujetos ajenos a toda sospecha que puedan figurar como titulares de las múltiples transacciones económicas —reales o ficticias— que compongan un ciclo completo de lavado. Así las cosas, no debe de extrañar que los recicladores, a semejanza del resto de la moderna criminalidad económica, hayan demostrado su disposición por constituir cuantas entidades dotadas de capacidad jurídica les sean precisas para poder disfrazar la auténtica naturaleza de sus actividades.

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

En efecto, las investigaciones policiales y judiciales han dado en incontables ocasiones con las denominadas “sociedades ficticias” —*sham corporations, sociétés fictive*— o “sociedades-buzón” —*letter-box companies, sociétés boîte-aux-lettres, briefkartenfirmen*—, caracterizadas por no contar con ninguna clase de medios de gestión ni de actividades económicas, limitándose tan solo a tener un simple casillero con su nombre situado en un banco o en el despacho de un abogado o de un contable en el que recibir la correspondencia. Evidentemente, no todos los países aceptan

la constitución en su territorio de este género de entidades. Con todo, también es cierto que no siempre es fácil determinar la pertenencia de una determinada corporación a alguna de estas categorías, especialmente si tenemos en cuenta que las implicadas en los procesos de blanqueo suelen distinguirse por mantenimiento aparente de una actividad que no se da en la realidad.

Aparte de aquellas que se fundan con el falso propósito de secundar toda clase de finalidades cívicas, benéficas o altruistas bajo la forma de ONG's, lo normal es que las sociedades instrumentales declaren oficialmente su adscripción al sector terciario de la economía —asesoría de empresas, elaboración de informes, etc.—, ámbito en el que es prácticamente imposible fiscalizar el efectivo desarrollo de sus actividades. Con motivo de las investigaciones desarrolladas en España en relación con la denominada “Operación Emperador”, se ha puesto recientemente de manifiesto que la red de blanqueo liderada presuntamente por Gao Ping planeaba fundar una entidad que atendiera a chinos que sufrieran adversidades económicas exigiéndoles a cambio participar en el envío de remesas de dinero a su país de origen.

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

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

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

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

3. Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos

a. Introducción

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

No obstante, parece oportuno advertir que la reintroducción de una masa patrimonial ilegítima al ámbito lícito del que se detrajo en su día no tiene por qué constituir forzosamente una maniobra de inversión en el sentido más estricto del término. El Diccionario de la Real Academia nos dice que, hablando de caudales, invertir consiste en “emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas”, y es evidente que el objetivo prioritario en un proceso de blanqueo no estriba tanto en situar un capital allí donde el mercado ofrezca una mayor rentabilidad —poco prudente sería un hipotético reciclador que, por ejemplo, se limitara a depositar en un banco los fondos que le hubieren sido encomendados por la única razón de que tal entidad fuera la que prometiera un tipo de interés más elevado— como en desviarlo hacia aquellos sectores en los que sea más difícil descubrir su origen inconfesable, incluso en el caso de que el cumplimiento de este último fin implique un decremento patrimonial.

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

A fortiori, la imposibilidad de equiparar el destino final de las ganancias ilegales con la inversión de las mismas se acrecienta si analizamos la cuestión desde la perspectiva estrictamente económica.

Técnicamente, sólo las empresas —es decir, aquéllos sujetos que lanzan al mercado bienes y servicios— pueden realizar inversiones en el sentido más riguroso del término, adquiriendo capital con vistas a obtener una mejora de la producción y, en su caso, un incremento del beneficio empresarial.

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

b. Factores que favorecen la integración

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

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

Así las cosas, la perspectiva de poder erigirse en monopolio sería el primero de los citados factores, dado que la estabilidad que caracteriza a un mercado semejante facilitaría la infiltración incontrolada de capitales sucios en la economía diaria.

El segundo elemento estaría relacionado con la eventualidad de que la aplicación masiva de capitales sucios sobre el sector económico considerado dé lugar a una inmediata productividad.

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

El tercero y último de los factores recogidos por el mencionado jurista italiano, aun siendo ajeno a la actividad económica en sí misma, conlleva tanta importancia que puede determinar que el

interés de los blanqueadores por un determinado mercado respecto de otro u otros se modifique radicalmente. Nos referimos con ello al sistema de controles jurídicos al que se encuentren sometidos tales sectores por la legislación vigente en un momento dado. La existencia de una normativa administrativa eficaz, destinada a vigilar la ejecución conforme a los cánones de la buena fe de aquellas transacciones susceptibles de ser utilizadas como medio de lavar capitales sucios, constituye una forma excelente de evitar el reciclaje de los mismos.

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

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

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

c. Algunos ejemplos concretos

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

A continuación recogemos un limitado catálogo de hipótesis de regreso de capitales sucios a los circuitos oficiales que habrá que sumar a aquellas otras ya citadas en este mismo apartado o en otros anteriores. El listado es breve por necesidad, pues la pretensión de realizar un análisis exhaustivo de la cuestión nos llevaría de manera obligada a estudiar las potencialidades de un número prácticamente interminable de sectores de actividad económica, tarea que estimamos prácticamente imposible, amén de inconveniente a los efectos del presente trabajo. Por ello nos limitamos a exponer una serie de supuestos que hemos considerado de especial importancia, ya

sea por la frecuencia con la que se manifiestan en la práctica, ya por su relevancia puramente cuantitativa.

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

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

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

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

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

trabajadores en épocas de recesión— se ganen la confianza, si no el favor, de las instituciones públicas y de la sociedad en general.

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

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

CAPÍTULO



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

Isidoro Blanco Cordero

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

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

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

Subíndice

I. Introducción	101
II. Instrumentos internacionales relativos al delito de lavado de activos	103
III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales	106
A. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia	107
1. La conversión de bienes procedentes de un delito grave	107
2. La transferencia	109
B. La ocultación o encubrimiento	110
1. La ocultación	111
2. El encubrimiento o disimulación	113
C. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir	113
1. La adquisición de bienes	113
2. El transporte	115
3. La posesión y la tenencia	115
a. Introducción	115
b. Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia	115
c. Distinción entre tenencia y posesión	116
4. La utilización	117
a. Introducción	117
b. Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización	118
5. La administración	119
6. El problema de las acciones socialmente adecuadas	119
D. Examen especial de la conducta omisiva	121
IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales	123
A. En la normativa internacional	124
B. Características que debe reunir	125
1. Amplitud del término	125
2. Necesidad de conexión con un delito previo	126
a. La conexión de los bienes con un delito previo. La “contaminación” de los bienes	126

• Clases de delitos previos	126
• La vinculación del delito de blanqueo de capitales con la actividad delictiva previa	128
• Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo	129
• El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena	129
• Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero	130
V. El sujeto activo en la normativa internacional	131
VI. Responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos	134
A. Introducción	134
B. En los instrumentos internacionales	134
1. Naciones Unidas	134
2. Convenio de Varsovia	135
3. Unión Europea	136
4. Las cuarenta recomendaciones del GAFI. La evaluación de la normativa española	136
5. Reglamento modelo de la CICAD sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves	136
C. Derecho comparado	137
VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia/culpa	138
A. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo	138
B. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del dolus subsequens	140
C. La ignorancia intencional	140
D. ¿Elementos subjetivos específicos?	142
E. El error en el delito de lavado de activos	143
F. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia/culpa	143
1. El delito imprudente de blanqueo de capitales en los instrumentos internacionales	143
2. La imprudencia y el blanqueo de capitales	145
3. El sujeto activo del delito de lavado imprudente	146
4. Phising, pharming y muleros: ¿lavado de activos?	147

Subíndice

VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa	151
A. Actos preparatorios punibles	151
1. Introducción	151
2. Normativa internacional	152
B. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional	153
IX. Autoría y participación en el delito de lavado de activos	154
A. La autoría del delito de lavado de activos	154
B. La autoría mediata en el delito de blanqueo de capitales	154
C. La coautoría en el delito de blanqueo de capitales	155
D. La participación en el delito de blanqueo de capitales	156
1. La participación en el blanqueo de capitales según la normativa internacional	156
2. La inducción al delito de blanqueo de capitales	156
3. Cooperación necesaria y complicidad en el delito de blanqueo de capitales	157
X. Tipicidades agravadas según en los instrumentos internacionales	158
A. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte	158
B. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas	160
C. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito	160
D. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito	160
XI. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito	161
A. Instrumentos internacionales	161
B. Sobre los modelos	163
XII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas	164
A. Lavado de activos y receptación	164
B. Lavado de activos y encubrimiento	164

C. Lavado de activos y otras figuras delictivas	165
D. Unidad y pluralidad de acciones	166
XIII. Excurso. Responsabilidad penal de los abogados por el lavado de activos	166
Secreto profesional del abogado y prevención del blanqueo de capitales. Sobre el asunto Michaud v. France de 6 de diciembre de 2012 del TEDH	
A. Introducción	166
B. Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH: asunto Michaud v. France de 6 de diciembre de 2012	168
C. Comentario de la Sentencia Michaud v. France. El secreto profesional del abogado: garantía del derecho a un proceso justo y protección de la intimidad	170
1. El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado y el derecho a un juicio justo	170
2. La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 del CEDH). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007	171
3. La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limita razonablemente el derecho a la intimidad	173
4. Prevista por la ley	175
5. Necesaria para alcanzar objetivos legítimos	176
D. El secreto profesional del abogado tiene protección absoluta cuando se trate de la actividad de defensa o representación del cliente en cualquier proceso judicial	177
E. El problema del asesoramiento jurídico	178
F. Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos	180
G. La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía	181
H. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo	183
1. La solución de la tipicidad	184
2. La solución de la justificación	185
3. La solución del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht - BVerfG). La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo	185

I. Introducción

El lavado de activos es uno de los fenómenos criminales que más atención ha suscitado a nivel internacional. La estrategia de política criminal diseñada a finales de los años ochenta del siglo pasado para hacer frente al mismo ha experimentado cambios extraordinarios durante los últimos tiempos.

Caracterizada por una *regulación muy estricta* para prevenir, detectar y sancionar el blanqueo, esta estrategia se ha desarrollado en la época de la globalización, cuya seña de identidad ha sido la desregulación de los mercados financieros internacionales y la disminución de los controles sobre el sistema financiero por parte de los Estados y de las instituciones internacionales. La crisis económica actual, sin embargo, está llevando a repensar esta orientación y parece ir en sentido contrario; hacia una regulación más intensa del sistema financiero internacional.

Lo que comenzó siendo un delito (lavado o legitimación de activos o de dinero), cuya sanción era promovida esencialmente por los Estados Unidos de América, ha acabado convirtiéndose en un vasto mercado de bienes y servicios que mueve enormes cantidades de dinero. Paralelamente a la creación de la figura delictiva, se han aprobado normas administrativas con el objetivo de prevenir su comisión, impidiendo el acceso del dinero sucio al sistema financiero. Como consecuencia de la aprobación de estas normas se ha creado en el sector público un sistema administrativo encabezado por las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), cuya función esencial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales¹. Además de estos organismos públicos, la estrategia de prevención de este fenómeno criminal ha consistido en imponer deberes de colaboración a determinadas entidades del sector privado. Estas se han visto obligadas a realizar enormes inversiones para crear sistemas internos dirigidos a detectar y evitar el blanqueo. Se puede observar que el proceso de prevención, detección y represión del blanqueo implica tanto al sector público como al sector privado. El público persigue esencialmente la detección y sanción del blanqueo, mientras que el privado dedica todo su empeño en prevenir y detectar las operaciones sospechosas. A esta confluencia de energías entre lo público y lo privado le denomina *Verhage* “complejo contra el blanqueo de capitales” (“*AML complex*”)². La evolución ha ido más allá; han aparecido *empresas que ofertan bienes y servicios* a las entidades privadas para cumplir de manera más eficaz con sus obligaciones. Las grandes consultoras aportan asesoramiento y otros servicios a los sujetos obligados: formación del personal, programas informáticos...

La filosofía que se ha adoptado en la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como “*follow the money*”³, que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. Se persigue disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos. La idea que subyace en todo esto es que el delincuente es un ser racional que actúa movido por una ponderación de riesgos y resultados. Esto es lo que explica la teoría criminológica de la elección racional (*rational choice theory*), de corte marcadamente utilitarista. Fue formulada en el trabajo de 1985 titulado *Crime and Human Nature*, de Wilson y Herrnstein (1985)⁴, y en las obras de Clarke y Cornish de 1985 y 1986. En cierta medida esta teoría revitaliza las ideas de la Escuela Clásica, cuyos

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

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

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

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

mayores representantes fueron *Beccaria* y *Bentham*. Sus antecedentes más inmediatos pueden situarse en dos importantes tendencias criminológicas. La primera es la que surge de la aplicación de la teoría económica al delito, en concreto, de los análisis económico-matemáticos del delito realizados por *Becker* (1968)⁵, que ponen el acento en la explicación de la percepción por parte del delincuente de los riesgos que corre, de los esfuerzos que ha de realizar y de las recompensas que va a obtener con el delito. La segunda se sitúa en los trabajos sobre la prevención situacional del delito elaborados en la década de los años 1980, especialmente por *Clarke* (1980 y su trabajo posterior de 1995)⁶, cuyo objetivo es bloquear las oportunidades de comisión del delito mediante cambios ambientales⁷.

Con base en ambas tendencias se formula una teoría centrada en la toma de decisiones por parte del delincuente. Su principal idea es que *el delito es el resultado de una elección racional*; es un comportamiento intencional (*purposive behavior*) dirigido a beneficiar al delincuente de alguna manera. El delincuente persigue fines cuando comete un delito, pero también corre algunos riesgos, como el de ser detenido. El delincuente, por lo tanto, se encuentra ante una elección, y ha de optar.

Pues bien, según esta teoría las personas actúan en función de las expectativas de beneficio que puedan obtener. En esa relación entre recompensas y riesgos, el sujeto optará por cometer un delito cuando los beneficios calculados sean mayores que los riesgos generados⁸. En esta línea, las normas sobre prevención del blanqueo de capitales persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos. Y en este contexto, y para evitar que el delito pueda verse como una fuente de ganancias, cobra especial relevancia también toda la legislación relativa al comiso (algunos aluden al comiso como una nueva industria de control del delito⁹).

Algunas investigaciones recientes muestran que en el origen de esta estrategia político criminal han influido las creencias religiosas. Existe un reciente trabajo que apunta a la ideología propia de la moral cristiana como la inspiradora del sistema de prevención del blanqueo de capitales. *Bosworth-Davies* advierte que el enfoque dirigido a hacer frente a las finanzas de origen delictivo (*follow the money*) tiene su origen en la moral judeo-cristiana que ha influido en los dirigentes de los Estados Unidos de América y el Reino Unido, hasta conseguir extenderse a todo el mundo¹⁰. De acuerdo con dicha moral, los productos del delito están corruptos y son por ello intocables, hasta que pierdan su mancha retornando a su legítimo propietario. Esta afirmación, válida para los delitos patrimoniales de desapoderamiento, se ha extendido a todos los delitos que generan ganancias (en semejanza a la fruta del árbol prohibido que comió Eva). Hasta que no vuelven a la economía legítima de manera lícita, algo que sólo puede hacer el Estado mediante la institución del comiso, no se pueden realizar operaciones con tales bienes. Esta forma de entender las cosas se ha impuesto en todo el mundo a través de las normas internacionales. *Bosworth-Davies* señala que en algunos países asiáticos no se comprende esta filosofía al no acomodarse a su experiencia social y cultural.

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

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

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

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

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

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

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

II. Instrumentos internacionales relativos al delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos, a diferencia de los delitos más clásicos (homicidio, robo, etc.), es de *tardía aparición*. Una de las primeras referencias internacionales a este fenómeno la encontramos a finales de los años 70 del siglo pasado, cuando el Consejo de Europa abordó los graves problemas que en el marco de los países miembros planteaba el lavado de activos de origen delictivo. Esto llevó a la aprobación de la Recomendación N° R(80)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980. Las recomendaciones dirigidas a sus Estados miembros tienen como objetivo garantizar que el sistema bancario colabore y preste asistencia a las autoridades judiciales y policiales en la lucha contra el lavado de activos¹¹.

Hay que esperar hasta el mes de diciembre de 1988, cuando el *Comité de Basilea* sobre Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias (compuesto por representantes de los bancos centrales del Grupo de los diez países más industrializados (G-10)) promulgó una declaración de principios urgiendo a los bancos y otras instituciones financieras a tomar medidas para impedir que puedan ser utilizados para el lavado de activos. Estas medidas incluyen: obtener información sobre la identidad de sus clientes, adoptar medidas para averiguar la verdadera titularidad de las cuentas y bienes, rechazar la realización de negocios con clientes que se nieguen a proporcionar información sobre su identidad y a cooperar con las autoridades, rechazar la realización de transacciones sospechosas, y adoptar acciones legales apropiadas en respuesta a las transacciones sospechosas¹².

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

Así, por ejemplo, el *Consejo de Europa* aprobó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Las novedades más importantes son que se refiere al lavado de bienes procedentes de cualquier delito (y no sólo del tráfico de drogas), y que tipifica los comportamientos de lavado imprudentes en lo relativo a la verificación de la procedencia delictiva de los bienes¹⁴. Este Convenio ha sido recientemente modificado, para incluir, entre otras cosas, la financiación del terrorismo. Ahora se le conoce como *Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*.

Las *normas de prevención* del lavado de activos tienen su origen, como se ha dicho, en los Estados Unidos de América. De allí pasaron al ámbito internacional, siendo su expresión más elaborada la expresada en las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) del año 1990, que han sido modificadas en 2012. Estas recomendaciones constituyen el modelo a seguir en materia de lavado de activos. Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el GAFI publicó otras nueve recomendaciones centradas en la lucha contra la financiación del terrorismo¹⁵.

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

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

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

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

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

Las Recomendaciones del GAFI fueron tomadas como referencia en la Unión Europea, donde se elaboró la denominada Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991)¹⁶. Hoy día nos encontramos ya ante la tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que intensifica las obligaciones.

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

La *Organización de Estados Americanos* (OEA) también ha emprendido acciones dirigidas a suprimir el flujo de narcóticos y de productos ilícitos a través de su territorio. En la Conferencia de la OEA sobre tráfico de drogas que tuvo lugar en Río de Janeiro, del 22 al 26 de abril de 1986, se recomendó a la Asamblea General la creación de una Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)¹⁷. Desde su fundación ha establecido diversos mecanismos para combatir el lavado de activos. En febrero de 1991, la CICAD reunió un grupo de expertos que preparó un reglamento modelo contra el lavado de activos, en el que recomendaba a los países miembros que aprobasen legislación tendente a tipificar como delitos todas las actividades relacionadas con el lavado de los productos procedentes del tráfico ilícito de drogas¹⁸. La CICAD aprobó en marzo de 1992 el *Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*, y posteriormente lo hizo la Asamblea General de la OEA, en la octava sesión plenaria celebrada el 23 de mayo de 1992, en las Bahamas. El Preámbulo y la introducción del Reglamento modelo toman como referencia expresa las disposiciones del Convenio de Naciones Unidas de 1988. Las disposiciones del Reglamento modelo pivotan sobre la mencionada Convención, en cuyo contenido se inspiran y pretenden desarrollar. Este Reglamento no es un Convenio vinculante, de manera que su incumplimiento no conlleva consecuencias jurídicas negativas para los Estados.

Posteriormente el *Grupo de Expertos* para el Control del Lavado de Activos se reunió en Santiago, Chile, en octubre de 1997, en Washington, D.C., en mayo de 1998 y en Buenos Aires, en octubre del mismo año, e introdujo una serie de modificaciones al mencionado reglamento modelo, que fueron aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999. La mayoría de estas modificaciones han de ser positivamente valoradas, en la medida en que acogen las tendencias más novedosas en la materia, ampliando el delito de lavado a las acciones de reciclaje que recaiga, no sólo sobre bienes procedente en delitos de tráfico ilícito de drogas, sino también de otros delitos graves. Han sido diversas las modificaciones llevadas a cabo por el Grupo de Expertos siendo las últimas las procedentes de los informes finales de las reuniones del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), celebradas en Washington D.C. del 13 al 15 de Julio de 2004, y en Bogotá, Colombia del 14 al 18 de noviembre, 2005¹⁹.

16 *Ibidem*, pgs. 125 ss.

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

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

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

En Centroamérica las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá suscribieron, en el marco de la XIX cumbre de presidentes centroamericanos, que tuvo lugar en Panamá el 12 de junio de 1997, el *Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*. En él se pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero y el Decomiso en Materia de Drogas del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) de 1995. El artículo 2 de este Convenio obliga a las partes a tipificar penalmente el delito de lavado de activos. Las conductas constitutivas de este delito son prácticamente idénticas a las previstas en la Convención de Naciones Unidas²⁰.

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

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

Es de destacar también la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*. En el mes de diciembre de 2000 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²¹. Con el propósito de “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (art. 1), esta Convención contiene disposiciones relativas al lavado de activos. En concreto, los artículos 6 y 7 se refieren, respectivamente, a la “penalización del blanqueo del producto del delito” y a las “medidas para combatir el blanqueo de dinero”.

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

Por último, es de destacar que en el marco de las Naciones Unidas, y en concreto en el ámbito de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se ha creado el *Programa Mundial contra el Lavado de Dinero* (GPML, en sus siglas en inglés), que es el instrumento más importante del que dispone esta organización internacional en esta materia. Mediante este Programa Mundial las Naciones Unidas ayuda a sus Estados miembros a introducir legislación contra el lavado de activos y a desarrollar y mantener los mecanismos que hacen frente a este fenómeno delictivo²². Entre otras cosas, elabora legislaciones modelo para servir de orientación a los países que pretendan implementar leyes contra el lavado. Destacan sobremanera en este ámbito dos legislaciones modelo:

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

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

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

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

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

III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales

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

1. Las primeras, esto es, las dirigidas a ocultar o encubrir el origen de los bienes, se encuentran recogidas en el artículo 3 b) i) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6.1. a) del Convenio del Consejo de Europa y en el art. 6.1.a) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Los términos empleados para describirlas se refieren a la “conversión” y a la “transferencia” de los bienes de origen delictivo, para ocultar o encubrir su procedencia. De todas las conductas tendentes a la ocultación o encubrimiento, solamente las que consistan en la conversión o transferencia de los bienes son constitutivas de lavado. También lo es la participación en la conversión o transferencia de los bienes²³.

2. Las segundas, recogidas en el artículo 3 b) ii) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6 1. b) del Convenio del Consejo de Europa, en el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA, y en el art. 6.1.1.ii) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, se refieren a la ocultación o encubrimiento (simulación dice con mejor criterio la convención contra la delincuencia organizada transnacional y disimule dice el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA)²⁴ de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o derechos relativos a tales bienes origen delictivo. Todas las acciones que produzcan la ocultación o el encubrimiento de bienes de procedencia delictiva o de derechos sobre los mismos, son constitutivas de lavado de activos. También lo es la participación en tales actividades²⁵.

3. Por último, aluden los instrumentos internacionales al definir el lavado de activos a otra serie de conductas: la “adquisición”, la “posesión” y la “utilización”²⁶, así como la “tenencia” y la

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

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

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

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

“administración”²⁷ de los bienes de procedencia ilícita. Por su parte, el Reglamento Modelo de la OEA castiga las ya aludidas conductas de “conversión”, “transferencia” o “transporte” de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se encuentren movidas por la intención de ocultar o encubrir su procedencia. Es importante destacar que estos comportamientos en los Convenios de Naciones Unidas (y también en el Convenio de Estrasburgo y Viena) se castigan a reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado (art. 3.1.c) del Convenio de Viena).

De lo descrito se desprende que los legisladores internacionales pretenden evitar que quede alguna laguna en la punibilidad de las conductas de lavado de activos. Se trata de una descripción que incorpora fórmulas omnicomprensivas, de gran casuismo²⁸, que dan cabida prácticamente a todo comportamiento que suponga un contacto con bienes de origen delictivo.

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

1. La conversión de bienes procedentes de un delito grave

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

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

El primer nivel de interpretación al que podemos acceder es el gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que el término conversión consiste en la “acción y efecto de convertir o convertirse”, así como en la “mutación de una cosa en otra”. El término “convertir” se define como “mudar o volver una cosa en otra”. Hemos de partir de esta interpretación, así como de la interpretación funcional, determinada por el fin de luchar contra el lavado de activos procedentes de un delito, para fijar el contenido del término que nos ocupa. Un contenido que debe adecuarse al objetivo que se persigue de lucha contra el lavado de activos, pero que no puede sobrepasar lo que es su sentido gramatical, desvirtuándolo o dejándolo sin sentido. De la interpretación gramatical podemos deducir una característica (en nuestra opinión la esencial) consistente en que los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito. De ahí el carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo. Ello se aprecia fundamentalmente en este delito donde el objeto material despliega una gran influencia sobre el contenido de la acción típica, y más concretamente sobre el comportamiento de conversión.

²⁷ Art. 2.2 Reglamento Modelo OEA.

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

El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de recaer directamente sobre el objeto material. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas a las originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta. Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador. De lo contrario se originaría una laguna de punibilidad al quedar impune el blanqueador que ordena a un tercero, que no conoce el origen de los bienes, llevar a cabo tal transformación, al no ser él mismo quien la lleva a cabo²⁹. En cualquier caso, es indiferente que la mutación sea reversible (transformación de dinero en cualquier título al portador) o no (transformación de una joya con importante valor histórico en oro)³⁰.

El límite inferior de la tipicidad viene dado por la descripción de la siguiente conducta típica: la transferencia. Cuando los bienes resultantes de una acción de transferencia de los que proceden de un delito son otros totalmente diferentes no basados en los originarios, estaremos ante otra conducta también típica no subsumible en el tipo de conversión. La doctrina considera que la acción típica de “convertir” hace referencia a un “proceso de sustitución”³¹ característico del lavado de activos que normalmente se realiza mediante diversas operaciones financieras o de otro tipo. Según esta interpretación, quedarían abarcados los supuestos en que los bienes procedentes de un delito grave son transmitidos a título oneroso, de manera que el bien originario es sustituido por otro en el patrimonio del blanqueador. Sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible considerar estos supuestos como transferencia de bienes, mientras que la conversión quedaría reservada exclusivamente a los supuestos de transformación. En la práctica esta cuestión no tiene mucha relevancia, pues ambos son comportamientos subsumibles en la amplísima descripción típica del Convenio de Viena. Por eso, discutir si quien transmite a título oneroso (si fuese a título gratuito estaríamos indudablemente ante una transferencia) un bien procedente de un delito convierte o transfiere³² no tiene mucho sentido. La conversión del bien de origen delictivo no necesariamente ha de ser por otro de naturaleza distinta³³, sino que también comprende supuestos en los que se convierte en otro de la misma naturaleza³⁴.

En cualquier caso, la referencia a la acción típica de “convertir” ha sido calificada por algún autor como “muy acertada”³⁵ desde las posturas que interpretan tal término en el sentido de “proceso de sustitución”. En nuestra opinión, y estimando que hace referencia a la transformación³⁶ de los bienes, también es una medida positiva, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La transferencia

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

Una interpretación gramatical del término “transferencia” lleva a algún autor a considerar que “transferir” consiste en llevar una cosa de un lugar a otro, transmitir o traspasar³⁷. Por tanto, esta transferencia se produce no sólo con el cambio de ubicación de un bien, sino también cuando se transfiere el bien a terceros³⁸.

Para la realización del injusto es necesaria la transferencia efectiva de los bienes procedentes de un delito. Cuando se transfiere un bien, se está haciendo referencia a la transmisión de los derechos sobre el mismo. Desde el punto de vista civil se entiende que la transmisión supone traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad³⁹. La transmisión en Derecho civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causas de la transmisión. Con carácter próximo a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su titular (incluidos supuestos en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto *inter vivos*⁴⁰.

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

La conducta de transferencia de bienes procedentes de un delito puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. También, en principio, quedan abarcadas las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. Estas últimas, sin embargo, presentarían problemas en orden a la sanción del autor, sobre todo si la causa de la transmisión es su muerte, dado que ella extingue la responsabilidad penal, no susceptible de transmisión a los sujetos receptores de los bienes, por el principio de personalidad de las penas⁴¹.

Finalmente, van a quedar abarcadas las transferencias electrónicas de dinero de unas cuentas bancarias a otras, incluidas las de carácter internacional, uno de los retos más importantes en la lucha contra el lavado de activos. La experiencia pone de manifiesto la utilización masiva de las transferencias bancarias como método para blanquear fundamentalmente dinero⁴². Esta interpretación se adecua así a los proyectos del Convenio de Viena, como por ejemplo el “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el

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

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

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

40 *Ibidem*.

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

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

Secretario General, que al definir “blanqueo” en su art. 1.j) se refería expresamente a la conducta de “movimiento del producto por transmisión electrónica”. Matiza, con todo, esta cuestión Palma Herrera, al entender que en el caso de las transferencias electrónicas se debe producir una salida de los capitales del señorío de quien las realiza, debe producirse un traslado dominical⁴³. Es cierto que de no tener lugar tal traslado se produciría exclusivamente un desplazamiento de los bienes, que poco tendría que ver con el lavado de activos. Ahora bien, una interpretación sistemática del tipo del lavado de activos permite comprender también estos supuestos. Imaginemos que el blanqueador hace una transferencia de varios millones a una cuenta que tiene en un banco ubicado en un paraíso fiscal, con el objetivo de ocultar el origen del dinero. ¿Está haciendo una transferencia para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes? La respuesta ha de ser afirmativa. La interpretación de este autor puede dar lugar a lagunas que van a ser utilizadas de forma muy fructífera por los blanqueadores. Sería entonces muy fácil alegar por quien se dedica al lavado de activos y que dispone de los bienes de origen delictivo, que no comete delito cuando transmite el dinero a una cuenta propia en un paraíso fiscal con la finalidad de reciclarlo.

En resumen, la conducta de “transferencia” se define, de acuerdo con el concepto civil de “transmisión”, como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave⁴⁴.

B. La ocultación o encubrimiento

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

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos tipos penales, son supuestos muy cercanos al favorecimiento o encubrimiento real⁴⁵, pues con tales conductas se está ayudando al delincuente a aprovecharse de los productos de sus delitos, e impidiendo el descubrimiento de tales productos ilícitos. No se trata, por tanto, de un supuesto de receptación, porque no se requiere la intención de obtener una ventaja o beneficio económicos por parte del sujeto activo, aunque tampoco la excluye. Pero el hecho de que el tipo no lo exija, da cabida tanto a los supuestos en que tenga lugar el aprovechamiento, como a supuestos en que no⁴⁶.

La doctrina trata de buscar algún criterio de delimitación entre las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento, y éstas, consistentes precisamente en la ocultación o encubrimiento. Por eso algunos autores entienden que las primeras constituyen el tipo básico, mientras que las segundas tratan de castigar el lavado de los bienes que ya han sufrido una primera transformación, que es la castigada por las primeras. En este sentido, algunos autores se refieren a esta modalidad delictiva como “doble enmascaramiento”, pues se trata de la ocultación de bienes que previamente han sido enmascarados mediante las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento⁴⁷. Por contra, otros entienden que las segundas constituyen el tipo básico del delito de lavado⁴⁸.

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

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

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

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

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

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

Además, se entiende que estamos en presencia de un delito de resultado⁴⁹. Por tanto, el *encubrimiento* de los bienes se considera un resultado, pues su consecución constituye un resultado unido mediante una relación de causalidad a cualquier acción dirigida a ello. Sin embargo, otros autores califican tales delitos como de mera actividad, “desvinculados del eventual resultado delictivo que pueda verse favorecido por la actividad del blanqueo”⁵⁰. En este sentido, algún autor⁵¹ entiende que el delito de lavado es un delito de peligro abstracto para el bien jurídico (la lealtad competitiva a su juicio), siendo muy difícil entender que es un delito de resultado porque éste es un “proceso siempre perfectible”, sin que sea posible afirmar con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado.

Más problemática es la consideración de la ocultación como resultado separable espacio-temporalmente de otras conductas⁵². Normalmente, cuando se alude a la ocultación de bienes parece hacerse referencia a una acción dirigida a la consecución de un resultado, y no tanto un resultado como tal⁵³. Por eso, podría pensarse que se está haciendo referencia a una mera actividad, y no tanto a un resultado. Incluso que constituye una actividad para la consecución del encubrimiento como resultado. Sin embargo, esto choca con la letra de los convenios internacionales que emplean la conjunción “o” entre ocultar y encubrir, de manera que puede consumarse el delito sólo con la ocultación sin necesidad de que produzca como resultado el encubrimiento. Entendemos que la ocultación hace referencia tanto al comportamiento como al resultado de tal comportamiento⁵⁴.

1. La ocultación

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

Son diversas las definiciones que se han aportado desde la doctrina penal española en referencia a la ocultación. *Rodríguez Mourullo* considera que consiste en una “acción que tiende a evitar que algo sea conocido”⁵⁶. *Conde-Pumpido* indica que la ocultación ha de entenderse no sólo como “acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae”⁵⁷. *Gómez Pavón*, en relación con la ocultación como conducta activa, la define de manera negativa como “cualquier acción tendente a conseguir el no descubrimiento del hecho anteriormente perpetrado”⁵⁸.

49 Cfr. FABIAN CAPARROS, E. A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1993, pgs 585 ss, pg. 607, respecto del CP español derogado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendemos que la ocultación consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos. Se podría interpretar que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del sustrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. No se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito grave son materialmente escondidos. De esta manera, se excluye que el enterramiento de los bienes de origen delictivo pueda dar lugar al delito de lavado de activos⁵⁹. No consideramos que sea ésta una interpretación acorde con la finalidad de la norma que pretende sancionar las conductas de ocultación, tanto de bienes como de derechos, que procedan de un delito grave. Ha de ser punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo, pues es un comportamiento subsumible directamente en un tipo penal. Quien esconde el bien, oculta, por ejemplo, su destino.

La doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar⁶⁰, o mediante una conducta pasiva -callar lo que se conoce⁶¹. Las activas abarcan conductas de carácter manipulador o clandestino, realizadas en el tráfico económico⁶². La conducta omisiva consiste en callar lo que se puede o debe decir⁶³. Es discutible si cabe admitir la sanción de las conductas omisivas de ocultación. *Gómez Pavón* las considera de dudosa admisibilidad⁶⁴.

Sin embargo, *Rodríguez Mourullo* opina que, para que la ocultación omisiva resulte penalmente relevante, ha de existir un específico deber jurídico de obrar, esto es, de sacar a la luz lo que se conoce⁶⁵. Por tanto, cuando la acción que se omite sea adecuada en un juicio *ex ante* para impedir un resultado lesivo, serán admisibles conductas ocultadoras omisivas. Para ello será necesario un previo deber jurídico que imponga una obligación de actuar que, en virtud de un juicio *ex ante*, resulte objetivamente adecuada o necesaria para evitar el resultado lesivo⁶⁶. *Cuerda Arnau* señala que esta interpretación restringe el tenor literal de la Ley, pues desde el punto de vista gramatical, “ocultar omitiendo” no es sólo callar advertidamente lo que se *debe* decir, sino también lo que se *puede* decir y no se dice⁶⁷.

En el caso del lavado de activos, la presencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas.

Existen deberes jurídicos de comunicar, esto es, de no callar información relativa a hechos u operaciones sospechosas de lavado de activos, que recaen sobre personas físicas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. Esta es una interpretación adecuada, pues si la ley exige la comunicación de las operaciones sospechosas, con más razón deben comunicarse a la autoridad las operaciones de las que se tiene constancia de que son constitutivas de lavado de activos, porque sólo se pueden sancionar las conductas de ocultación cuando se conoce la procedencia de los bienes⁶⁸.

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

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

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

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

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

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

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

66 GOMEZ PAVON, encubrimiento, cit., pgs. 85/6.

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

68 Sobre esta cuestión cfr. ampliamente nuestra obra BLANCO CORDERO, Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales), Granada, 1999, pgs. 115 ss.; también PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 465 ss.

2. El encubrimiento o disimulación

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “encubrir” como “ocultar una cosa o no manifestarla”, “impedir que llegue a saberse una cosa”. Estas definiciones, sin embargo, no son muy clarificadoras sobre el significado jurídico-penal del término “encubrimiento”.

El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, en nuestra opinión, la utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha de entenderse como sinónimo de ocultación. Así lo han entendido algunos países, como por ejemplo Portugal, que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico parece percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquélla, y en lugar de hacer referencia al encubrimiento, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico “disimular”. En la misma línea, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y la Convención de Mérida sobre la corrupción aluden a la disimulación, para evitar confundir el término encubrimiento con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos. Y también el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA. Este término es sinónimo del encubrimiento, y alude al enmascaramiento, desfiguración, etc. en este caso del origen delictivo de los bienes.

Entiende la doctrina mayoritaria que los términos ocultar o encubrir son sinónimos⁶⁹, y así se utilizan por los textos internacionales, por lo que se podría haber omitido una de las dos palabras⁷⁰.

C. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir

1. La adquisición de bienes

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

La “adquisición” es un término de contenido complejo, por razón de su propia amplitud, pues se puede aplicar a diferentes situaciones jurídicas en diversos campos del Derecho⁷¹. Así, por ejemplo, en el ámbito civil se hace referencia a la adquisición en el marco de la dinámica de los derechos subjetivos. La cuestión es cuál es el sentido que se ha de atribuir al mencionado término en el ordenamiento jurídico-penal.

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

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

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

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

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

El segundo de los significados aportado por el Diccionario de la Lengua Española se corresponde en gran medida con la definición civil del término “adquisición”, entendida como el fenómeno jurídico que consiste en el ingreso de un derecho en la esfera jurídica de una persona, esto es, “como incremento que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia de un determinado hecho o relación de Derecho”⁷³. Desde esta perspectiva, el incremento patrimonial se refiere tanto a un aumento del activo, como a una disminución del pasivo del patrimonio⁷⁴.

La adquisición puede hacerse de tres formas: con la voluntad de aquel que adquiere, sin su voluntad o contra su voluntad. Es posible adquirir sin la voluntad del adquirente⁷⁵, e incluso existen supuestos en que la adquisición se opone a su voluntad⁷⁶.

Ya en el ámbito penal, algún autor considera que la adquisición es “equivalente a la toma de posesión de un cierto objeto”⁷⁷. Puede realizarse bien en virtud de una acción unilateral del sujeto -sustracción, descubrimiento seguido de ulterior apropiación-, bien en virtud de una conducta de éste concurrente con la de una persona distinta -adquisición a título oneroso o gratuito⁷⁸. Por tanto, se equipara adquisición con ingreso en la esfera jurídica de una persona del derecho de posesión.

Respecto de los instrumentos internacionales, cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos de origen delictivo, entendemos que la adquisición consiste en el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo. No va a ser necesario que se produzca un incremento patrimonial⁷⁹, pues también existirá la adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, produciéndose así una disminución del patrimonio⁸⁰. Ni siquiera va a ser necesario el ánimo de lucro⁸¹. Tampoco va a ser precisa una contraprestación para poder hablar de adquisición⁸².

Discute la doctrina si se incluye o no el derecho de posesión. Opina un sector doctrinal que la simple posesión fáctica no debería quedar incluida en esta modalidad típica⁸³. En este sentido, señala *Palma Herrera* que la adquisición lo será de la propiedad del bien o titularidad del derecho, sin que quepa la mera posesión del mismo. Esto, concluye, llevaría a la conclusión de que también el alquiler de un bien de procedencia delictiva significa su adquisición. No acabo de entender porqué razón esta conducta no es subsumible en esta modalidad delictiva, pues quien alquila el bien adquiere un derecho sobre él, y puede actuar con la finalidad de ocultar su ilícita procedencia⁸⁴. Entiendo que la inclusión o no de la posesión va a depender de si se encuentra o no expresamente castigada dicha conducta de posesión. De serlo así, no podrá reconducirse a esta conducta de adquisición. De lo contrario, podría quedar incluido en la adquisición el derecho de posesión⁸⁵.

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

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

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

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

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

78 *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

2. El transporte

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

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

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

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

3. La posesión y la tenencia

a. Introducción

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

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

b. Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia

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

En el ámbito del delito de tenencia de armas en el Derecho español, CORDOBA RODA indica que, en atención a la letra y al fin de la ley, la tenencia no sólo equivale a posesión, sino que se restringe tal posesión a “aquella detentación que resulte idónea para la utilización del arma según su función”⁸⁶. Con tal interpretación, la tenencia abarca, por razones teleológicas⁸⁷, un ámbito menor que la posesión y restringe su contenido en función del objeto sobre el que recaea, de manera que surge aquí un primer criterio de distinción de ambos términos.

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

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

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

c. Distinción entre tenencia y posesión

Por otra parte, en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, LUZON PEÑA⁸⁸ plantea una distinción entre “posesión” y “tenencia”, fundamentalmente basada en el requisito de la disponibilidad⁸⁹. En su opinión la posesión exige disponibilidad real y actual. No se puede aceptar para la “posesión” que el sujeto tenga los bienes a su disposición (en este caso droga) en algún lugar, “en el sentido de que otros la tengan o la hayan puesto a su disposición”⁹⁰. Ello supondría tener un mero poder de disposición sobre los bienes pero no su disponibilidad real y actual⁹¹.

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

Ahora bien, plantea que el término “posesión” es más restrictivo que el de “tenencia”, en la medida en que la posesión requiere siempre la efectiva disponibilidad pero no la exige la tenencia. Textualmente señala que “puede haber posesión con disponibilidad sin tenencia material y también con tenencia material, pero acompañada de disponibilidad efectiva, mientras que podría considerarse que tenencia puede darse (...) con disponibilidad aun sin tenencia material, pero, a

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

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

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

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

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

91 Ibidem, pg. 747.

92 Ibidem, pgs. 747/8.

diferencia de la posesión, también ya con la tenencia material, aunque no haya disponibilidad”⁹³. En este argumento residiría la distinción entre “tenencia” y “posesión”.

En nuestra opinión, es éste el criterio más claro a la hora de diferenciar ambos términos: la tenencia (material o no) no exige la disponibilidad del bien, aunque puede concurrir, mientras que la posesión requiere siempre que exista una disponibilidad real y efectiva. Por ello, en el ámbito del lavado de activos parece más correcto entender la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. De esta manera se logra una interpretación del término “posesión” acorde con su significado gramatical que implica la tenencia⁹⁴, y adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros.

Por razón de la descripción típica que realiza el art. 3.1.c.i del Convenio de Viena es preciso que los bienes se hayan recibido⁹⁵. Algún autor opina que no es necesaria la tenencia material de los bienes “basta con que el sujeto ... tenga el poder de disposición sobre tales objetos”⁹⁶. Esta interpretación se acomoda a la intención del legislador del luchar contra el lavado sancionando cualquier conducta de posesión vaya acompañada de tenencia material o no.

4. La utilización

a. Introducción

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

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

En cuanto al significado del término normativo “utilización”, existe una tendencia doctrinal a identificar los términos “utilización” y “uso”, ambos empleados en la legislación internacional⁹⁷. Por usar entiende la doctrina “hacer servir una cosa para un determinado objeto”⁹⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, a la vista de la diversidad terminológica, parece más correcto dotar de contenido propio y específico al término “utilización”.

93 *Ibidem*, pgs. 748/9.

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

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

96 QUERALT JIMENEZ, “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 96, 8 abril 1993, pgs. 1 ss, pg. 3, poder de disposición que “permita auxiliar en la forma típica al autor del delito principal de tráfico de drogas o de precursores”.

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

98 Cfr. CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, cit., pgs. 917, 967.

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

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

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

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

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

b. Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización

Podríamos continuar hasta el infinito en la descripción de casos. Sin embargo, surge la duda de si todos los casos aquí mencionados han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación. Esto es, se trata de determinar el límite inferior de la tipicidad en relación con el elemento normativo "utilización", de tal forma que nos permita fijar si las conductas mencionadas y similares suponen la realización del delito de lavado. Ello fundamentalmente debido a la amplitud de la materia de prohibición, y a la ausencia de límites expresos en la normativa, salvo los relativos al tipo subjetivo. A la hora de establecer límites, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido. Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera entre tipicidad y atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito. Tales mecanismos vienen dados por el recurso a los principios inspiradores del Derecho Penal, en virtud de los cuales va a ser posible excluir los supuestos que han de quedar al margen de toda intervención punitiva del Estado mediante el recurso a su instrumento más contundente.

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

Es claro que para hacer uso de un bien, en principio, es necesario que éste llegue al poder del sujeto o se encuentre ya en su poder, aunque las normas internacionales no son claras a la hora

de determinar la forma en que ello se puede producir. Únicamente el Convenio de Viena hace referencia a que el sujeto debe haber recibido los bienes. Ambos datos nos inclinan a considerar que es necesaria la disponibilidad previa del bien. Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

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

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

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

5. La administración

El término administración fue introducido en el Reglamento Modelo de la CICAD en 1998. Administrar significa gramaticalmente “ordenar, disponer, organizar”. Este término parece que pretende sancionar a todas aquellas personas o se hacen cargo de los intereses de otros, gestionando los bienes que tienen origen delictivo⁹⁹.

6. El problema de las acciones socialmente adecuadas

En relación con estos comportamientos que se pueden realizar sin la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes, surge un importante problema que ha ocupado a la doctrina. En concreto, una cuestión fundamental a analizar es si han de sancionarse las denominadas acciones socialmente adecuadas, la actividad comercial diaria, esto es, las acciones que se desarrollan en la vida cotidiana. El panadero que vende pan al narcotraficante, el taxista que le transporta, ¿realizan conductas constitutivas del delito de lavado, cuando aceptan el pago por sus bienes y servicios? La oferta de bienes y servicios al público en general puede ser utilizada por los delincuentes para reciclar el dinero. El problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo¹⁰⁰.

La sanción de las conductas de adquirir, recibir u ocultar configura una norma que parece pretender el aislamiento de autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la

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

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

circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente a sabiendas del origen de sus bienes. Sería una especie de excomunión económica de los delincuentes. Se sanciona de esta manera a quien quiebra la excomunión económica de los delincuentes. Quedan abarcados todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados.

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

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

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

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

1. Criterios de limitación relativos al tipo subjetivo. Un sector doctrinal considera que la cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es en realidad un problema concerniente al dolo¹⁰¹, y, en concreto, al dolo eventual. Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y es punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado), ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (lavado, encubrimiento). De lo contrario, se dice, quedarían impunes determinados comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas.

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

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

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

obtener la reconstrucción del curso financiero, para tener así acceso a los centros de la organización criminal¹⁰³. Con base en estas finalidades, excluye este autor del tipo del delito de lavado de activos determinadas acciones socialmente adecuadas.

Niega que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de lavado de activos. El límite del aislamiento del delincuente se encuentra situado allí donde éste pretende satisfacer con el dinero de origen delictivo necesidades humanas y sociales básicas. Por eso, opina Barton¹⁰⁴ que quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas del autor del delito previo o del lavador, no realiza el tipo del lavado. La seguridad interior, uno de los fines que pretende la norma del lavado en Alemania, no resulta lesionada cuando alguien satisface en el ámbito de la normalidad social sus necesidades vitales. Más bien, el ordenamiento público y la paz social se verían menoscabadas si se negase a las personas la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas físicas o sociales de forma fraudulenta.

También recurre al fin objetivo de protección de la norma para proceder a una reducción teleológica del tipo del lavado, y negar que el bien jurídico protegido sea menoscabado cuando alguien acepta dinero del autor del delito previo en cantidades pequeñas a cambio de servicios normales¹⁰⁵.

A nuestro juicio, hubiera sido conveniente que desde las instancias internacionales se hubiese limitado de alguna manera la descripción de los comportamientos mediante el recurso a alguna de las fórmulas aquí señaladas. En este sentido, por ejemplo, el legislador español ha excluido las actuaciones socialmente adecuadas del tipo de este delito a través del recurso al reforzamiento del dolo. En efecto, la normativa española exige expresamente que el sujeto activo actúe con la intención de encubrir el origen de los bienes, esto es, se precisa el dolo directo de primer grado¹⁰⁶. Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 301 CP español), no realiza el tipo del delito de lavado de activos. Sólo de esta manera se puede evitar una ampliación desmesurada de la punibilidad de las conductas de lavado de activos.

D. Examen especial de la conducta omisiva

Ya hemos aludido al examinar las conductas constitutivas de lavado de activos, que algunas de ellas son susceptibles de comisión por omisión. La posibilidad de admitir la omisión va a depender de la estructura de cada conducta típica. Así por ejemplo, la conducta de ocultación admite la omisión en aquellos casos en los que la ley imponga expresamente la obligación de declarar algo. Como se ha señalado, en el caso del lavado de activos, la exigencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos¹⁰⁷.

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

104 BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit", pgs. 161/2.

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

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

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

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

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

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

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

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

Estas son las obligaciones que impone el Reglamento. Pues bien, su incumplimiento por parte de las entidades financieras o por sus empleados o directivos constituye delito penal. Estamos ante una modalidad delictiva omisiva, ante un delito de omisión¹⁰⁹. La omisión consiste, como es conocido, en la inejecución de una acción preceptuada por el Derecho: no es un simple no hacer, es la inejecución de una acción jurídicamente debida.

Desde un punto de vista conceptual se distinguen dos clases de delitos de omisión: a) los delitos de simple omisión, también denominados de omisión pura, en los que la inejecución de la acción esperada es consumativa, consume el delito; b) los delitos de comisión por omisión, en los que no basta la omisión, sino que es preciso además que la omisión produzca un resultado típico. Pues bien, estamos ante un delito de omisión pura, en el que el incumplimiento de las obligaciones impuestas consume el delito¹¹⁰.

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

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

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

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

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

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

Desde un punto de vista subjetivo será necesario probar que el sujeto activo conoce la situación objetiva, que conoce, por ejemplo, que la operación que pretende realizar el cliente es compleja o insólita. Pero no basta con esto, sino que desde el punto de vista subjetivo exige el Reglamento Modelo que la omisión del sujeto activo sea deliberada. Esta referencia se identifica con el dolo directo, de manera que el sujeto debe tener la intención, la voluntad de incumplir con sus obligaciones¹¹¹.

Como se puede apreciar, es un delito cuyo injusto se cifra en la infracción de deberes formales, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las instituciones financieras. Se trata de un delito de desobediencia¹¹², en el que la consumación viene determinada por dicho incumplimiento obligacional. Estamos ante un delito de *peligro abstracto*, no siendo necesario acreditar en el caso concreto una puesta en peligro, ni siquiera potencial, del bien jurídico¹¹³. Y es que es punible el no comunicar una transacción sospechosa, aunque los bienes implicados en la misma no sean de origen delictivo, es decir, aunque no se trate de una operación de lavado.

Es una figura delictiva que se puede observar a nivel del Derecho Comparado. Así por ejemplo, en Suiza, el art. 305 ter del Código Penal castiga comportamientos similares, como por ejemplo, omitir verificar, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del derecho económico. En la misma línea, en los Estados Unidos se castiga el incumplimiento por parte de las entidades financieras de las obligaciones de identificar y declarar a las autoridades determinadas operaciones. Vemos así que se castigan delitos de mera desobediencia y de peligro abstracto¹¹⁴, en los que lo que se pretende es sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte de las entidades financieras, con independencia de cual sea el resultado. De esta forma se exige a las autoridades de la difícil prueba del origen de los bienes involucrados en la operación, de manera que, cualquiera que sea éste, se va a castigar a quien incumpla sus obligaciones¹¹⁵. Se trata de una manera muy criticable de proceder, contraria a los principios básicos que inspiran el Derecho penal actual.

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

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

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

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

¹¹³ *Ibidem*.

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

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

A. En la normativa internacional

La mayoría de los tratados internacionales específicamente referidos al lavado de activos realizan indicaciones terminológicas al inicio, tratando de aclarar qué significan algunos de los términos que utilizan para su adecuada aplicación¹¹⁶. Así, el informe explicativo de la Convención del Consejo de Europa indica que algunas precisiones que efectúa en relación con los términos empleados lo son de “manera general” para que las legislaciones internas de los Estados no queden fuera del ámbito de aplicación de dicha Convención. Con ello, se pretende crear una “terminología autónoma” que debería ser interpretada en el Derecho interno en orden a garantizar una “aplicación lo más fiel y eficaz posible de la convención”¹¹⁷. Entre los términos precisados se encuentra la distinción entre “bienes” y “productos”, elementos posteriormente incluidos en la definición de lavado de activos. El “Proyecto de Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, elaborado por el Secretario General de Naciones Unidas en 1986, definía exclusivamente el término “producto”, pero no el término “bienes”. Entendía por “producto” “los bienes habidos del tráfico ilícito” con inclusión de “la propiedad de cualquier tipo material o inmaterial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella” (art. 1.n)).

El texto definitivo de la Convención de Viena, acertadamente, diferencia y define ambos términos. De esta forma aclara el significado de dos términos empleados en su articulado, y extrae del contenido de la definición única de “producto” el que corresponde a los “bienes”. Define “*bienes*” como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”¹¹⁸. En el mismo sentido se expresan el Convenio del Consejo de Europa¹¹⁹ cuyas definiciones deben armonizarse con la Convención de Naciones Unidas¹²⁰, la Directiva del Consejo de las Comunidades¹²¹, el Reglamento Modelo de la CICAD¹²², y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional¹²³.

La Convención de Viena define “*productos*” como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito” relativo a las drogas tóxicas o estupefacientes¹²⁴. En sentido similar se recoge en la Convención del Consejo de Europa con una diferencia, que en este caso es de carácter esencial, y es que el delito previo del cual deben proceder no se limita exclusivamente a los delitos relativos a las drogas tóxicas o estupefacientes, sino que se refiere a “*infracciones penales*” en general¹²⁵. El espíritu de la Convención es que la definición de “*productos*” sea lo más amplia posible para alcanzar dos objetivos fundamentales: abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal para su posterior comiso; y comprender

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

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

118 Artículo 1 de la mencionada Convención.

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

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

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

122 En su art. 1.

123 Art. 2.d)

124 Art. 1.

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

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

los productos sustitutivos o el producto indirectamente derivado¹²⁶. En la definición de “producto” según la Convención del Consejo de Europa, “no se excluyen los bienes y los activos que puedan haber sido transferidos a terceros”¹²⁷. Por su parte, el Reglamento Modelo se refiere en el mismo sentido al término “productos”, siendo los delitos previos los de tráfico ilícito u otros delitos graves¹²⁸. Finalmente, la convención contra la delincuencia organizada internacional contiene una definición prácticamente idéntica, aunque no se refiere a ninguna categoría específica de delito previo¹²⁹

Se reproducen en el ámbito internacional algunas discusiones habidas a nivel nacional, como la relativa a si el término “productos” abarca o no los “objetos de las infracciones”, esto es, de los delitos previos. La Convención del Consejo de Europa aborda específicamente este problema, e indica que la definición del término “productos” es lo suficientemente amplia como para abarcar tales objetos, pudiendo incluir en su ámbito tanto los bienes robados como el comercio de especies protegidas ...¹³⁰

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

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

B. Características que debe reunir

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

1. Amplitud del término

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

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

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

¹²⁸ Art. 1.8.

¹²⁹ Art. 2.e).

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

De ahí que al tipificar las conductas constitutivas de lavado de activos se haya optado, en la mayoría de los Estados, por un concepto lo suficientemente amplio para dar cabida a toda clase de bienes. En definitiva, se trata de establecer un concepto lo suficientemente amplio para abarcar los bienes muebles, los inmuebles y los derechos sobre unos y otros, no limitado al dinero, sino también a otros activos como los metales y piedras preciosas, títulos valores, créditos, ganancias y disminuciones de pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se materialicen¹³¹.

2. Necesidad de conexión con un delito previo

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

• Clases de delitos previos

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

Plantea acertadamente FABIAN CAPARROS la cuestión de si se ha de criminalizar o no el lavado de bienes procedentes de hechos ilegales (ilícitos administrativos o civiles) no constitutivos de delito¹³². Si el lavado de activos menoscaba el orden socioeconómico, cabe preguntarse porqué no ha de sancionarse penalmente el reciclaje de los fondos que proceden de infracciones no penales, pues puede tener también trascendencia en la economía. Importantes escándalos financieros generadores de elevadísimas ganancias han quedado en meras infracciones administrativas o civiles, aunque el reciclaje de las mismas pueda menoscabar el sistema financiero o la libre competencia. Sin embargo, si se criminaliza el lavado de los bienes procedentes de infracciones no penales podrían producirse situaciones vulneradoras de la necesaria seguridad jurídica. Ello supondría crear una norma penal en blanco contraria a las exigencias del Derecho penal, pues algunos elementos del tipo vendrían fijados por otras ramas del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que meros reglamentos administrativos e incluso actos administrativos podrían bastar para integrar la norma penal¹³³.

El problema que surge es determinar qué clase de delitos son los aptos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados. El delito de lavado de activos surge inicialmente en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, a los estupefacientes (la normativa internacional así lo exige también), por la gran cantidad de ganancias que de ellos se obtienen. Sin embargo, existen otras actividades delictivas que generan grandes cantidades de beneficios (tráfico de armas, trata de blancas, etc.). Por ello, la evolución más reciente del delito de lavado de activos tiende a incluir como delitos previos otras actuaciones delictivas también generadoras de enormes beneficios. Un primer ejemplo a nivel internacional es la Convención del Consejo de Europa de 1990, que no restringe el ámbito de los bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todas las infracciones penales, esto es, a todo tipo de delitos. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida en que el “fenómeno del lavado de dinero no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo)”¹³⁴.

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

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

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

134 Preámbulo de la Directiva, donde se indica además que “es importante que los Estados miembros, según lo estipulen sus propias legislaciones, amplíen los efectos de la presente Directiva al producto de esas actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de blanqueo que justifiquen su represión en este sentido”.

Igualmente, el Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos conexos, de la CICAD, inicialmente limitado a los delitos relativos a las drogas, en sus últimas modificaciones ha acogido esta tendencia dando cabida en la definición del lavado, al que recae sobre bienes producto de un delito de tráfico ilícito de drogas u otros delitos graves. Entre tales delitos graves algunos países del Hemisferio incluyen el tráfico ilícito de armas, tráfico de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales) y tráfico de órganos, prostitución, pornografía, secuestro, extorsión, delitos contra la Administración (corrupción), terrorismo y fraude.

La Convención contra la delincuencia organizada transnacional alude también de manera expresa a los delitos previos (delitos determinantes) en su art. 6.2.b). Estos comprenderán en todo caso todos los delitos graves definidos en el artículo 2. Delitos graves son, según dicho artículo, los castigados con pena de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Además, los delitos determinantes comprenderán los tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organizado), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia). Además, alude a los estados que sigan el sistema de lista de delitos previos, que ha de incluir entre ellos, como mínimo, “una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

Por su parte la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción impone a los Estados la obligación de velar por aplicar el delito de lavado “a la gama más amplia posible de delitos determinantes” (art. 23.2.a)).

El análisis de la normativa comparada pone de relieve que existen diferencias en cuanto a los delitos previos. En este sentido, se pueden distinguir tres modelos para clasificar los delitos previos:

- El modelo del *catálogo de delitos*. La norma penal hace un listado de delitos que pueden generar bienes susceptibles de ser blanqueados. Suelen ser delitos de tráfico de drogas, de armas, extorsión, contrabando, etc. Así por ejemplo la legislación de la Bolivia¹³⁵, de Perú¹³⁶, Chile¹³⁷ y otras en Europa. La crítica a este modelo es que se muestra insuficiente, puesto que existirán otras actividades delictivas que generan también grandes ganancias que no se encontrarán incluidas en el listado, por lo que el lavado de los beneficios va a quedar impunes. Ello podría hacer necesaria una constante revisión del catálogo para incluir nuevos delitos. Esto ha ocurrido en Alemania, donde en el año 1992 se aprobó la norma penal que sanciona el lavado, y en 1994 se tuvo que realizar una modificación para ampliar el catálogo de delitos previos.

- El modelo consistente en indicar una *categoría específica de infracciones*. Las normativas de Suiza, Austria se refieren a la categoría de los delitos graves. Se sanciona, por tanto, el lavado de los bienes procedentes de delitos graves, que son aquellos que tienen cierta entidad, cierta gravedad. Ahora bien, el problema fundamental que plantea este modelo es el mismo que el anterior: van a existir delitos que sin ser graves generan cuantiosos beneficios que no van a quedar abarcados por el tipo del delito de lavado.

- El tercer modelo sanciona el lavado de los bienes procedentes de *cualquier delito*. Siendo el lavado un delito contra el orden económico, es indiferente el delito del que proceden los bienes.

135 El artículo 185 bis del Código Penal que contiene el delito de legitimación de ganancias ilícitas se refiere como delitos previos a los “delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, (...) delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o (...) delitos cometidos por organizaciones criminales”.

136 El artículo 296 – B del Código Penal que contiene el delito de lavado de dinero se refiere al “dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo”.

137 El artículo 29 la ley 19913 del 12 de diciembre del 2003 tipifica el delito de lavado de dinero y se refiere a los bienes que proceden de “hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal;”.

Así, a nivel internacional es de destacar la Convención del Consejo de Europa de 1990, que no restringe el ámbito de los bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todas las infracciones penales, esto es, a todo tipo de delitos. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida en que el “fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo)”. Esto se puede apreciar en normativas como la italiana (arts. 648bis se refiere a los bienes procedentes de cualquier delito no culposo y 648ter relativo a los bienes procedentes de cualquier delito), la belga (art. 505 CP belga, alude a la comisión de un crimen o delito), o la española, que desde el año 2004 castiga el lavado de los bienes procedentes de cualquier delito.

• La vinculación del delito de blanqueo de capitales con la actividad delictiva previa

Es necesario, decimos, que exista una unión o nexo entre el delito de blanqueo de capitales y la actividad delictiva de la que proceden los bienes. La realización del contenido de injusto del delito de blanqueo de capitales exige la existencia de alguna actividad delictiva, esto es, de un delito previo. La cuestión principal radica en determinar qué elementos del concepto dogmático de delito han de concurrir en el hecho previo para que el delito de blanqueo tenga relevancia penal. El delito se define como un hecho típico, antijurídico, culpable (y punible). Normalmente este término no requiere que concurren todos estos elementos, sino que en ocasiones basta con que concurren los dos primeros. Tanto España como en Alemania es suficiente con que el hecho previo sea típico y antijurídico. En algunos países como España y Alemania se prevé expresamente la denominada accesoriadad limitada, según la cual basta con que el delito previo sea un hecho típico y antijurídico. No es necesario, por tanto, que los responsables del delito previo sean culpables o hayan sido efectivamente penados. Sería absurdo sancionar el lavado de bienes procedentes de un hecho conforme a Derecho. Si en la realización de algún hecho constitutivo de un delito grave concurre una causa de justificación o la conducta es atípica, no va a ser posible sancionar el lavado de los bienes procedentes de aquél. Con todo, es difícil que de un hecho justificado se deriven bienes. La presencia de causas de inimputabilidad o de exculpación, de un error de prohibición invencible, el no cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad, la existencia de causas personales de exclusión de la pena o de inmunidades personales, no impide la sanción en virtud del delito de lavado.

Con todo, es cierto que el criterio de la accesoriadad puede generar cierta confusión, pues da a entender que el lavado es un delito accesorio de aquel del que proceden los bienes. Sin embargo, es necesario insistir en que el delito de lavado es un *delito autónomo*, que se desvincula lo máximo posible del delito previo. Y ello hasta el punto de que no es necesario que exista una condena por el delito previo para poder castigar a alguien por delito de lavado. Para evitar equívocos, quizás sea más conveniente abandonar expresiones confundentes como la de “accesoriadad limitada”, que pueda expresar una dependencia del blanqueo respecto del delito previo. Simplemente bastará con señalar que para la sanción del blanqueo el hecho previo ha de ser al menos típico y antijurídico, siendo indiferente que el autor del delito principal sea irresponsable o esté exento de pena. En esta línea, el art. 2.6 del Reglamento Modelo OEA dispone expresamente que los delitos de lavado son autónomos de cualquier otro crimen, “no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave”.

Para acreditar la existencia del delito previo -y del conocimiento del origen por parte del lavador- se recurre a la prueba indiciaria. Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha señalado los indicios fundamentales para acreditar la existencia de un delito de lavado. Es muy importante porque ha servido como modelo a las sentencias posteriores la de *de 23 de mayo de 1997 que señala que* “los indicios más determinantes han de consistir:

- En el incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.
- Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionadas con las mismas», o habrá que añadir, con otras actividades delictivas.

• **Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo**

Los bienes que se blanquean no han de proceder necesariamente de un sólo delito, sino que también es punible el lavado de los bienes originados simultáneamente en varios delitos. Los bienes pueden proceder también de una tentativa de delito, siempre y cuando de ella se deriven bienes. En cuanto a los bienes procedentes de actos preparatorios punibles, habrá que estar a lo dispuesto por cada legislación para entender que son objetos idóneos del delito de lavado de activos¹³⁸.

Igualmente es punible el lavado de los bienes que obtienen los autores o los partícipes en el delito previo. De hecho, a título de ejemplo el Convenio de Viena alude de manera expresa a la posibilidad de que los bienes que se blanquean procedan no sólo de la autoría de un delito, sino también “de un acto de participación” en él¹³⁹.

• **El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena**

En el lavado de activos juega un papel fundamental la sustitución o la transformación de los bienes inicialmente obtenidos del delito. Siendo esto así, si sólo se penaliza el lavado de los bienes directamente derivados de un delito van a quedar impunes un número importante de actos de reciclaje, pues en la mayoría de ellos lo que se blanquea son bienes que han sustituido a los originarios. Para evitar situaciones de impunidad, los instrumentos internacionales abarcan no sólo los bienes originados directamente en la infracción penal previa, sino también los indirectamente derivados¹⁴⁰, bien a causa de su transformación o de su sustitución. Para ello exige que los bienes tengan “su origen” en un delito (grave o de tráfico de drogas).

De esta expresión se deriva la necesidad de que exista una conexión entre el delito previo y el bien objeto del lavado, en el sentido de que el bien provenga, derive directa o indirectamente del mismo. Pero la cuestión reside en tratar de fijar límites a dicha conexión. No parece correcto admitir una derivación ilimitada de los bienes originarios de forma que todos los que tengan algún tipo de conexión con ellos deban ser considerados provenientes del delito previo. Ello fundamentaría un *regresus ad infinitum* no admisible. En un plazo corto de tiempo se podría llegar a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal. Por esta razón se han elaborado criterios

138 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 282 ss.

139 Cfr. así el art. 3.b).ii), y art. 3.1.c).j).

140 Como hemos visto al definir el término “productos” en los diversos instrumentos internacionales.

limitadores con el objetivo de ofrecer soluciones a la variedad de situaciones que se plantean. En realidad, se han elaborado pautas que fijen cuándo se puede entender que los bienes contaminados por proceder de un delito, han dejado de estarlo, resultan descontaminados. Unos sugieren que los límites han de provenir de las categorías jurídico-civiles¹⁴¹, sin concretar cuáles. Otros se remiten al principio de culpabilidad, en virtud del cual debe quedar probado en todo caso que el sujeto conoce el origen delictivo de los bienes para poderle condenar¹⁴². A nuestro juicio, no es posible dar un único criterio que sirva para solucionar todas las situaciones posibles. Si bien algunas de ellas podrán resolverse con base en las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, otras van a requerir el recurso a criterios distintos, de carácter civil o de otro tipo¹⁴³. Entre otras cosas se discute también si la prescripción del delito previo descontamina¹⁴⁴ los bienes que proceden de él, que dejarían de ser idóneos para el delito de blanqueo.

A menudo la distancia entre el delito grave origen de los bienes y las acciones de lavado es tan grande, que sólo es posible probar un delito de lavado de activos como hecho previo. Por eso tiene interés, desde un punto de vista político-criminal, determinar si es punible o no el lavado en cadena, esto es, el lavado de los bienes que proceden de un delito previo de lavado. Entiendo que debería ser punible el lavado en cadena. Según esto, tanto si el segundo blanqueador conoce el delito originario de los bienes, como si conoce el previo delito de lavado, sabe que los bienes tienen su origen en un delito, con lo que su conducta debería ser penalmente relevante. Por lo tanto, debería ser punible la legitimación de un bien procedente de la legitimación de otro bien, que procede de un previo delito¹⁴⁵.

• Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero

Los instrumentos internacionales en la materia aluden a la sanción del lavado de activos en los casos en los que los delitos de los que proceden los bienes hayan sido cometidos en el extranjero. En concreto, el art. 6.2 letra a) del Convenio del Consejo de Europa dispone que para la sanción del lavado de activos “será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte”. Por su parte, el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE dispone que existe lavado de activos “aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero”. El Reglamento Modelo, cuando alude a la competencia (art. 4), señala que los delitos de lavado serán “investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente independientemente de que el delito de tráfico ilícito o el delito grave haya ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición cuando proceda conforme a derecho”. También la Convención contra la delincuencia organizada transnacional alude a la posibilidad de sancionar el lavado cuando los delitos previos hayan sido cometidos fuera de la jurisdicción del Estado (art. 6.2.c). En definitiva, en virtud de tales instrumentos se considera también lavado el de los bienes que proceden de delitos cometidos en el extranjero.

El lavado de activos es un delito de marcado carácter internacional. Es posible, por tanto, que el delito previo que da origen a los bienes haya sido cometido en un país y el delito de lavado en otro diferente. Por ejemplo, se puede cometer un delito de tráfico de drogas en España y blanquear el

141 Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Actualidad Penal*, pgs 583 ss., pg. 611.

142 Cfr. FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 300. Esta postura, sin embargo, no sirve para resolver la multiplicidad de situaciones que aparecen en la práctica.

143 Ampliamente BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 266 ss.

144 En otra ocasión nos hemos mostrado en contra de que la prescripción descontamine los bienes, que siguen procediendo de un hecho típico y antijurídico; cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 348 ss; se muestra de acuerdo con esta postura PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 367. En contra ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 234.

145 Ampliamente sobre el blanqueo en cadena BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 334 ss; VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios II, pg. 1465; PALOMO DEL ARCO, “Receptación y conductas afines”, cit., pgs. 442/3.

dinero en Argentina. Surgen problemas allí donde se juzgue el lavado de activos procedente de un delito cometido en el extranjero. Para evitar estos problemas, las legislaciones nacionales de algunos países, como por ejemplo Alemania, Suiza y España, incluyen una cláusula en la norma penal que declara punible el lavado de bienes procedentes de un delito cometido en el extranjero. A mi juicio es muy positiva una cláusula de este tipo, para evitar problemas de interpretación.

Para la aplicación de esta cláusula se ha de respetar el discutido principio de doble incriminación. Esto supone que los comportamientos susceptibles de ser calificados como delitos previos deben estar sancionados penalmente tanto en el lugar de comisión como en el lugar de realización del lavado de activos. No es suficiente que se trate de un hecho contra el cual sólo se establecen sanciones administrativas, sino que la sanción ligada al mismo ha de tener un carácter penal. Hechos que sean punibles conforme a la legislación extranjera que sean impunes en el Derecho nacional no pueden considerarse delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se comete un delito de tráfico de especies animales amenazadas en España y se lava el dinero en Chile, donde no es delito, no cabe sancionar el lavado de tal dinero). A la inversa, hechos impunes en la legislación extranjera que sean punibles conforme el Derecho nacional tampoco constituyen delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se lleva a cabo una conducta de contrabando de tabaco en Suiza, donde no es delito, no se puede sancionar el lavado de ese dinero en España, porque no procede de un delito).

Un reconocimiento expreso de este principio lo realiza la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, que en su art. 6.2.c) que dispone que los delitos cometidos en el extranjero constituirán delito determinante “siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte” que persiga el lavado.

También lo reconoce expresamente la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción, cuyo 23.2.c) considera también lavado el de los bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero. Y señala: “No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí”.

V. El sujeto activo en la normativa internacional

El delito de lavado de activos es fuente de una interesante discusión relativa al sujeto activo, esto es, quién puede ser la persona que realice el comportamiento descrito en la ley penal. Dado que el lavado de activos exige la comisión de un delito, se plantea la cuestión de las relaciones que pueden existir entre los sujetos de ambos delitos. El problema en concreto es si el traficante de drogas que se ocupa de lavar las ganancias obtenidas ha de ser condenado como reo de un acto de lavado.

El Convenio del Consejo de Europa realiza una mención expresa al sujeto activo del delito de lavado de activos. En concreto, para ayudar a los Estados a aplicar las previsiones del número 1 del art. 6 (relativo al delito de lavado de activos), se establece que pueden prever que el lavado no se aplique a la persona que cometa el delito previo (art. 6.2.b)). Se reconoce así que los principios fundamentales del Derecho Penal interno de algunos Estados no permiten que si una persona ha cometido el delito previo, pueda ser juzgada por el delito adicional de lavado de los bienes

precedentes de aquél¹⁴⁶. Ahora bien, es importante señalar que esta mención del Convenio parece tener un carácter de excepción, es decir, la regla general será la responsabilidad de los intervinientes en el delito previo por el posterior lavado; la excepción será la expresa referencia a la no sanción de los mismos.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional, en su art. 6, cuando penaliza el lavado del producto del delito, dispone en su apartado 2 que “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido previamente el delito determinante”. Y lo mismo dispone el art. 23.2.e) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción. La misma relación de regla-excepción que se observa en el Convenio de Estrasburgo se aprecia también en estos instrumentos.

El Reglamento Modelo OEA señala en su art. 2.7 “7. La persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos.”¹⁴⁷. A nivel de Derecho Comparado es frecuente encontrar legislaciones que expresamente excluyen a los intervinientes en el delito previo como posibles sujetos activos del delito de lavado. Las razones que esgrimen para excluirlos son las siguientes¹⁴⁸:

La impunidad de los autores y partícipes en el delito previo se fundamenta en que su hecho reúne el carácter de *acto posterior copenado*¹⁴⁹. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior lavado, que se resuelve conforme al principio de consunción. Pese a que el posterior lavado del autor o partícipe en el delito previo se puede incluir en dos preceptos (el que sanciona el delito previo y el correspondiente al delito de lavado), sólo uno de ellos puede aplicarse, pues su apreciación conjunta supondría un *bis in idem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye (“consume”) el desvalor del lavado, sin que sea posible sancionar por este último delito. En este sentido, el Tribunal Supremo español mantiene esta postura, cuando afirma que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal, normalmente la venta de droga, con el de lavado procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones (Sentencias del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000, de 14 de abril de 2003 y 29 de noviembre de 20003).

Con todo el Tribunal Supremo español permite que una persona sea condenada por delito de tráfico de drogas y lavado cuando esta última actividad se produce en fechas anteriores a la comisión del delito de narcotráfico. Así por ejemplo, admite la sanción por ambos delitos en el caso de un individuo condenado como autor de un delito de tráfico de estupefacientes por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de lavado en 1992 (Sentencia del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000).

*Palma Herrera*¹⁵⁰ asume esta postura y hace una distinción en relación con los partícipes en el delito previo. Entiende que si el inductor o el cómplice en el hecho previo lava los bienes que éste le

146 Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 21

147 PINTO, Ricardo/CHEVALIER, Ophelie, El delito de lavado de activos como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación el crimen previo a partir de prueba indiciaria. Editado y aprobado por Dr. Rafael Franzini Batlle. Documento de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Organización de Estados Americanos, pgs. 34/5.

148 Cfr. ampliamente sobre los criterios que a continuación se explican BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss.

149 En este sentido ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, cit., pg. 468 en relación con la 457; GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 852; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 391 ss; CALDERON CEREZO, A. “Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales”, en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial, director Javier Zaragoza Aguado, nº 28, Madrid, 2000, pgs. 263 ss., pgs. 274/5.

150 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 393.

reportó, realiza un hecho copenado y no realizará el tipo del injusto del delito de lavado de activos al ser un acto copenado. Sí realizará el lavado cuando blanquea otros bienes, como por ejemplo los que obtuvo el autor material u otro partícipe. En este último caso no se podrá hablar de acto copenado y realizará el delito de lavado de activos.

Frente a este argumento cabe indicar críticamente que para que el delito previo constituya un hecho posterior copenado ha de lesionar el mismo bien jurídico que el delito posterior o ha de encontrarse en la misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico. Pero esa identidad de bienes jurídicos no concurre en el delito de lavado de activos. El delito de lavado de activos lesiona un bien jurídico propio, distinto del menoscabado por el delito previo¹⁵¹, por lo que no puede constituir un hecho posterior copenado.

También se puede afirmar que el criterio sobre el que se apoya la impunidad del delito posterior cometido por los responsables del hecho previo cuando pretenden eludir la acción de la justicia es el *privilegio del autoencubrimiento*¹⁵². Su fundamento reside en el principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta de la realizada. No se puede exigir al delincuente que se descubra. El sujeto, ante la posibilidad de evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial, encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que de él ha obtenido.

Esta solución conecta incluso con derechos fundamentales constitucionales, como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. No se puede castigar a quien ha cometido un delito por encubrir los bienes derivados del mismo, pues ello equivaldría a exigirle una declaración contra sí mismo. En cambio, sí se puede sancionar al delincuente que realiza otros delitos distintos para encubrir los bienes, tales como estafas, falsedades, etc. El mero hecho de autoencubrirse, sin cometer para ello otros delitos, da lugar a una situación de no exigibilidad de una conducta diferente, que excluye la culpabilidad del sujeto.

En nuestra opinión, y pese a los argumentos anteriores, los intervinientes en el delito previo que blanquean sus ganancias quedan en el radio de acción del tipo de lavado de activos. De hecho, como venimos diciendo, las tendencias observables en los instrumentos internacionales más recientes se dirigen a exigir responsabilidad penal a los responsables del delito previo por el posterior delito de lavado. Los grandes capos de la droga lavan los fondos obtenidos y lesionan gravemente el bien jurídico que entendemos que ha de proteger el delito de lavado de activos: el orden socioeconómico. Este resulta igualmente afectado cuando quien blanquea es un interviniente en el delito previo¹⁵³.

Quizás, para evitar problemas sería más conveniente establecer expresamente que se admite la sanción como blanqueadores de los autores, coautores o cómplices en el delito previo.

El empleo de los parientes o de personas ligadas por análoga relación de afectividad para blanquear dinero ha suscitado la cuestión de si éstos, al igual que ocurre con el encubrimiento, quedan exculpados por el delito de lavado de activos. Imaginemos la esposa o la madre del narcotraficante que ocultan el dinero de origen delictivo. Entendemos que esto no es así, porque la causa de exculpación del encubrimiento entre parientes no es de aplicación al delito de lavado de activos¹⁵⁴.

151 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss.

152 Cfr. una amplia exposición de esta postura en BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss, y la bibliografía allí citada.

153 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 501/2.

154 Ampliamente sobre las razones que confirman esta postura BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 546 ss.

VI. Responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos

A. Introducción

Es frecuente señalar que en la comisión de delitos de blanqueo están a menudo involucradas empresas. Frecuentemente se recurre a sociedades puramente instrumentales creadas y utilizadas para blanquear dinero, si bien en ocasiones se recurre a sociedades con un fin lícito que son utilizadas para realizar actuaciones de blanqueo¹⁵⁵. La práctica ha puesto en evidencia que es muy difícil procesar a los individuos que actúan en nombre de las personas jurídicas. Por ejemplo, dado el tamaño de la empresa y la complejidad de sus estructuras, es muy difícil identificar a la persona física penalmente responsable del delito de blanqueo. Asimismo las personas jurídicas eluden frecuentemente sus responsabilidades por la toma de decisiones colectivas. Por otro lado, las prácticas de blanqueo de capitales a menudo continúan después de la detención de miembros de la dirección, puesto que la empresa como tal no se ve afectada por las sanciones individuales¹⁵⁶.

No existen muchos ejemplos de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales. En Francia se encuentra el asunto *Sentier II* relativo a un caso de blanqueo que implicaba un tráfico de cheques entre Francia e Israel entre 1996 y 2001, que suponía dinero de estafas, en el que se encuentran implicadas diversas instituciones financieras. A falta de sentencia firme, algunas de ellas han sido imputadas por blanqueo de capitales. En los Estados Unidos podemos mencionar el caso *Wachovia*. Este banco, adquirido en 2008 por Wells Fargo, fue objeto de una minuciosa investigación por no mantener un programa eficaz contra el blanqueo de capitales, pero nunca llegó a los tribunales. De acuerdo con las informaciones sobre el caso, presuntamente entre 1996 y 2004 Wachovia fue consciente del elevado riesgo de que se estuviese lavando dinero de la droga a través de las casas de cambio mexicanas. Pese a todo, siguió haciendo negocios con dichas casas de cambio. Como resultado de ello, desde el 1 de mayo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2007 se realizaron transferencias desde las casas de cambio a las cuentas de Wachovia por un valor de al menos 373.000 millones de dólares; más de 4.000 millones fueron transportados desde las casas de cambio en México a cuentas de Wachovia. Pagó a las autoridades norteamericanas una cantidad de 110 millones que constituían cantidades que podían ser decomisadas por estar relacionadas con el blanqueo de capitales y una multa de 50 millones¹⁵⁷. Por lo que en este caso se llegó a un acuerdo para no perseguir penalmente al banco. Hay otros casos en los Estados Unidos en los que diversas instituciones financieras llegan a acuerdos económicos con el gobierno para evitar ser imputadas penalmente por delitos de blanqueo.

B. En los instrumentos internacionales

1. Naciones Unidas

La Convención de Palermo exige que se establezca la responsabilidad tanto de las personas físicas como de las jurídicas. De acuerdo con el artículo 10, los Estados Parte deben adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de

155 FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas", *Diario La Ley*, Nº 7657, 2011.

156 Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 103.

157 Cfr. U.S. District Court Southern District of Florida Case No. 10 – 20165-CR-LENARD -, United States of America v Wachovia Bank N.A., Deferred prosecution agreement.

la Convención. Dicha responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa. De esta manera se tiene en cuenta la diversidad de los ordenamientos jurídicos a la hora de sancionar a las personas jurídicas, por lo que un Estado puede no prever que dicha responsabilidad sea penal si es incompatible con sus principios jurídicos¹⁵⁸. El Estado cumple con sus obligaciones si prevé una responsabilidad de índole civil o administrativa.

De acuerdo con el párrafo 3 del artículo 10 la responsabilidad de las entidades jurídicas debe establecerse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. Por lo tanto, si una persona física comete un delito en nombre de una persona jurídica, ha de ser posible sancionar tanto a una como a la otra. Por lo tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas es adicional de la de las personas físicas.

Asimismo, la Convención requiere que las sanciones –penales o no- que se impongan (monetarias o de otra naturaleza) sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. Esta disposición complementa la regla general contenida en el párrafo 1 del artículo 11 de que se tenga en cuenta la gravedad del delito al imponer las sanciones¹⁵⁹. Una disposición similar se contiene en el art. 26 de la Convención de Mérida.

2. Convenio de Varsovia

El artículo 10 del Convenio de Varsovia se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas. De acuerdo con el número primero los Estados deben garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables por los delitos de blanqueo de capitales. No obliga, sin embargo, a prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶⁰. Cumple el Estado cuando las sanciones previstas para las personas jurídicas sean penales, civiles o administrativas, siempre u cuando sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” como se especifica en el párrafo 4 de este artículo. De acuerdo con este precepto, las personas jurídicas serán responsables cuando concurren tres requisitos: 1) que se haya realizado un delito de blanqueo de capitales. 2) Que el mismo se haya cometido por cuenta de la persona física. 3) que lo haya ejecutado alguna persona física que actúe individualmente o en calidad de miembro de un órgano de la persona jurídica, y que ejerza un poder de dirección dentro de la misma. Este poder de dirección puede estar basado a) un poder de representación de la persona jurídica; o; b) la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; o c) la facultad de ejercer control dentro de la persona jurídica¹⁶¹.

El apartado 2 se menciona específicamente la obligación de las Partes Contratantes a extender la responsabilidad de la persona jurídica a los casos en los que la falta de supervisión o control por parte de una persona física que ejerza un poder de dirección haya hecho posible la comisión del delito de blanqueo, por cuenta de dicha persona jurídica, por una persona física sometida a su autoridad. Se responsabiliza así a la persona jurídica por la falta de control por parte de los directivos de los actos cometidos por sus subordinados en nombre de la empresa¹⁶².

El apartado 3 precisa que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal de la persona física que perpetre, instigue o actúe como cómplice del delito de blanqueo.

¹⁵⁸ NACIONES UNIDAS, Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004, nm. 253.

¹⁵⁹ *Ibidem*, nm. 256.

¹⁶⁰ Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 105.

¹⁶¹ Asimismo se exige la implicación de dicha persona física en calidad de cómplice o instigador de los delitos.

¹⁶² Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 106.

3. Unión Europea

La tercera Directiva, que como sabemos carece de naturaleza penal, alude a la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 39.1. Este únicamente obliga a que los Estados miembros dispongan sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” para las personas jurídicas cuando infrinjan la normativa ant blanqueo. Por su parte, el art. 39.2 solo exige, para las entidades de crédito o financieras infractoras, medidas o sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

4. Las cuarenta recomendaciones del GAFI. La evaluación de la normativa española

De acuerdo con la Recomendación 2 apartado b) de las cuarenta recomendaciones del GAFI: “Los países deberían garantizar que: b) Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar a los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.”

Cuando el GAFI evaluó la legislación española sobre el blanqueo de capitales en el año 2006 puso en evidencia que las personas jurídicas no eran entonces penalmente responsables. Señaló que de acuerdo con la versión vigente en aquel momento del art. 302 nº 2 CP relativo al blanqueo de capitales eran aplicables las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP a las personas jurídicas¹⁶³. Tras analizar la situación vigente en aquel momento, concluye el precepto que no existe en la legislación española ningún principio fundamental que impida establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que más bien se trata de una tradición jurídica. Esto impide, dice el informe, imponer a las personas jurídicas una multa (como pena) en los casos de blanqueo de capitales. Con todo, la falta de sanción de las personas jurídicas responsables penalmente de un delito de blanqueo queda mitigada por las disposiciones del artículo 129 CP que contienen una amplia gama de medidas punitivas distintas de las multas, que pueden imponerse a una persona jurídica por delitos de blanqueo. Por ello, concluye el informe que, de acuerdo con las 40 Recomendaciones del GAFI, España está obligada a extender la responsabilidad penal por el delito de blanqueo de capitales a las personas jurídicas¹⁶⁴. Por ello concluye que España debería asegurarse de que se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales¹⁶⁵.

5. Reglamento modelo de la CICAD sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves

El artículo 20 del Reglamento modelo se refiere a la responsabilidad de las instituciones financieras. No se trata, por tanto, de una norma general relativa a todas las personas jurídicas, sino exclusivamente a dichas entidades financieras. De acuerdo con el número 3 de este precepto “comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8 y 16 a 19 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados Artículos”. Se alude esencialmente

163 Financial Action Task Force, Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating The Financing of Terrorism. Spain. 23 June 2006, núms. 12 y 102 ss.

164 *Ibidem*, núm. 106.

165 *Ibidem*, núms. 12 y 112.

al incumplimiento de obligaciones tales como la de identificar al cliente, mantener registros o comunicar operaciones financieras sospechosas. El número cuatro alude a las sanciones que podrían imponerse (no se refiere a su naturaleza) que son la multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

En América latina recordemos que Chile y Argentina castigan a las personas jurídicas por los delitos de blanqueo de capitales.

C. Derecho comparado

En la Unión Europea se observa que la mayoría de los Estados miembros castiga a la persona jurídica por los delitos de blanqueo cometidos en su seno¹⁶⁶. En América latina recordemos que Chile y Argentina también castigan a las personas jurídicas por los delitos de blanqueo de capitales.

Quizás la cuestión más compleja es la de la imputación o atribución de delitos de lavado de activos a la persona jurídica. Los elementos que se derivan de la normativa comparada en la materia son los siguientes.

1. La definición de qué ha de entenderse por persona jurídica le corresponde al Derecho nacional. Normalmente se admite la responsabilidad penal de los entes privados con personalidad jurídica así como de las empresas del Estado. No se suele admitir la responsabilidad penal de las instituciones públicas.

2. Los delitos que se imputan a la persona jurídica han de ser cometidos por los órganos directivos de la empresa o por los empleados de la misma.

a. En el primer caso, serán responsables de los delitos los representantes de la empresa (sean dueños, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración).

b. En el segundo, son los empleados, o mejor, las personas sometidas a la dirección, control o supervisión de los sujetos anteriores quienes llevan a cabo la conducta delictiva. Este supuesto requiere que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección, control y supervisión por parte de los representantes y directivos de la persona jurídica.

3. No basta con constatar que un administrador o representante legal (o trabajador) de una persona jurídica haya cometido un hecho típico para que se pueda imputar éste a aquella. Es necesario también que los delitos sean cometidos en nombre o por cuenta y en su interés o para el provecho de la persona jurídica. Es decir, ha de ser acciones u omisiones que el agente estaba formalmente habilitado a llevar a cabo, lo que supone que se ha comportado dentro de su ámbito de sus funciones empresariales, y por lo tanto obligan a la empresa que tiene se soportar las consecuencias. Será necesario aquí determinar cuándo el sujeto actúa en el marco de sus competencias dentro de la persona jurídica, o cuando se excede de las mismas o incluso contradice la política empresarial de la empresa.

4. En algunas legislaciones la responsabilidad penal de la persona jurídica es *autónoma* de la de la persona física que haya realizado materialmente el delito (en España el art. 31 bis. 2 y 3 CP). Por

¹⁶⁶ BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 853 ss.

lo que se puede decir que el delito cometido por la persona física es una realidad diferenciada del cometido por la persona jurídica. Esta autonomía se deriva de una serie de datos:

a. La persona jurídica puede ser condenada aun cuando no lo sea la persona física que ha ejecutado el delito. Es suficiente con constatar que quien ostenta los cargos o funciones examinadas ha cometido un delito para poder condenar a la persona jurídica. La responsabilidad penal de la persona jurídica se declara pese a que:

- No se haya identificado a la persona natural que ha cometido el delito, basta con que se constate que se ha cometido un delito.
- La persona natural no resulte responsable por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad justificante).
- La persona física haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia.

Por lo tanto, es posible sancionar a la persona jurídica de forma exclusiva o de forma cumulativa respecto de la persona física.

b. La responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la física, porque no son de aplicación las reglas propias de la autoría y la participación entre ellas.

Estos sistemas se basan esencialmente en el criterio elaborado por el autor alemán *Tiedemann* del *defecto de organización* en la empresa. Esto quedará acreditado cuando la persona jurídica no haya aplicado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, en nuestro caso de lavado de activos. Estos modelos, evidentemente, tomarán como referencia los normativamente establecidos, bien en la norma penal o en la legislación preventiva del lavado de activos. No está claro qué consecuencias tiene el haber adoptado estos modelos para la responsabilidad penal de la persona jurídica. En algunas legislaciones como la de Chile la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal. En España, sin embargo, se prevé únicamente como circunstancia atenuante de su responsabilidad (cuando se adopten tras la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral).

VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia/culpa

La mayoría de los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos exigen que el sujeto actúe “a sabiendas”¹⁶⁷ del origen delictivo de los bienes. Adicionalmente el Reglamento Modelo de la OEA (art. 2) utiliza las expresiones “debiendo saber” o “con ignorancia intencional” de que los bienes son producto de un delito. Estas dos últimas expresiones van a suscitar problemas interpretativos de gran calado, referentes a la incriminación del lavado cometido por imprudencia.

A. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo

El lavado de activos es un delito doloso, que requiere que el agente conozca los elementos del tipo objetivo y además que quiera realizarlos. La peculiaridad de la normativa internacional con respecto al tipo subjetivo descansa en el empleo de la expresión “a sabiendas”, cuando hace referencia al origen delictivo de los bienes. Junto a ello, es de destacar la mención expresa a los objetivos que deben guiar al autor, como son el de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

¹⁶⁷ En este sentido, el art. 3.1.b).i), ii), y 3.1.c).i) del Convenio de Viena, y el art. 2.1, 2 y 3 del Reglamento Modelo. “Sabiendo” es el término que emplea el Convenio del Consejo de Europa, art. 6.1.a), b), c).

El sujeto debe tener conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito. El conocimiento del objeto material, o mejor, de su origen, es el que más debate ha sugerido en la doctrina. La expresión “a sabiendas” se refiere al elemento intelectual del dolo, que debe abarcar un elemento del tipo cual es que los bienes tienen su origen en un delito¹⁶⁸. Se trata éste de un elemento normativo del tipo cuya constatación por los sentidos no es suficiente -a diferencia de lo que ocurre con los elementos descriptivos-, es necesario además realizar una valoración para determinar si los bienes proceden de un delito, y, fundamentalmente, en función de los Estados, si es un delito de los expresamente mencionados en el tipo -un delito grave o de narcotráfico-. De aquí se pueden derivar dos cuestiones problemáticas que se refieren, por un lado, al sustrato fáctico del elemento normativo, y, por otro, a la valoración de tal sustrato.

El *sustrato fáctico* está integrado por los hechos constitutivos de un delito. El autor ha de conocer aquellas circunstancias fácticas perceptibles por los sentidos, que han de servirle de base para valorar su carácter delictivo. Se trata, al igual que ocurre en los elementos descriptivos del tipo, del conocimiento de los hechos constitutivos de un delito. Ahora bien, puesto que el autor ha de proceder posteriormente a la valoración de tales hechos, cabe plantearse si ha de conocer exhaustivamente todas y cada una de las circunstancias en las que se producen los mismos. En semejanza con el delito de receptación, no es necesario un conocimiento exacto y pormenorizado del delito previamente cometido. En este sentido, la jurisprudencia española considera que el delito previo es un elemento de carácter normativo que “va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar”¹⁶⁹.

Por tanto, circunstancias tales como el tiempo, lugar, formas de comisión, autor, víctimas, etc..., no necesitan ser abarcadas por el conocimiento, aunque si son conocidas forman parte integrante del dolo¹⁷⁰.

El autor del delito de lavado de activos ha de proceder a una *valoración de los hechos* que ha percibido. De tal valoración ha de derivarse que tales hechos constituyen una conducta delictiva, y particularmente de las previstas en la norma penal (bien delitos de carácter grave, de narcotráfico, etc.). Este tipo de valoración jurídica, que tiene como referencia el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, forma también parte del dolo¹⁷¹. Sin embargo, no es necesaria una calificación jurídica precisa dentro de la categoría de los delitos a los que alude la norma penal¹⁷².

Basta con que se perciba que los hechos son constitutivos de una infracción dentro de la categoría de los delitos previstos¹⁷³.

En cuanto a la clase de dolo, opinan algunos autores que la expresa referencia al conocimiento (“sabiendo”) limita la aplicación del tipo exclusivamente a los casos en los que concurra dolo directo¹⁷⁴. Sin embargo, consideramos que la exigencia típica de que el sujeto tenga conocimiento

168 Así BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 656 ss; GOMEZ INIESTA, blanqueo de capitales, cit., pgs. 54 ss; FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pgs. 393/4. Por contra, entiende FARALDO CABANA, P., “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”, en Estudios Penales y Criminológicos, XXI, 1998, pg. 143, que se trata de un elemento subjetivo del injusto.

169 Sentencias del Tribunal Supremo español de 14 de marzo y de 3 de diciembre de 1997.

170 Cfr. PEREZ MANZANO, Mercedes, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria, Madrid, 1994, pgs. 219 ss, pg. 229.

171 Cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 229.

172 Así lo entendían respecto de la normativa derogada, cuando se refería a delitos relativos a las drogas, DIEZ RIPOLLES, Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Madrid, 1989, pg. 92; SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “La receptación específica”, en Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas), T. XII, Cobo del Rosal, M. (dir.), Madrid, 1990, pgs. 479 ss, pg. 495; PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 230.

173 Cfr. SILVA SANCHEZ, “receptación específica”, cit., pg. 495/6; PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 230.

174 Así, VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., Nuevo Código Penal comentado, Madrid, 1996, pg. 450; DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pg. 317.

del origen de los bienes no excluye, en principio, el dolo eventual¹⁷⁵. Hubiera quedado más claro si se hubiese hecho mención específica al dolo eventual (La Ley modelo acoge, como una de sus variantes, el término “sospecha”).

La *jurisprudencia española* admite claramente el dolo eventual. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003 (entre otras muchas)¹⁷⁶ señala expresamente que “esta sala abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la suficiencia del dolo eventual para su conformación. Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social”.

B. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del *dolus subsequens*

En general, se considera que el dolo debe existir durante la realización del comportamiento, esto es, durante su ejecución. Por tanto, el *dolus antecedens*, es decir, un dolo anterior a la comisión, no es suficiente. Ahora bien, al igual que el *dolus antecedens*, se admite que el *dolus subsequens*, esto es, el dolo posterior al hecho, no es dolo en el sentido del Derecho Penal. Como consecuencia de la exigencia de que el conocimiento correspondiente al dolo sea *actual*, se deriva que no tenga ninguna consecuencia jurídico-penal el conocimiento posterior a la realización de la conducta.

Pese a que normalmente no existe una referencia expresa al momento en que ha de manifestarse el conocimiento, en el ámbito del lavado de activos sí se suele hacer mención a esta cuestión. Así, por ejemplo, es de señalar la mención expresa recogida en el Convenio de Viena de 1988 que, en su artículo 3.c.i), se refiere a “la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, *en el momento de recibirlos*, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a)...”. Esta misma mención se reproduce en el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa, y en el art. 1 de la Directiva CE.

Por tanto, en el delito de lavado de activos el dolo debe concurrir en el momento de la realización del comportamiento. Es irrelevante desde el punto de vista penal si el conocimiento del origen delictivo de los bienes es obtenido con posterioridad a la realización de las acciones de lavado de activos. Tiene plena vigencia para el lavado de activos, por tanto, el principio *dolus superveniens non nocet*¹⁷⁷.

C. La ignorancia intencional

Se trata este de un concepto desconocido en nuestros Derechos, que procede de los Estados Unidos, en el que se ha elaborado el concepto de “*willful blindness*”, que puede ser traducido textualmente como “ceguera deliberada”, aunque se emplea más comúnmente las expresiones “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional”¹⁷⁸. Prado Saldarriaga entiende que la ignorancia intencional acoge supuestos tanto de culpa con representación como de dolo eventual¹⁷⁹.

175 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 660 ss; PALOMO DEL ARCO, “Receptación y conductas afines”, cit., pgs. 445/6; FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 397.

176 Cfr. por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 2001; de 4 de enero de 2002.

177 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 668 ss.

178 Sobre las distintas interpretaciones de este concepto puede verse el Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 27.

179 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, “La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales”.

La doctrina española se ha enfrentado al problema que suscitan los supuestos similares a los que en Derecho americano se denominan *willful blindness* o ignorancia deliberada. Estamos ante lo que los canonistas denominaban “ignorancia afectada”¹⁸⁰. El sujeto intenta cegar las fuentes por las que puede llegar al conocimiento del delito. Es un problema ya planteado por *Pacheco*¹⁸¹ en el siglo XIX para quien estos casos debían ser considerados equivalentes al conocimiento. En su opinión, no cabe alegar desconocimiento cuando los hechos son notorios y de los que todo el mundo hubiera sospechado. De esta forma, sería un encubrimiento punible el supuesto del que debió y pudo racionalmente llegar al conocimiento de la comisión de un delito.

Esta opinión no resulta satisfactoria porque supone equiparar la “posibilidad de conocer” y el “deber de conocer”. Por eso, *Rodríguez Mourullo* prefiere establecer una equivalencia entre el “doloso no querer saber” y el efectivo conocimiento de la comisión de un hecho punible, siempre y cuando los datos objetivos obliguen o permitan saber¹⁸².

Es interesante el criterio de *Conde-Pumpido*, quien considera que la solución al problema podría venir del recurso al dolo eventual¹⁸³. La razón fundamental es que, pese a que el autor duda del carácter delictivo del hecho, actúa aceptando el riesgo de incurrir en sanción penal¹⁸⁴. En cualquier caso, pone de manifiesto que la práctica judicial admite la prueba del conocimiento en aquellos supuestos en los que las circunstancias del hecho puedan servir de base a una “*presuntio iudex*” de la existencia del conocimiento¹⁸⁵.

*Palma Herrera*¹⁸⁶ identifica los supuestos de ignorancia deliberada con el dolo eventual. A su juicio, quien ciega las fuentes del conocimiento lo hace porque teme y se plantea la posibilidad de que los bienes tengan un origen delictivo. El sujeto, por tanto, tiene un conocimiento eventual del origen delictivo de los bienes. Restringe las posibilidades que se pueden plantear a dos supuestos: o bien el sujeto se plantea como probable la procedencia delictiva de los bienes, en cuyo caso quien ciega voluntariamente las fuentes de conocimiento actúa con dolo eventual, o no se plantea ni siquiera como probable ese origen, en cuyo caso ya no habrá dolo eventual. Entendemos que la realidad es mucho más rica en matices, y pueden plantearse casos distintos no reconducibles a ninguna de estas opciones. En efecto, son imaginables supuestos en los que el sujeto ciegue sus fuentes de conocimiento, no quiera saber el origen de los bienes, y ni siquiera se represente como probable el origen “delictivo” de los bienes. En la práctica se presentan casos en los que determinadas personas realizan operaciones sobre cantidades de dinero que no proceden de la comisión de un delito, sino de infracciones tributarias (dinero “b”), y no quieren conocer la procedencia de tales bienes, ciegan las posibles fuentes de conocimiento de su origen y ni siquiera se representan que puedan proceder de un delito. No es lo mismo la conducta de aquel que recibe grandes cantidades de dinero en efectivo de quien conoce que se dedica al narcotráfico, pero no quiere saber el origen del dinero, que la de aquel que recibe dichas cantidades de un empresario, también sin querer saber su procedencia. En el primer caso podríamos estar ante un supuesto de dolo, mientras que en el segundo ya no habría dolo.

En nuestra opinión, es preciso diferenciar dos situaciones diversas. Por un lado, aquella en la que el sujeto no quiere conocer la procedencia delictiva de los bienes, pero de alguna forma, en función de las circunstancias objetivas, se representa ésta como probable. Este sería un supuesto de dolo

180 CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 271.

181 PACHECO, El Código Penal concordado y comentado, t. I, Madrid, 1881, pg. 271.

182 RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T. I, cit., pgs. 904/5.

183 CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 271.

184 *Ibidem*, pg. 272. Sin embargo, finalmente excluye la posibilidad del dolo eventual dado que, en coherencia con su postura, el encubrimiento no admite el dolo eventual

185 *Ibidem*.

186 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 576.

eventual. Por ejemplo, recibir elevadas cantidades de dinero en efectivo de un narcotraficante sin querer saber el origen de los bienes. Por otro, la consistente en no querer saber absolutamente nada de los bienes, sin representarse en absoluto su origen delictivo. Por ejemplo, recibir también elevadas cantidades de dinero en efectivo de una persona, sin querer saber nada a cerca de la procedencia de tal dinero. Este caso no sería abarcado por el dolo, pues no se puede decir que actúa a sabiendas o con conocimiento. Estos últimos casos, con todo, serán mucho menos frecuentes.

D. ¿Elementos subjetivos específicos?

El artículo 3.1.b.i) del Convenio de Viena requiere que los actos de conversión y transferencia de los bienes de origen delictivo se realicen con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus acciones¹⁸⁷. La doctrina se encuentra dividida a la hora de valorar la naturaleza jurídica de tales requisitos. Mientras unos autores opinan que constituyen elementos subjetivos del injusto, otros niegan este carácter. En cualquier caso, lo que parece claro es que se excluye el ánimo de lucro como elemento subjetivo necesario¹⁸⁸.

En nuestra opinión, estamos ante conductas tendentes al encubrimiento o favorecimiento; constituyen supuestos de tentativa de encubrimiento. Se exige un dolo de encubrir y se señalan los comportamientos típicos que pueden dar lugar a tal encubrimiento. El autor persigue un resultado situado más allá del tipo objetivo y que, pese a ser contemplado en el tipo, no es necesario alcanzar. De esta forma, cuando el autor convierta o transfiera los bienes, su comportamiento ha de estar preordenado a la meta propuesta, siendo indiferente si la consigue o no. Por eso, optamos por acoger la segunda de las posturas que considera que ambos elementos subjetivos se refieren al aspecto volitivo del dolo. Los autores del delito han de actuar con la intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, con lo que así se impide su descubrimiento, lo que coincide plenamente con las conductas encubridoras. También la intención de ayudar a los partícipes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos tiene un carácter claramente encubridor, debiendo recaer la conducta típica sobre los bienes de origen delictivo para evitar la sanción de tales partícipes. En definitiva, los elementos subjetivos mencionados son una mención expresa del aspecto volitivo del dolo típico de encubrimiento.

El problema que se plantea ahora es determinar si la mención expresa de elementos intencionales en el tipo exige una determinada forma de dolo. En la doctrina española entiende *Pérez Manzano* que la referencia expresa a la intención del autor excluye el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual¹⁸⁹. Se podría reprochar a tal postura que si solamente se exige la concurrencia del dolo directo de primer grado podrían surgir lagunas de punibilidad, pues quedarían impunes las conductas realizadas con la concurrencia de dolo directo de segundo grado o dolo eventual. A ello se responde que los supuestos de dolo directo de segundo grado y dolo eventual quedan abarcados por el art. 3.1.b.ii), que castiga la ocultación o el encubrimiento sin exigir ninguna intención expresa¹⁹⁰. Además, el empleo de la locución “a sabiendas” en este artículo, tal y como hemos visto, no excluye ninguna modalidad de dolo, por lo que no existe ningún obstáculo para admitir los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual¹⁹¹.

187 El art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa se refiere a la conversión o transferencia con el fin de ocultar o disimular la procedencia delictiva de los bienes.

188 Cfr. VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit., pg. 1461; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Receptación y blanqueo de capitales”, en El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico (III), vol. 4, pgs. 449 ss., pg. 467; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, en El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, febrero 1994, pgs. 109 ss.

189 Respecto del Código Penal español derogado, cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 240.

190 Cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 240.

191 *Ibidem*, pgs. 240/1.

E. El error en el delito de lavado de activos

En el delito de lavado de activos serán muy frecuentes los casos de error de tipo, consistentes en el desconocimiento o el conocimiento defectuoso de algún elemento del tipo penal. Cuando el error de tipo sea invencible no cabe imponer pena alguna. Si es vencible se impondrá la sanción por imprudencia si está expresamente castigada. La exclusión del dolo en este ámbito puede producirse fundamentalmente, aunque no exclusivamente, como consecuencia de un desconocimiento o de un conocimiento defectuoso de la acción típica o del objeto material. El desconocimiento de que se realiza una acción típica de lavado de activos no plantea excesivas dificultades a nivel del error. Más problemática es la cuestión relativa al desconocimiento que recae sobre el objeto material, porque el tipo penal emplea elementos normativos en la descripción de los objetos idóneos. Para apreciar mejor esta cuestión vamos a distinguir las diversas situaciones que se pueden plantear¹⁹²:

1. *Representación errónea de los hechos* de los que proceden los bienes. El ejemplo típico es aquel en el que el potencial blanqueador considera que los bienes objeto de su conducta son de origen legal cuando en realidad proceden de un delito. En tales casos concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia de estar castigada.

2. *El error de subsunción*. El error de subsunción se produce en aquellos casos en los que el autor conoce las circunstancias fácticas, los hechos de un elemento normativo, pero yerra en su valoración jurídica. Esta modalidad puede ser de importancia en los casos en los que la legislación nacional castiga el lavado de los bienes que proceden de un delito grave. Por ejemplo, si el sujeto piensa que los bienes proceden de unos hechos que considera constitutivos de un delito no grave, cuando en realidad son constitutivos de un delito grave. En estos casos el error de subsunción recae sobre un elemento del tipo de carácter normativo. Cuando el autor piensa que los bienes que blanquea proceden de un delito no grave, siendo así que proceden de un delito grave, hay un elemento del tipo que no se encuentra plenamente abarcado por el dolo: concretamente el elemento normativo que exige que los bienes procedan de un delito grave. Por tanto, se plantea un problema en el ámbito del tipo, determinado por un déficit en el conocimiento de un elemento normativo del tipo, que se ha de resolver primeramente en él. En tal caso concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia, de ser punible¹⁹³.

3. *Representación falsa de las circunstancias fácticas* de las que proceden los bienes, siendo así que tanto ellas como las circunstancias reales constituyen *delitos previos idóneos para el lavado*. El supuesto de hecho es aquel en el que un potencial blanqueador se representa erróneamente hechos distintos de los reales, y tanto los hechos reales como los representados son delitos (o son delitos graves, tal y como prevé la normativa nacional). Estamos ante un error irrelevante, pues el sujeto se representa exactamente lo que el tipo exige, esto es, conoce que los bienes que blanquea tienen su origen en un delito de los expresamente tipificados.

F. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia/culpa

1. El delito imprudente de blanqueo de capitales en los instrumentos internacionales

Los instrumentos internacionales vinculantes no han mostrado una especial atención a la modalidad imprudente del blanqueo de capitales, especialmente en el contexto de las Naciones Unidas. De hecho, ninguno de los Convenios de esta organización internacional la contempla¹⁹⁴. Ni el Convenio

¹⁹² Una amplia descripción, con ulteriores referencias bibliográficas BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 763 ss.

¹⁹³ Con todo, podrían aplicarse a este supuesto los delitos de encubrimiento o de receptación (si se trata de un delito socioeconómico).

¹⁹⁴ Así FABIAN CAPARROS, Eduardo A., "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales", en Revista General de Derecho Penal, 16 (2011), pg. 4.

de Viena, ni la de Palermo ni la de Mérida contienen disposiciones sobre la forma imprudente. Sin embargo, esto no significa que los Estados no puedan ir más allá y castigarla, como efectivamente ocurre. Y ello porque no debemos olvidar que tales textos internacionales constituyen normas de mínimos¹⁹⁵ que deben cumplir los Estados parte, que están autorizados a prever medidas más estrictas o rigurosas¹⁹⁶.

Distinta es la situación en los instrumentos elaborados en el contexto del Consejo de Europa. Ya el art. 6 del *Convenio de Estrasburgo* de 1990, que obliga a tipificar el blanqueo doloso en su párrafo 1, prevé en el apartado a) de su párrafo 3 la *posibilidad* de que las Partes tipifiquen todas o parte de tales conductas intencionales cuando el sujeto “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. En la misma línea el párrafo 3 del art. 9 del *Convenio de Varsovia* de 2005 *permite* a los Estados que sancionen los hechos cuando su autor “b) debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. No debe perderse de vista que estas disposiciones carece de carácter vinculante para los Estados parte, sino que es puramente opcional¹⁹⁷.

En cuanto a la Unión Europea, las iniciativas del tercer pilar han ido en la línea de exigir a los Estados miembros que incorporen algunos contenidos del Convenio de Estrasburgo¹⁹⁸, especialmente las disposiciones relativas a la penalización del blanqueo, si bien sin incidir en la necesidad de castigar el blanqueo imprudente¹⁹⁹.

Por su parte la primera de las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se remite a la definición prevista en los Convenios de Viena y Palermo, que como hemos visto no contienen ninguna disposición sobre el blanqueo imprudente.

El Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos, aprobado en el marco de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos también prevé la modalidad imprudente. En efecto, el art. 2 define los delitos de lavado de activos en sus tres primeros párrafos, previendo la tipificación de las conductas allí previstas cuando se cometen “a sabiendas”, con “ignorancia intencional”, y también “debiendo saber” que los bienes proceden de actividades delictivas. Esta última referencia, el “debiendo saber”, se interpreta como imprudencia o culpa. Precisamente el Reglamento modelo, en una nota al pie, señala que la imprudencia se puede considerar en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros esta por debajo de los estándares mínimos, por lo que aquellos que lo “apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico”.

Como conclusión, no podemos concluir de manera decisiva, como apunta algún autor, que “el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el marco internacional”²⁰⁰. Es cierto que no parece existir un consenso internacional a cerca de su carácter obligatorio, sino que normalmente es de naturaleza facultativa. Pero su referencia en algunos instrumentos internacionales evidencia en realidad la importancia que se le otorga a este tema. Sí que es cierto que tales instrumentos aligeran bastante la prueba del dolo mediante el recurso a la prueba de indicios, para posibilitar así a los Estados que no asuman la modalidad imprudente una mayor efectividad en la persecución penal del blanqueo.

195 Como dice FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pg. 4, nota 12, constituyen un “estándar mínimo”, no tanto un “estándar máximo abierto” como indica ABEL SOUTO, Miguel, El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, pgs. 177-178.

196 Cfr. el art. 24 de la Convención de Viena, el art. 34.3 de la Convención de Palermo y el art. 65.2 de la Convención de Mérida.

197 Explanatory Report al Convenio de Varsovia (cit.), nº 98.

198 Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito [Diario Oficial L 182 de 5.7.2001].

199 Así FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pgs. 5-6.

200 FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pg. 6, indica que la referencia al blanqueo imprudente está sólo presente en contadas iniciativas, y que en ellas no se impone a los Estados la obligación de que tipifiquen esta conducta, sino más bien a proponer que así se haga.

2. La imprudencia y el blanqueo de capitales

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina es la necesidad o no de castigar las conductas imprudentes de lavado de activos. La exigencia de dolo da lugar inevitablemente a dificultades de prueba. Los responsables de estos delitos van a poder eludir sin problemas su responsabilidad alegando el desconocimiento del origen delictivo de los bienes. Las autoridades se van a encontrar con grandes dificultades para probar la existencia de un conocimiento positivo, lo que va a dejar prácticamente sin aplicación al delito de lavado de activos. Para evitar esto, algunos países han criminalizado del lavado imprudente, cuya ventaja reside en que facilita la prueba del delito. En Latinoamérica también castigan algunos países (pocos de momento) el lavado imprudente. Así en Chile, el art. 27 de la Ley num. 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, castiga (con pena rebajada en dos grados) las conductas de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes si el autor no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable. El art. 196 del CP del Paraguay castiga con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa al que cometa un delito de blanqueo y por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico. En realidad, se pretende proporcionar a las autoridades policiales y judiciales un instrumento que simplifique la prueba.

La comisión imprudente del lavado de activos se va a referir mayormente al desconocimiento del origen delictivo de los bienes. En efecto, el núcleo más problemático lo constituyen aquellas operaciones en las que se desconoce imprudentemente el origen delictivo de los bienes. En el lavado imprudente el sujeto desconoce el origen de los bienes. Sin embargo, realiza un delito de lavado como consecuencia de la infracción de una norma de cuidado, que le impone la obligación de examinar cuidadosamente los bienes implicados en la operación para conocer su procedencia. Detrás de la sanción penal del desconocimiento imprudente del origen de los bienes reside la idea de que los destinatarios de las normas debían haberlo conocido. Para sancionar el lavado imprudente es preciso, por tanto, que exista una norma que imponga esta obligación especial de cuidado. Esto es especialmente importante en aquellos países en los que existe una normativa administrativa que exige a los empleados y directivos de las entidades financieras que examinen determinadas operaciones. Por tanto, teóricamente sólo las personas legalmente obligadas (normalmente empleados y directivos de las instituciones financieras) podrán cometer el delito de lavado imprudente, ya que sobre ellas recaen los especiales deberes de cuidado. No podrá cometerlo cualquier ciudadano individual²⁰¹, porque sobre él no recae la obligación de conocer el origen de los bienes. En definitiva, la realización del tipo imprudente sólo concurre respecto de grupos profesionales utilizados para el lavado, principalmente en el ámbito del sector financiero y grupos profesionales similares.

Contra la sanción del lavado imprudente se han vertido numerosas críticas. Se alega que no es apta para conseguir realmente el fin perseguido, la evitación de las dificultades de prueba. La introducción de un tipo imprudente no evita los grandes problemas de prueba en el ámbito del lavado de activos. Sólo se puede conseguir una condena por lavado cuando se puede probar en concreto sin ninguna duda la denominada “doble sospecha inicial”: a) Por un lado, que realmente se ha cometido una acción descrita en el tipo. Esto en principio no es muy difícil a la vista de la amplitud de los comportamientos descritos en el tipo del lavado. b) Pero, por otro lado, se ha de

201 Cuestión ampliamente debatida en la normativa española, al existir autores que entienden que la modalidad imprudente puede ser cometida por cualquier persona; cfr. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, La prevención del blanqueo de capitales, cit., pg. 289; ARANGUEZ SANCHEZ, blanqueo de capitales, cit., pg. 284; FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pgs. 419/420; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 593 ss. También la sentencia de la Audiencia Nacional española de 1 de junio de 1999 (Sentencia de la Audiencia Nacional, sec. 1ª, 01-06-1999, núm. 20, rec. 20/1999, rec. 17/1994. Pte. Cezón González) sanciona a ciudadanos no obligados por la normativa administrativa por un delito de lavado imprudente.

probar en concreto que el objeto realmente procede de un delito previo, lo que es extremadamente difícil²⁰². Existen dificultades incluso en el simple caso en que un delincuente ingresa directamente y en metálico en su cuenta lo obtenido de un delito. Puesto que el dinero en metálico no muestra exteriormente su origen (*pecunia non olet*), será muy difícil aportar prueba de ello. Pero más difícil es cuando los bienes tienen tras de sí uno o varios procesos de transformación. Se hace prácticamente imposible trazar el camino de un bien “sucio” desde el delito original debido a los múltiples procesos de transformación, y probar para todo proceso de transformación que los bienes implicados se encuentran en relación con el anterior delito.

3. El sujeto activo del delito de lavado imprudente

Lo habitual es que el tipo penal del lavado imprudente restrinja el círculo de posibles sujetos activos, siendo estos normalmente empleados o directivos de los sujetos obligados por la normativa administrativa. Sin embargo, en algunos países como España el tipo penal no limita expresamente el círculo de sujetos activos del lavado imprudente. Esto ha llevado a interpretaciones contradictorias por parte de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre 2005 señala expresamente “A pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido”. Según esto, todos los ciudadanos tienen un deber de cuidado, que les obliga a advertir el riesgo de blanqueo de capitales que suponen determinadas operaciones económicas o comerciales. Y sigue la sentencia: “Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.)”.

Frente a esta postura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 2005 indica expresamente que “Un excesivo ensanchamiento de la imprudencia grave a todo tipo de sujetos intervinientes en la operación de blanqueo, es contraria al principio de intervención mínima, que nos lleva ante supuestos de peligro abstracto e incluso a figuras tan comprometidas e inestables como la tentativa, que produce como consecuencia la sanción de imprudencias sin resultado. Como señala un sector importante de la doctrina, la impunidad de las conductas en las que exista un error sobre el tipo ha de ser la regla general ...”. Y concluye: “El deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales.

No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares que se prestan a realizar un traslado en maletas o de forma similar, de una suma de dinero metálico.” En definitiva, según esta sentencia sólo pueden ser sujetos activos los sujetos obligados, y no cualquier ciudadano. Compartimos, como hemos advertido ya, esta segunda opinión del Tribunal Supremo español.

²⁰² Cfr. ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, cit., pg. 478, se refiere a las “enormes dificultades probatorias” que supone tener que demostrar que los valores patrimoniales proceden de un delito.

4. Phishing, pharming y muleros: ¿lavado de activos?

Son conocidos los comportamientos en los que mediante diversos artificios informáticos algunas organizaciones criminales obtienen beneficios económicos. Son de destacar los fenómenos del *phishing* y del *pharming*. El *phishing*, término anglosajón (escrito con “ph” en lugar de con “f”) que alude a la pesca de datos bancarios a través de Internet, es una técnica fraudulenta que consiste esencialmente en la captación masiva ilícita de datos confidenciales de los usuarios de Internet²⁰³.

La actuación suele comenzar con el envío masivo de correos electrónicos a multitud de personas, que incluyen normalmente enlaces a páginas web, suplantando e imitando la identidad, imagen o apariencia de una entidad generalmente financiera o bancaria. En tales mensajes, utilizando diversos pretextos (seguridad informática u otros) solicitan el envío urgente de los datos de acceso bancarios, tales como la clave de usuario, contraseña, números de tarjeta de crédito, fechas de caducidad, etc. Una vez obtenidas las claves, se procede a realizar con ellas operaciones en la Red, normalmente transferencias de fondos sin el consentimiento de los legítimos titulares, normalmente hacia las cuentas de supuestos trabajadores captados mediante el envío de correos Spam (las denominadas mulas).

El *pharming* surge en abril de 2005 a causa de fallos de seguridad que se detectaron por aquellas fechas en los servidores de Microsoft²⁰⁴. La operativa se basa en la realización de *manipulaciones técnicas de las direcciones DNS* (Domain Name Server) que utiliza el usuario, de manera que cuando las escribe en el navegador le redirigen a páginas distintas de la deseada, si bien con un aspecto idéntico, creadas por los delincuentes. De esta manera obtienen sin consentimiento los datos bancarios o financieros que en manos de los delincuentes son empleados para operar en la red.

Más allá de la calificación jurídico-penal de estos comportamientos, existe también una figura a la que se denomina *“phisher-mule”, “Scamer”* o *“mulero”*. Las redes criminales dedicadas a los fraudes en Internet necesitan la colaboración de terceras personas para que el dinero defraudado llegue a sus respectivos países. Por ello suelen recurrir a ofertas de trabajo a través de Internet (llamado «teletrabajo» informático) con el objetivo de encontrar colaboradores que les ayuden a canalizar o transportar (como una mula) el dinero ilícito a su país. El teletrabajo consiste en prestar servicios laborales desde casa o a tiempo parcial, consistentes en la apertura de una cuenta bancaria (cuenta puente o cuenta nido) que recoge el dinero ilícitamente obtenido de las víctimas del *phishing* o del *pharming*. Una vez recibido el dinero se envía de nuevo a los lugares a los que se va indicando por las redes criminales (normalmente a través de empresas de servicio postal). El beneficio del trabajo se obtiene mediante el descuento de un porcentaje del dinero enviado.

La figura del mulero se está siendo cada vez de más relevancia, porque están siendo detenidos por la policía. El problema ha surgido a la hora de calificar jurídico-penalmente su comportamiento. Y ello porque los defensores solicitan la libre absolución alegando que el mulero actúa incurrido en un error, dado que cree estar realizando un trabajo, y carecen de conocimiento de la actividad ilícita de la que procede el dinero.

Las posibilidades que se han manejado para castigar penalmente al mulero son de lo más variadas.

203 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Estafa informática y banda organizada. Phishing, pharming, smishing y «muleros»”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 49, 2008; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Modalidades de estafas por internet: , y otros ... ing”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pgs. 233-262, pg. 240.

204 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Estafa informática y banda organizada. Phishing, pharming, smishing y «muleros»”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 49, 2008; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Modalidades de estafas por internet: , y otros ... ing”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pgs. 233-262, pg. 240.

- a. Desde luego se descarta que exista un delito de encubrimiento, dado que el mulero actúa con ánimo de lucro propio.
- b. Otra opción que se ha manejado en España ha sido la de castigar al mulero como cooperador necesario en el delito de estafa.
- c. La tercera es la más ampliamente asumida en España y también en Alemania, que consiste en castigar al mulero por un delito de lavado de activos.

Precisamente la calificación de los hechos como delito de lavado de activos es la que más se está extendiendo. En efecto, si no se puede condenar a los intervinientes por el delito previo de estafa informática, solo podrán ser castigados por delito de blanqueo. Y precisamente lo habitual será que no sean susceptibles de sanción penal por la estafa, dado que no suele existir un acuerdo, ni expreso ni tácito, entre los estafadores y los muleros, y estos suelen desconocer que existe un delito de estafa en el que pueden estar involucrados. Por ello, el mulero no es **coautor** de la estafa, ya que el estafador no le incluye en el plan de ejecución de la estafa informática. Simplemente existe un contacto antes del acceso a la cuenta que pretende saquear para que el mulero le transmita el número de cuenta a cambio de una contraprestación. El estafador no permite al mulero conocer nada sobre la posterior transacción. En definitiva, el mulero carece de dominio del hecho y de la voluntad de autor, de manera que no puede ser castigado como coautor en la estafa informática.

Tampoco existe participación en la estafa informática por parte del mulero. Es cierto que presta una colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica por la que cobra dinero. En efecto, objetivamente la puesta a disposición de los datos de la cuenta con la finalidad de posteriores transferencias con dinero que procede de la estafa informática puede constituir una cooperación constitutiva de complicidad (o cooperación necesaria). Ahora bien, en la mayoría de supuestos no se podrá sancionar al mulero como cómplice porque faltará el doble dolo que precisa esta institución. Porque junto al dolo de referido al acto de cooperación, en el sentido de saber que se facilita un hecho ajeno, es preciso el dolo referido a la ejecución del hecho principal, en este caso la estafa informática. Sin embargo, falta el dolo relativo al hecho principal cuando el mulero carece de la representación de que se está cometiendo un delito.

Pero puede ocurrir que sí que actúen en connivencia con los estafadores, en cuyo caso deberían responder por la estafa. Es más, en algunos países como España podrían ser incluso castigados por ambos delitos, estafa y lavado de activos por las posteriores transferencias, pues es posible castigar al autor del delito previo por el posterior blanqueo de capitales. Normalmente el mulero actúa una vez consumado el delito de estafa informática, en una operación posterior a la estafa, en la que recibe el dinero y lo transfiere a un lugar del que no se puede recuperar.

El delito de estafa cometido por los defraudadores es un delito previo del blanqueo de capitales del art. 301. En general, suele tratarse de delitos cometidos en el extranjero, que resultan abarcados por el tipo de lavado de activos. Asimismo el dinero obtenido de dichas estafas informáticas, y que es transferido a las cuentas del mulero, constituye un bien originado o procedente de una actividad delictiva. Normalmente el apunte contable en la cuenta del mulero es también un bien.

Y también está contaminada la comisión que obtiene el mulero en contraprestación por sus servicios de recepción y transferencia del dinero estafado. Incluso habría que plantearse la posible contaminación de la comisión, si se aplica, que obtenga el banco por razón de la transferencia realizada de la cuenta del cliente a la del mulero. Ello, claro está, si se descuenta del importe defraudado.

En cuanto a la acción típica, se ha discutido en la doctrina y en la práctica jurisprudencia alemana cuándo se consuma el lavado de activos. Alguna sentencia alemana entiende que se consuma la acción típica del delito de blanqueo cuando la mula comunica al defraudador la existencia de una cuenta bancaria que pone a su disposición²⁰⁵. Esta interpretación no resulta en absoluto convincente. Recordemos que en ese momento todavía no existe ningún bien procedente de un delito que haya sido transferido a la cuenta, pues ello requerirá que la mula comunique el número de cuenta. La mera indicación de la cuenta, si acaso, podría considerarse un mero acto preparatorio del blanqueo (que solo será punible si existe dolo, e impune si es imprudente).

Algunos autores germanos entienden que se produce la acción típica cuando se recibe el dinero transferido en la cuenta de la mula²⁰⁶. Sin embargo, otro sector, afirma que la recepción en la cuenta no es más que el abono de la cuantía por el banco en la cuenta bancaria respectiva. Y esto, en principio, queda fuera del ámbito de influencia de la mula, por lo que no existe ninguna acción jurídicamente relevante por su parte²⁰⁷. De acuerdo con este sector doctrinal, el mulero comienza a realizar conductas típicas de blanqueo de capitales cuando retira de la cuenta las sumas de dinero depositadas y procede a transferirlas, normalmente al extranjero. A partir de ahí vienen en aplicación los diversos tipos penales del CP alemán, que sancionan diversas conductas típicas, como procurarse o adquirir, en el momento que la mula obtiene el poder de disposición sobre los bienes, lo que ocurre cuando retira de la cuenta el dinero. También la transferencia del dinero al exterior se oculta el origen de los bienes, conducta punible también como blanqueo.

En realidad, el problema que plantea la calificación de la conducta del mulero surge en el momento de valorar el tipo subjetivo. El blanqueo de capitales es un delito doloso, que como sabemos admite el dolo eventual en alguna de sus modalidades típicas. Recordemos también que el conocimiento propio del dolo no precisa un conocimiento exacto de las circunstancias del delito del que proceden los bienes, no es necesario conocer a los autores, el momento y lugar de comisión, etc. Basta, como hemos indicado, con que el lavador conozca circunstancias de las que se deriva la existencia de un delito previo, que ha de valorar como profano y llegar a la conclusión del origen delictivo de los bienes. Es cierto que normalmente concurrirán varios indicios de que el dinero es de origen ilegal (encargo de una persona que permanece en el anonimato, movimiento de cantidades elevadas de dinero, elevada comisión por poco trabajo), para que concurra el dolo es necesario, sin embargo, que el mulero se represente que los bienes proceden de un delito. Sin embargo, es raramente acreditable que el mulero tiene dolo eventual sobre el origen del objeto material en una estafa informática. No es suficiente para el castigo por blanqueo doloso eventual con la representación de que el dinero provenía de un “negocio ilegal”. Por lo tanto, queda excluida una condena por blanqueo doloso.

Ahora bien, entiendo que puede entrar en consideración el dolo eventual en los supuestos en los que el mulero tiene la cuenta ya bloqueada por la existencia de una transferencia previa injustificada y de ello obtiene informaciones sobre los previos ataques de Phishing. En este caso se representa el origen delictivo del dinero y si sigue realizando negocios financieros con los estafadores cometería delito de blanqueo doloso. Salvo que consiga acreditar razonablemente que descartaba que las posteriores transferencias tuviesen origen en estafas informáticas, esto es, que confiaba en la no

205 En concreto, que se realiza el § 261 inciso 1, que castiga a quien oculte, encubra el origen de un objeto que proceda de uno de los hechos ilícitos nombrados en el segundo párrafo, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, el hallazgo, incautación, confiscación o custodia del objeto mencionado. En este sentido, la sentencia de la LG Darmstadt ZUM 2006, 876, 878.

206 Esta parece ser la opinión de KÖGEL, Andreas “Die Strafbarkeit des „Finanzagenten“ bei vorangegangenen Computerbetrug durch „Phishing“, en Wistra, 2007, pgs. 206-211, pg. 209.

207 GOECKENJAN, Ingke, „Phishing von Zugangsdaten für Online-Bankdienste und deren Verwertung“, en Wistra, 2008, pgs. 128-136, pg. 134; SEIDL, Alexander / FUCHS, Katharina, “Die Strafbarkeit des Phishing nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes“, HRRS Online-Zeitschrift für HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2010, pgs. 85-92, pg. 91.

realización de un delito de blanqueo porque el objeto material tenía un origen lícito. Imaginemos por ejemplo que ha adoptado cautelas y ha tratado de asegurarse del origen lícito de los bienes (si bien finalmente no lo es).

Habría que valorar, entonces, la posible realización de un delito de blanqueo por imprudencia grave. Como se desprende de la propia definición, la responsabilidad por imprudencia incluye tanto los supuestos de culpa consciente o con representación como los de culpa inconsciente o sin representación. En la primera, el sujeto se representa la posible producción del resultado, pero confía en que no se produzca. En la segunda, no existe previsión, pero sí previsibilidad del resultado; el sujeto no sólo no quiere que se produzca el resultado, sino que ni siquiera prevé su posibilidad. En el tipo imprudente (por imprudencia grave) del delito de blanqueo de capitales tienen cabida comportamientos realizados tanto por culpa consciente como inconsciente.

Pues bien, el problema fundamental es determinar si realmente existe un deber de cuidado que obligue al mulero a conocer el origen delictivo de los bienes o a evitar la ocultación o encubrimiento de los mismos. La determinación del cuidado objetivamente debido ha de realizarse con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El problema es que el mulero realiza una actividad social en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado. Para concretar en estos casos el deber de cuidado es preciso recurrir al criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social. ¿Realmente un ciudadano normal evitaría poner a disposición de sujetos desconocidos su cuenta y ejecutaría después transferencias si justificación aparente a otros países?

Entiendo que ello es así. Una persona inteligente y sensata del mismo círculo social del sujeto acusado evitaría realizar tal clase de operaciones. Las reglas de la lógica y la experiencia permiten considerar absolutamente inusual el poner a disposición de un tercero una cuenta bancaria, cuando dicho tercero podría realizar él mismo las transferencias. Por lo tanto, en esta situación todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar de forma prudente para evitar realizar un delito de blanqueo de capitales.

Y desde luego que existen muchos indicios que permiten pensar en el carácter inusual de la operativa que se le propone al mulero, sobre todo si tiene conocimientos de internet, que suele ser un requisito para la actividad que se le propone.

Existen claros indicios sobre el origen ilegal del dinero. Así:

1. El establecimiento de una relación comercial o de negocios inusual.
 - a. En efecto, el estafador, normalmente revestido de la forma de una empresa, se dirige a una persona privada ofreciendo un trabajo;
 - b. El contacto se lleva a cabo de una manera inusual, mediante correo electrónico normalmente constitutivo de SPAM:
 - c. El procedimiento de presentación de solicitudes de trabajo es desacostumbrado, porque suele exigir exclusivamente datos de carácter bancario como número de cuenta para realizar las transferencias.

2. El contenido del negocio se presenta también como dudoso.
 - a. Tras el primer contacto entre el estafador y el mulero se le confían a este elevadas cantidades de dinero sin necesidad de aportar ninguna prueba acerca de su fiabilidad;
 - b. Se realizan pagos en concepto de remuneración bastante elevados en contraprestación por una actividad que genera muy pocos gastos.
3. el diseño del negocio es absolutamente inusual
 - a. Normalmente no hay ninguna persona disponible telefónicamente durante las horas normales de apertura de los negocios;
 - b. Solo es posible el contacto telefónico mediante devolución de las llamadas;
 - c. El contacto de negocios se agota en llamadas telefónicas y correos electrónicos;
 - d. Hay otros estándares mínimos propios del tráfico comercial que resultan claramente vulnerados. Así, por ejemplo, no se ofrece ninguna indicación sobre la finalidad de las transacciones que se realizan;
4. indicios de que el origen de los bienes se encuentra en una estafa informática
 - a. El conocimiento general de una persona media sobre el tema
 - b. Información general sobre el fenómeno del Phishing;
 - c. previa recepción de correos electrónicos de Phishing;
 - d. conocimientos especiales que pueda tener el sujeto, por ejemplo de conversaciones con empleados del banco en el que opera, o incluso de previos interrogatorios por la policía;
5. La información que obtiene el mulero de sus contactos con los estafadores
 - a. Por ejemplo, discrepancias que puedan surgir en cuanto al propósito de las transferencias
 - b. Lo inusual que resulta solicitar una cuenta para hacer transferencias desde países como Inglaterra a Rusia, pasando por España, cuando lo lógico es una transferencia directa de Inglaterra a Rusia;
 - c. ejercicio de una especial presión temporal de los estafadores al mulero para evitar la temida retrocesión a la cuenta del dinero sustraído en caso de que sea detectada la estafa informática.
6. Otros indicios
 - a. La ausencia de facturas si bien se trata de una relación de negocios o comercial que se extiende en el tiempo y que comprende numerosas transferencias;

VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa

A. Actos preparatorios punibles

1. Introducción

Cabe distinguir dos fases durante la vida del delito: una fase interna y otra externa. No cabe sancionar penalmente la fase interna o de ideación, lo que se expresa con máximas tales como que el pensamiento no delinque. El límite de la fase interna se sitúa en la manifestación exterior de la resolución delictiva. La fase externa da inicio cuando tiene lugar el afloramiento al exterior de la decisión criminal adoptada en la fase interna. En la fase externa es posible distinguir, a su vez, entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

En general, se admite que los actos dirigidos a la preparación de la posterior ejecución del delito son impunes. Sin embargo se exceptúan de esta regla los expresamente sancionados por la ley.

La aplicación de la doctrina general nos permite afirmar que las fases de ideación para la comisión de un delito de blanqueo de activos son impunes. Incluso los actos preparatorios no expresamente regulados en la normativa interna quedan también exentos de pena. Piénsese, por ejemplo, en

la recopilación de información sobre las cotizaciones de bolsa para posteriormente invertir el dinero sucio en acciones, o el documentarse sobre las mejores condiciones para invertir el dinero en el mercado inmobiliario. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos expresamente mencionados en los instrumentos internacionales vinculantes²⁰⁸.

2. Normativa internacional

El “*Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*” elaborado por el Secretario General tipificaba, entre sus disposiciones penales del artículo 2.1.c), algunos actos preparatorios. Estos se debían sancionar como delitos graves a reserva de lo dispuesto por la Constitución, régimen jurídico y legislación nacional de cada Parte. El mencionado proyecto mencionaba la confabulación, la incitación y el consejo. Distribuido el proyecto entre los gobiernos nacionales, presentaron éstos algunas observaciones en relación con la sanción de los actos preparatorios como delitos independientes (delitos graves decía el proyecto), predominando las tesis restrictivas que solicitaban la supresión de su tipificación independiente y la sumisión a las normas generales, e incluso la supresión de la conspiración o del consejo²⁰⁹. En el segundo período de sesiones del grupo intergubernamental de expertos que estudió el nuevo documento presentado por el Secretario General que consolidaba el proyecto, las observaciones de los gobiernos y otras deliberaciones, se abordó el problema de los actos preparatorios. En concreto, varios representantes señalaron las dificultades que la terminología empleada en el proyecto podía plantear en el ordenamiento jurídico de algunos países. Básicamente, que la “confabulación” no es un concepto jurídico universalmente aceptado. Se proponía, por ello, condicionar la sanción de tales actos a la cláusula de salvedad. El documento salido de estas sesiones mantuvo la sanción de los actos preparatorios, pero supeditada al ordenamiento jurídico de las partes.

El texto definitivo del *Convenio de Viena* de 1988 dice en el art. 3.1.c) que las partes han de sancionar, a reserva de sus principios constitucionales y de los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, determinados actos preparatorios²¹⁰. El art. 3.1.c).iii habla de *instigar o inducir* a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos que tipifica, entre los que se encuentran el lavado de activos. Si bien parecen términos sinónimos, parece necesario diferenciarlos porque así se prevé de manera expresa. La inducción es normalmente considerada una forma de participación, pero puede considerarse que la instigación se corresponde con la provocación para delinquir.

El art. 3.1.c).iv se refiere también a la *incitación y a la confabulación* para la comisión de tales delitos. La incitación viene a ser, en semejanza con la instigación, una forma de provocación para cometer un delito. La incitación no exige tampoco el inicio de actos ejecutivos, que traspasarían el umbral de los actos preparatorios. La confabulación, entendida como la puesta de acuerdo sobre un negocio entre dos o más personas, podría identificarse con la conspiración. Dos o más personas que se pongan de acuerdo para blanquear bienes procedentes de delitos graves podrían ser sancionadas como conspiradoras. Por tanto, son dos los actos preparatorios punibles según el Convenio de Viena: la conspiración y la provocación²¹¹.

208 Entiende PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 670/1, que este esfuerzo es de “dudosa utilidad”, en la medida en que los textos internacionales no pretenden “ni pueden llegar a ser el espejo en el que se reflejen fiel y puntualmente los ordenamientos jurídicos de cada estado”. Parece olvidar este autor que la normativa internacional es fundamental en cuanto a la tipificación penal de este delito, y que es necesario perfilar los límites de lo que deben sancionar penalmente los estados que se obligan cuando ratifican dichos instrumentos.

209 Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1987, pgs. 348 ss., pg. 354; DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 584; BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 785 ss.

210 Estos son la instigación, la confabulación y la incitación. Respecto del primer proyecto desaparece el consejo. Se mantiene la confabulación, pese a las reticencias de algunos Estados.

211 En el mismo sentido se manifiesta DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 585.

La *Convención de Palermo* alude de manera expresa a la asociación y la confabulación para cometer los delitos de blanqueo, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b).ii). La *Convención de Mérida* emplea los mismos términos en el art. 23.1.b).ii).

La *Convención de Estrasburgo* sanciona en su artículo 6.1.d, la *conspiración*²¹² para cometer un delito de blanqueo de capitales. Consideramos que estas conductas quedar abarcadas por la conspiración regulada en el art. 17 n. 1 CP²¹³. Como exigencia propia del Derecho penal español, es necesario que los intervinientes en dicho acuerdo resuelvan ejecutar el delito de blanqueo de capitales. Lo mismo ocurre con el art. 9.1.d) del *Convenio de Varsovia*. En ambos casos se encuentra sometida su sanción a la cláusula de salvaguardia.

Por su parte, el *Reglamento Modelo* alude a los términos “asociación o confabulación” para cometer el delito de lavado, junto con la “asistencia, incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento” en relación con su comisión (art. 2.4).

Llama la atención que el *Convenio centroamericano* no aluda de manera expresa a ningún acto preparatorio.

B. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional

Los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos consideran que la *tentativa* para cometer el delito de lavado de activos ha de ser sancionada penalmente. De ello parece derivarse la importancia de ampliar los límites punitivos a comportamientos no totalmente consumados.

El primer instrumento internacional que menciona expresamente la punibilidad de la tentativa en el delito de lavado de activos es el *Convenio de Viena* de 1988. Desde el primer “proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, se sanciona la tentativa (art. 2.1.d)). El art. 3, 1, c), iv) del texto definitivo dice que cada Parte ha de adoptar las medidas necesarias para tipificar penalmente en su Derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, la tentativa de cometer los delitos mencionados en el art. 3, entre los que se encuentra el lavado de activos²¹⁴.

La *Convención de Palermo* menciona de manera expresa a “el intento” de cometer los delitos de lavado, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b).ii). Por su parte, la *Convención de Mérida* emplea expresamente el término “tentativa” en el art 23.b).ii). En ambos casos sometida su sanción a la cláusula constitucional.

En cuanto al *Convenio de Estrasburgo*, el art. 6.1.d) se refiere en plural a las “tentativas de cometerlo”, lo mismo que el *Convenio de Varsovia* (art. 9.1.d).

El art. 2.4 del *Reglamento Modelo* de la CICAD dispone que es punible la tentativa de cometer los delitos de lavado.

Nuevamente sorprende que el *Convenio centroamericano* no aluda de manera expresa a la tentativa.

²¹² La versión en francés utiliza el término entente.

²¹³ También DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., p. 587.

²¹⁴ Esto es también apreciado por DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 585.

Con la referencia expresa a la tentativa en la normativa internacional se pretende *evitar la impunidad de tales comportamientos*²¹⁵. Parece ser ésta una medida eficaz para combatir el blanqueo de capitales. El castigo de la tentativa ha de hacerse de acuerdo con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Parte.

La posibilidad de admitir la tentativa del delito de lavado de activos va a depender de la *descripción de las distintas conductas típicas*. De hecho, entiendo que algunas de las descritas son tentativas castigadas de manera específica. Así, por ejemplo, la conversión y la transferencia de bienes dirigidos a la ocultación o encubrimiento de su origen no son más que tentativas de ocultación o encubrimiento de los bienes.

La posibilidad de admitir *otras tentativas* estará en función de lo que castigue cada país. Como acertadamente indica *Langón Cuñarro*²¹⁶, lo primero que ha de examinarse es si la conducta realizada es subsumible en alguna de las conductas típicas. Sólo cuando ello no es posible podemos plantearnos la posibilidad de acudir a la tentativa. Por ejemplo, cuando una persona posee bienes de origen delictivo con la intención de transportarlos, no va a cometer una tentativa de transporte si está específicamente castigada la posesión. De no estarlo, podríamos plantearnos la posibilidad de que sea una tentativa de transporte.

En cuanto a la *pena a imponer*, dependerá de cada Estado parte en los diversos instrumentos internacionales. No en vano se ha de indicar que el Convenio de Viena somete el castigo de la tentativa a los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado²¹⁷. Es habitual que cada Estado imponga a la tentativa una pena inferior al delito consumado.

IX. Autoría y participación en el delito de lavado de activos

A. La autoría del delito de lavado de activos

Bajo la expresión "*teoría de la participación*" se engloban los diferentes problemas y soluciones aportadas en relación con la intervención de los distintos sujetos en el delito. Las clases de intervención en el delito plantean diversos problemas respecto de los cuales se han ofertado diferentes soluciones: por un lado, está la reducción de todas las formas de intervención en el delito a un único concepto de autor que las abarque todas; por otro, la distinción entre las diversas formas de intervención en función de la relevancia material de las contribuciones al delito. Vamos a analizar cada una de ellas y a relacionarlas con las especificidades que plantea el delito de lavado de activos.

B. La autoría mediata en el delito de blanqueo de capitales

Es posible imaginar supuestos de autoría mediata respecto del delito de lavado de activos. Por ejemplo:

El director de un banco ordena a sabiendas al empleado W, que no sabe nada, la realización de una determinada transacción de dinero de origen delictivo²¹⁸.

215 LANGON CUÑARRO, Miguel, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", en Cuarto Taller sobre Lavado de Activos. Centro Nacional de Desarrollo y Cooperación Jurídica en Centroamérica, pg. 7, alude a que la intención de los Expertos y de los Estados ha sido no dejar sin sanción ninguna conducta que pudiera estar vinculada al narcotráfico.

216 Cfr. LANGON CUÑARRO, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", pg. 7.

217 No comparto la opinión de LANGON CUÑARRO, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", pg. 7, quien opina que el Convenio de Viena equipara en cuanto a la pena la tentativa con el delito consumado.

218 Caso planteado por GRABER, Geldwäscherei, cit., p. 171.

La autoría mediata es una forma de autoría en la que un sujeto realiza un tipo penal utilizando a otra persona como instrumento. En el ejemplo planteado, el director del banco es autor mediato, pues realiza el tipo a través de otro que le sirve como instrumento. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, es preciso que el suceso aparezca como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás, el cual controla al autor directo. Desde nuestra postura, el hecho pertenece al director del banco, que actúa a sabiendas del origen ilícito de los bienes que se transfieren.

Además, W se encuentra en una posición subordinada respecto del director del banco, esto es, concurre el requisito exigido doctrinalmente de que el instrumento se encuentre en una posición subordinada respecto del hombre de atrás. En este caso, W actúa atípicamente dado que no existe dolo en su conducta. Se trata de un supuesto de “instrumento que actúa sin dolo”, puesto que W desconoce el origen ilícito de los bienes, elemento intelectual integrante del dolo del delito de blanqueo de capitales. Quien posee el dominio del hecho, pues se sirve de un instrumento que obra sin dolo, es el hombre de atrás; a él pertenece el hecho realizado por el instrumento.

Desde el momento en que el director de banco da la orden al empleado W, comienza la tentativa en la autoría mediata. Es indiferente que el director del banco dé la orden a su subordinado y deje el suceso en movimiento con el fin de que sea consumado por el instrumento, o que permanezca pendiente y vigilando si la cumple o no. Con ello asumimos la posición de MIR PUIG, que considera que la tentativa en la autoría mediata ha de empezar “*siempre* cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento”²¹⁹.

Un problema especialmente espinoso es el relativo a si el autor del hecho previo puede ser sancionado como autor mediato del delito de blanqueo. A la inversa, es problemático determinar también si un tercero que utiliza al autor del hecho previo como instrumento es autor mediato del delito de blanqueo. Este problema ha desaparecido en algunos Códigos penales que admiten expresamente que se pueda castigar a los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo. De esta manera, puede ser autor mediato y también instrumento de un autor mediato.

C. La coautoría en el delito de blanqueo de capitales

Es posible la coautoría de un delito de blanqueo de capitales, que consiste en la realización del delito mediante las contribuciones típicas de varios sujetos que actúan de común acuerdo. La coautoría es una verdadera forma de autoría, y no de participación, porque los coautores cometen el delito “*entre todos*”²²⁰. No rige, por tanto, el principio de accesoriidad propio de la participación, sino el *principio de la imputación recíproca* de las distintas contribuciones, dado que la coautoría porta su propio contenido de lo injusto, que no deriva de un hecho ajeno. Según el principio de imputación recíproca, las actuaciones de cada uno de los coautores son imputables a todos los demás, siempre y cuando procedan de común acuerdo. Como consecuencia, quienes en el marco de un plan global unitario, acuerdan llevar a cabo diferentes acciones de blanqueo, como la apertura de cuentas bancarias en un paraíso fiscal, la transferencia de dinero a esas cuentas, etc..., son coautores y se les imputa la contribución de los demás, de forma que cada coautor es considerado responsable a título de autor de la totalidad.

219 Cfr. MIR PUIG, Parte General, cit., L. 14, núm. 74. En favor de su postura alega este autor que de lo contrario, resultaría más “benévolamente tratada” la realización de la parte decisiva por el autor mediato que la tentativa de inducción sancionada para MIR PUIG como proposición para delinquir en Derecho español. En el Código Penal la proposición para delinquir se sanciona “en los casos especialmente previstos en que la Ley” (art. 18.3). Esto sucede en el delito de blanqueo de capitales en el art. 304 CP, por lo que de asumir otra postura, la realización por parte del autor mediato de la parte decisiva de su ejecución, consistente en incidir en el instrumento, quedaría impune, mientras la tentativa de inducción sería punible. Para paliar este efecto preferimos asumir la postura de MIR PUIG.

220 Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, tortura, cit., p. 204; MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núm. 2.

En coherencia con el concepto de autor asumido, el criterio determinante es la pertenencia del hecho²²¹. Cuando intervienen varios sujetos en la ejecución inmediata de un hecho delictivo puede ser más difícil determinar la pertenencia del hecho. Hay que desechar el criterio de la ejecución de los elementos del tipo, pues en ocasiones la realización del plan global depende de quienes asumen posiciones importantes en su desarrollo, aunque no esencialmente ejecutivas. Son coautores, por tanto, “quienes aportan una *parte esencial* de la realización del plan durante la fase ejecutiva”²²². El hecho, “obra” inmediata de ellos, les “pertenece”, de forma que “‘comparten’ su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar”²²³. En el concepto de coautoría se suele incluir también a aquellos que no realizan un elemento del tipo, pero que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva, pues a ellos les pertenece el hecho.

Otros problemas que puede plantear la coautoría es la calificación de la conducta del jefe de la banda de una organización criminal, o la situación en la que se comente el blanqueo en el contexto de aparatos organizados de poder, o si el interviniente en el delito previo puede ser coautor del delito de blanqueo de capitales (ya sabemos que ahora sí que puede serlo). Nos remitimos a las ediciones anteriores de esta obra, en las que se abordan con detalle estos problemas que no generan excesivos problemas prácticos.

D. La participación en el delito de blanqueo de capitales

1. La participación en el blanqueo de capitales según la normativa internacional

Los proyectos del Convenio de Viena mencionaban, desde el primero de ellos, la participación en el delito de blanqueo de capitales. La redacción final regula la participación en el art. 3.1.c.iv). Se encuentra sometida a la cláusula de reserva: los Estados han de sancionar la participación a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. Y lo mismo disponen el Convenio de Palermo (6.1.b.ii)) y el de Mérida (art. 23.1.b.ii)).

En el marco del Consejo de Europa, tanto el Convenio de Estrasburgo (art. 6.1.d)) como el de Varsovia (art. 9.1.d)) se refieren a la participación, que se encuentra igualmente sometida a la cláusula de reserva.

2. La inducción al delito de blanqueo de capitales

Es conocida la estrecha vinculación existente entre las actividades de blanqueo de capitales y la criminalidad organizada. Las organizaciones criminales emplean complicados entramados financieros para otorgar apariencia de legalidad a las ganancias que obtienen de sus comportamientos delictivos. En este contexto organizativo, fuertemente jerarquizado, actúan los lavadores de dinero. Las actuaciones de sus integrantes sometidos a las órdenes de los jefes generan problemas directamente relacionados con la figura de la inducción. Imaginemos el caso siguiente:

C, jefe de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, ordena a B, su asesor financiero, la ocultación, mediante el empleo de sus empresas, de ciertas cantidades de dinero que proceden de la venta callejera de heroína. B ejecuta el mandato recibido de su superior jerárquico.

²²¹ Siguiendo a MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núms. 13 y ss.

²²² *Ibidem*.

²²³ Cfr. MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núm. 13.

En el ejemplo propuesto, es claro que B lleva a cabo un delito de lavado de activos. El problema consiste en determinar la responsabilidad de C, debido a las enormes dificultades surgidas de la estructuración de las organizaciones criminales que impiden acceder a los niveles altos, en lo que a la determinación de responsabilidades penales se refiere. Una posibilidad viene dada por el recurso a la inducción como forma de participación.

La inducción al delito de blanqueo de capitales va a plantear problemas en relación con aquellas legislaciones que consideran impune el lavado realizado por los intervinientes en el hecho previo. Es posible imaginarse dos situaciones: la inducción al autor del hecho previo por parte de un tercero a la realización de un delito de blanqueo de capitales, y la inducción a un tercero por parte del autor del hecho previo. Los problemas desaparecen en aquellas normativas que permiten la sanción de los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo. Y también, claro está, como inductores o inducidos.

3. Cooperación necesaria y complicidad en el delito de blanqueo de capitales

Algunos Códigos penales distinguen dos clases de cooperación en el hecho ajeno: la cooperación necesaria²²⁴ y la complicidad²²⁵. El límite superior de la cooperación necesaria viene determinado por la coautoría, pues el cooperador necesario no toma parte directa en la ejecución del hecho sino que coopera en el hecho de uno o varios autores directos. El límite inferior, cuya determinación plantea espinosas cuestiones, lo constituye la complicidad.

Respecto del blanqueo de capitales tiene interés una discusión planteada en relación con el delito de encubrimiento, muy similar en cuanto a su estructura. Se admite que constituye cooperación la promesa previa de favorecimiento posterior a la consumación, lo que excluye la concurrencia del encubrimiento. A este supuesto se le ha denominado "*complice subsequens*". El tratamiento de estos supuestos requiere hacer la siguiente distinción: la promesa previa sin la cual no se hubiera realizado el delito constituye cooperación necesaria; aquella que sin llegar a tales extremos favoreció la ejecución, es una simple complicidad; y la promesa previa que no tuvo ninguna eficacia sobre la ejecución, es un supuesto de encubrimiento. Según esto, quien promete a otro adquirir los bienes que obtenga tras la comisión del delito de blanqueo de capitales, incurre en: cooperación necesaria en ese delito -blanqueo de capitales- si el autor principal no hubiese llevado a cabo el delito de blanqueo sin la promesa; complicidad, si la promesa sólo sirve para favorecer la ejecución del delito (ambos aunque posteriormente no se realice la adquisición); y mero encubrimiento cuando se adquieran los bienes con posterioridad sin que la promesa haya tenido ninguna eficacia en la ejecución. Consideramos que, si bien la promesa que haya favorecido en algún modo la realización del delito previo constituye un supuesto de intervención en tal delito, la que no ha tenido eficacia en la ejecución de aquél habrá de estimarse no tanto encubrimiento como blanqueo de capitales consumado, en función de las conductas que se realicen. Estos supuestos hay que distinguirlos de los ya abordados relativos a la promesa previa de blanquear los bienes que se obtengan del delito inicial del que proceden.

Llegados a este punto, podría plantarse de nuevo si es punible la intervención como cómplice o cooperador necesario del autor del hecho previo en el blanqueo de capitales de un tercero y la intervención de un tercero como cómplice o cooperador necesario en el blanqueo de capitales del autor del hecho previo. Recordemos que en algunos países se admite expresamente esta posibilidad, por lo que el problema ha sido resuelto legalmente.

²²⁴ Consistente en la cooperación a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

²²⁵ Que se refiere a los casos de cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos no constitutivos de cooperación necesaria.

X. Tipicidades agravadas según en los instrumentos internacionales

El art. 3.5 **Convenio de Viena** dispone:

“Las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 de presente artículo, tales como:

- a. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.
- b. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.
- c. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- d. El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.
- e. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.
- f. La victimización o utilización de menores de edad.
- g. El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que los escolares o estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.
- h. Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por Tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita”.

Un examen conjunto de todas ellas evidencia que la mayoría no están pensadas de manera específica para el delito de lavado de activos. En realidad, parecen orientadas a los delitos de narcotráfico, que son en realidad el eje de dicha convención. Con todo, algunas de ellas pueden tener cierta relevancia en el marco del lavado de activos, como la participación en una organización criminal, el hecho de que sea cometido por un cargo público o la reincidencia internacional.

Junto a dicha Convención, el Grupo de Expertos de la CICAD recomienda a ésta que sugiera a los Estados que consideren la posibilidad de imponer sanciones penales, civiles y administrativas más severas cuando la persona involucrada en un delito de lavado “ocupe un cargo público y el delito guarde relación con su cargo”. Pretende así agravar la pena de los cargos públicos que, con ocasión del ejercicio de su cargo, cometan delitos de lavado.

Pasamos a continuación a examinar aquellas agravaciones que entendemos son de aplicación más específica al delito de lavado de activos.

A. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte

El art. 3.5 de la Convención de Viena obliga a los Estados Parte a disponer lo que sea necesario para que los Tribunales nacionales puedan tener en cuenta determinadas circunstancias del hecho que den particular gravedad a estos delitos, tales como la pertenencia a una organización criminal. El art. 3.5.a) se refiere a la intervención en el lavado de activos de un grupo organizado del que forme parte el delincuente.

El lavado de activos es un fenómeno que se encuentra íntimamente vinculado a la delincuencia organizada. Objetivo de esta regulación es precisamente la agravación de la responsabilidad penal

de las personas que integran una organización cuando ésta realiza actividades de reciclaje de los fondos de origen delictivo. Se ha constatado que el carácter complejo de este fenómeno exige en muchos casos la existencia de varias personas y de una cierta infraestructura para su ejecución. Por ello se crean organizaciones cuya finalidad es introducir la riqueza delictiva en el sistema económico legal.

Es conveniente determinar qué ha de entenderse por grupo organizado, para poder concretar los casos en los que se puede aplicar esta agravante²²⁶. La Convención contra la delincuencia organizada transnacional define (art. 2) “grupo delictivo organizado” como el “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Algunos autores²²⁷ distinguen tres posibles grupos de organizaciones que realizan actividades de lavado de activos:

1. Organizaciones *dedicadas exclusivamente al reciclaje* de los bienes de origen delictivo. Estas organizaciones pueden depender de otras organizaciones criminales que obtienen sus beneficios de origen delictivo, o bien ser un grupo independiente que ofrece sus servicios a las organizaciones criminales que los soliciten²²⁸.

2. Organizaciones que realizan conjuntamente *actividades de lavado y otras* de carácter lícito. Estas normalmente asumen la forma de sociedades mercantiles inscritas en los correspondientes registros, con estatutos que definen un objeto social lícito, aunque combinan las actividades propias del mismo con el lavado de activos. Incluso en ocasiones puede que las actividades de lavado predominen sobre las propias de la sociedad, cuando ésta se encuentra controlada por un grupo criminal que la utiliza como instrumento para el reciclaje de sus ganancias²²⁹. Imaginemos la empresa de importación-exportación utilizada para invertir el dinero obtenido del tráfico de drogas²³⁰.

3. Por último, organizaciones que se dedican a *actividades lícitas*, pero con carácter ocasional blanquean bienes de origen delictivo.

Todas ellas entrarían dentro del tipo descrito por el Convenio de Viena, en la medida en que intervengan en la comisión del delito de lavado de activos.

Es preciso que el delincuente pertenezca a la organización. La pertenencia equivale a formar parte de la organización, a estar integrado en la misma, cualquiera que sea la actividad que se le

226 En la normativa española se ha incluido una definición de delincuencia organizada en el art. 282bis.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, introducido mediante Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Señala que es la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer una serie de delitos. Entre tales delitos se encuentra el blanqueo de capitales. Otros delitos a los que se alude es el secuestro de personas, los delitos relativos a la prostitución, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico de los arts. 237, 243, 244, 248 y 301, los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 312 y 313, los delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazadas previstos en los arts. 332 y 334, el delito de tráfico de material nuclear y radiactivo del art. 345, el de falsificación de moneda, el delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, los delitos de terrorismo, y los delitos contra el Patrimonio Histórico.

227 Cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, La prevención del blanqueo de capitales, Pamplona, 1998, pgs. 295/6.

228 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, número 11, diciembre 1997, pgs. 213 ss, pg. 223.

229 Cfr. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296.

230 MORENO CANOVES, Antonio/RUIZ MARCO, Francisco, Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia), Zaragoza, 1996, pg. 403, dicen que estos supuestos son lo que presentan una mayor lesividad por razón de su inserción en los mercados legales y por la dificultad para detectar la actividad ilegal a la que se dedican.

atribuya²³¹. Ha de existir, por lo tanto, una vinculación con vocación de permanencia entre la persona y la organización dedicada al lavado de activos²³². Si bien es fácil determinar cuándo una persona pertenece a una organización legal, como una empresa o una sociedad, más difícil resulta acreditar la integración en una organización ilícita. No es preciso que dicha vinculación tenga un reflejo documental, por ejemplo, mediante un contrato, sino que basta con que tenga un carácter fáctico²³³.

Va a ser preciso que las personas pertenecientes a la organización conozcan que ésta lleva a cabo actividades delictivas de lavado de activos. Por ello, si un miembro de una organización que realiza actividades lícitas además del lavado, desconoce esta última actividad, no será objeto de la agravación de la pena²³⁴.

B. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas

Se trata así de castigar más duramente los casos en los que el lavador además participa en actividades criminales internacionales de carácter organizado. Por ejemplo, se inserta en una organización que junto con el lavado llevan a cabo otras actividades como el tráfico de drogas, de armas, etc. a nivel internacional.

C. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito

Cuando el responsable del delito de lavado de activos participe en otras actividades delictivas cuya ejecución se vea facilitada por el delito también va a ver incrementada la pena. Esta circunstancia, en realidad, está pensada para los delitos de tráfico de drogas, y no tanto para el lavado de activos. Lo habitual va a ser que las organizaciones dedicadas al narcotráfico cometan otras actividades delictivas cuya realización resulta facilitada por esta actividad, como contrabando de armas, etc. De hecho, en la normativa española se contiene una agravación similar en materia de narcotráfico, pero no en el ámbito del lavado.

La razón de ser de la agravación de la pena ha de verse en la mayor peligrosidad que encierra la realización de la conducta de lavado de activos en conexión con otras actividades delictivas y no en la consideración nuevamente a efectos de agravar la pena, de la intervención del sujeto activo en otros hechos delictivos. Se pretende seguramente incidir en todas las actividades ilícitas que puedan acompañar a la realización de conductas de lavado, quizás pensando en delitos contra la Hacienda pública.

D. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo

Se trata de una norma que merece una valoración positiva. El fundamento de la imposición de la pena de inhabilitación reside en el mayor reproche de la conducta de quienes lavan bienes aprovechando su posición pública. Merece un mayor reproche la conducta de quien ocupa un determinado cargo público y se prevale de él para reciclar bienes de origen delictivo. Se pretende evitar así que el sujeto siga abusando de su cargo para cometer delitos. Con base en esta fundamentación, parece lógico que, desde un punto de vista político-criminal, sean objeto de un *plus* punitivo aquellas personas que ejercen una función pública y la utilizan para realizar actividades delictivas.

231 Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, delitos socioeconómicos, pg. 402.

232 ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296, dicen que la pertenencia constituye una "característica personal". A su juicio, no se impone esta agravación cuando una persona realiza de forma aislada un acto concreto de blanqueo para la organización.

233 En este sentido MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, delitos socioeconómicos, pgs. 402/3.

234 Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296.

XI. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito

A. Instrumentos internacionales

El *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales. Con todo, es cierto que en algunos países se castiga también el enriquecimiento ilícito de particulares (por ejemplo, en Colombia). En el ámbito de los empleados públicos, se encuentra una referencia expresa a esta figura en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cuyo art. 20 alude al delito de enriquecimiento ilícito, y dispone expresamente que *“con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”*. Como se puede observar, no es un precepto obligatorio para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

A nivel regional, la *Convención interamericana contra la corrupción* también contiene la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos en el artículo IX, que tampoco es de previsión obligatoria para los Estados parte. Se define de la siguiente manera: *“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.*

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”. En América Latina varios países sancionan penalmente en delito de enriquecimiento ilícito. Entre ellos Argentina²³⁵, Brasil²³⁶, Colombia²³⁷, Ecuador²³⁸, El Salvador²³⁹, México²⁴⁰, Paraguay²⁴¹, Perú²⁴² y

235 El art. 268 (2) del CP de Argentina castiga al “que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.”

236 Lei Nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

237 El Código penal de Colombia castiga tanto el enriquecimiento ilícito de particulares como el de empleados públicos: el artículo 327 define el Enriquecimiento ilícito de particulares de la siguiente forma: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. El artículo 412 define el enriquecimiento ilícito de funcionarios de la siguiente manera “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.”

238 En Ecuador, el art. 296 CP castiga como sigue el enriquecimiento ilícito “Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos. Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito. Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

239 Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto Legislativo Nº 2833, del año 1959. Parece existir en la actualidad un proceso de reforma de la ley.

240 El art. 224 del Código Penal Federal castiga el delito de enriquecimiento ilícito como sigue: “se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos”.

241 Ley 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la Función Pública y el tráfico de influencias, del año 2004.

242 El art. 401 del CP del Perú castiga el enriquecimiento ilícito como sigue: “El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

Venezuela²⁴³. Sin embargo, otros países americanos como Canadá²⁴⁴ o Estados Unidos de América²⁴⁵ han realizado reservas expresas a la Convención alegando que la sanción penal del enriquecimiento ilícito podría vulnerar sus respectivas Constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba.

Asimismo la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* define el enriquecimiento ilícito como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier otra persona que no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos (art. 1). El art. 8 de la convención recomienda a los Estados castigar este delito, pero siempre que sus disposiciones nacionales lo permitan. Algunos países africanos como Benín castigan expresamente esta figura delictiva.

Asimismo en *Asia*, países como Malasia y Hong-Kong (China) castigan la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos.

En *Europa* existe el *Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Sin embargo, no prevé expresamente la figura del enriquecimiento ilícito. Por eso, es llamativo que la Comisión UE proponga la introducción de una figura que presenta tantos problemas desde el punto de vista del respeto de los Derechos Humanos. Ahora bien, algunos países de la UE ya contienen en sus respectivas legislaciones esta figura delictiva, mejor dicho, una figura similar aunque no coincidente. En efecto, en Francia existe el delito de no justificación de recursos, que fue introducido mediante la Ley de marzo 9 de 2004, denominada Perben II, y modificado por la Ley N° 2006-64 de enero 23 de 2006. Se encuentra en el Código Penal francés, en el contexto de los delitos asimilados a la receptación. El artículo 321-6 CP francés castiga el hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto. Las penas previstas son las de prisión de tres años y multa de 75.000 Euros.

El *problema* fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que *invierte la carga de la prueba* en el ámbito penal. Efectivamente, corresponde al acusado (normalmente empleado público) probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente. Sin embargo, los modelos legislativos expuestos no son totalmente coincidentes entre sí. En realidad, es posible distinguir dos modelos:

a. El modelo que se sigue en la mayoría de los países de *América Latina* mencionados, en los que se castiga al empleado público que no justifique el origen de los bienes que posee. Es muy probable que un delito similar no superaría un examen acorde con los estándares europeos de Derechos humanos, puesto que parece vulnerar la presunción de inocencia, y constituye una inversión de la carga de la prueba al corresponderle al acusado acreditar el carácter lícito de sus bienes.

243 Ley Contra la Corrupción. Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario de fecha 07 de abril de 2003.

244 "Declaración interpretativa del artículo IX- Enriquecimiento ilícito. El artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico". Como el delito contemplado en el artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución del Canadá, el Canadá no aplicará el artículo IX tal como dispone este artículo."

245 "Enriquecimiento ilícito. – Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención".

b. El modelo *européo*, cuyo ejemplo es la legislación francesa y que propone la Comisión UE, no se puede decir que suponga una inversión total de la carga de la prueba. El delito del art. 321-6 CP francés requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación. Y tales elementos son los utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia española para condenar por delito de blanqueo de capitales, y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, la cual ha sido admitida por el TEDH. El CP francés exige que el sujeto a) disponga de bienes que no se correspondan con su nivel de vida, b) que no pueda justificar el origen de los mismos y c) que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos.

Pues bien, estos tres elementos son los indicios que utiliza el Tribunal Supremo español para probar el delito de blanqueo de capitales²⁴⁶. No se invierte la carga de la prueba, porque la acusación ha acreditado elementos que permiten concluir, en atención a las circunstancias del caso concreto, que los bienes de que dispone el sujeto son de origen delictivo, quedando excluidos otros posibles orígenes.

B. Sobre los modelos

Como decimos, algunos países castigan de manera específica los comportamientos denominados de enriquecimiento ilícito, bien de funcionarios o bien de particulares. En el caso de los funcionarios, en realidad se trata éste de un comportamiento más cercano a los delitos cometidos en el marco de la administración pública, y en concreto del cohecho, que del delito de lavado. Por eso no es necesario acreditar el origen ilícito de los bienes que incrementan el patrimonio.

Pero por otro lado se castiga también a los *particulares* que no justifican los incrementos que se producen en su patrimonio, derivados de actividades delictivas. Ejemplo claro es el art. 327 del Código Penal colombiano, que lleva como rúbrica “Enriquecimiento ilícito de particulares”. Pues bien, a diferencia del delito cometido por los funcionarios, éste sí que precisa el origen delictivo de los bienes que pasan a formar parte del patrimonio del particular, que de esta manera se enriquece. Por tanto, habrá que acreditar dicho origen, pues lo contrario sería crear un delito de sospecha, que plantea muchos problemas constitucionales²⁴⁷.

Se trata, en definitiva, de castigar a quienes obtienen ventajas patrimoniales a partir de bienes de origen delictivo. Es totalmente indiferente que estos bienes resulten ocultados y puestos fuera del alcance de la Justicia, lo realmente importante es que se obtenga un lucro con ellos²⁴⁸. Se trata de castigar comportamientos que van desde la recepción de los bienes hasta su adquisición, en definitiva, la obtención de alguna clase de potestad sobre los bienes de origen delictivo (poseer, usar, utilizar, etc.)²⁴⁹.

En realidad, como apunta *Fabían Caparrós*²⁵⁰, lo único que añade este delito al de lavado de activos es la obtención de un lucro por parte del sujeto activo. Sin embargo, este dato no incorpora nada nuevo a la lesión al bien jurídico. En el delito de lavado de activos es indiferente que el sujeto activo obtenga o no un lucro, porque no es esto lo relevante; lo verdaderamente importante es la afectación del orden económico que se produce mediante el lavado, y no tanto que el sujeto obtenga un provecho.

²⁴⁶ La conocida STS de 23 de mayo de 1997 sistematiza estos indicios en materia de blanqueo de capitales. Posteriormente existe una amplia jurisprudencia que desarrolla y aplica estos criterios. Los indicios son: 1. Incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; 2. Ausencia de explicación lógica para tales movimientos; 3. Conexión con alguna actividad delictiva o con personas o grupos relacionadas con actividades delictivas.

²⁴⁷ Como acertadamente evidencia ZARAGOZA AGUADO, “Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado”, cit., pg. 318.

²⁴⁸ Cfr. FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 279.

²⁴⁹ *Ibidem*. Señala este autor que común a todos estos comportamientos es la “manifestación de alguna prerrogativa real” sobre los bienes, los cuales pueden quedar sometidos a alguna clase de gravamen pero permanecen inalterados en lo relativo a su titularidad y a su sustancia.

²⁵⁰ *Ibidem*.

XII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas

Son numerosos los problemas prácticos que suscita la delimitación del delito de lavado con otras figuras delictivas. En concreto, los más importantes van a residir en su distinción respecto de los delitos de receptación y encubrimiento.

A. Lavado de activos y receptación

Los problemas concursales con la receptación surgen en aquellos países en los que el delito previo del lavado de activos también comprende delitos de índole patrimonial o económica. Por ejemplo eso ocurre en el Derecho español, que alude como delito previo a los delitos graves, siendo así que muchos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo son.

Es preciso determinar entonces la calificación jurídica de la conducta de quien se aprovecha de los bienes directamente obtenidos de un delito contra el patrimonio. La conducta de este sujeto puede ser subsumible tanto en el tipo del delito de lavado como en el de receptación. Y es que el encubrimiento de los bienes, conducta constitutiva de lavado, puede servir para el aprovechamiento de los efectos del delito, conducta constitutiva de receptación²⁵¹.

Entiende la mayoría de la doctrina que surge un concurso de leyes, pues es una conducta subsumible en dos normas penales, de las cuales sólo una de ellas es aplicable en cuanto que abarca en su integridad su desvalor. La solución ha de venir de los criterios de solución del concurso de leyes. Para algunos, el criterio a aplicar es el de especialidad, siendo así que precepto especial en tales casos es el relativo a la receptación²⁵². Aspectos específicos del delito de receptación, como el ánimo de lucro, que el delito previo deba ser patrimonial o contra el orden socioeconómico, o que el objeto material lo constituya lo obtenido directamente del delito previo, son los que fundamentan esta postura. Si bien es cierto que estos elementos son de relevancia para delimitar ambas conductas, será preciso atender al caso concreto²⁵³ y, en particular, al bien jurídico que menoscabe la conducta²⁵⁴.

En contra de esta opinión, entiende PALMA HERRERA²⁵⁵ que no es de aplicación el principio de especialidad, pues ninguno de ellos es especial respecto del otro. A su juicio, el criterio de solución del concurso de leyes es el de consunción. Entiende que el desvalor del lavado de activos consume al de la receptación en los casos en los que las conductas son coincidentes. En cualquier caso, la solución deberá tomar en cuenta la legislación nacional al respecto.

B. Lavado de activos y encubrimiento

Las relaciones entre el delito de lavado de activos y el de encubrimiento son también objeto de una fuerte controversia. La referencia a las conductas de ocultación y encubrimiento y a la realización de actos para ayudar a los responsables en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, tiene un claro cariz encubridor. Por ello es preciso fijar la línea de demarcación entre ambos delitos. Y es que la ocultación o el encubrimiento de los bienes que proceden de un delito es una conducta abarcada tanto por del delito de lavado como por el de encubrimiento.

251 Cfr. GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 853.

252 Expresamente ZARAGOZA AGUADO, "Receptación y blanqueo de capitales", cit., pg. 466; CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282, señala que el concurso de normas se ha de resolver primeramente con base en la regla de la especialidad y, en su defecto, en la de la alternatividad.

253 FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 404, indica la necesidad de atender en cada caso al "trasfondo de la conducta enjuiciada", y añade como uno de los elementos que diferencia a la receptación del blanqueo el que éste no requiere la recepción del objeto, algo que es imprescindible en la receptación.

254 Con todo, va a ser difícil delimitar ambos delitos con base en el bien jurídico protegido, pues la receptación ha dejado de ser un delito exclusivamente patrimonial, y se concibe como un delito lesivo del orden socioeconómico.

255 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 697. Entiende que existe especialidad cuando uno de los preceptos reproduce las características de otro, y le añade algunas más. Pero esto no sucede con el lavado y con la receptación.

Para determinar cuál de los dos es el aplicable será preciso en un primer momento estar al caso concreto y atender al bien jurídico efectivamente lesionado. Claro está que quien integra los bienes procedentes de un delito en la economía legal tratando de ocultar su origen menoscaba el orden económico (si la cuantía es lo suficientemente importante), pero a su vez está impidiendo que la Administración de Justicia pueda descubrir el delito previo cometido. El menoscabo de la Administración de Justicia es algo inherente al lavado de activos. Sin embargo entendemos que su sanción se debe a que constituye un ataque contra el orden socioeconómico, y no contra la Administración de Justicia. Lo contrario, esto es, decir que el lavado de activos es un delito contra la Administración de Justicia obligaría a señalar que, como piensa *Palma Herrera*, el criterio que sirve para delimitar ambos delitos es el de consunción: el delito de lavado de activos consume al de encubrimiento²⁵⁶

Pero además del bien jurídico, son otros los elementos que diferencian el delito de lavado de activos del de encubrimiento, como el sujeto activo del delito, que -al contrario de lo que ocurre con el lavado- no puede serlo un interviniente en el delito previo en caso de encubrimiento²⁵⁷.

Por su parte *Calderón Cerezo* entiende que el criterio para resolver el concurso de normas que se plantea entre el encubrimiento y el lavado es el de alternatividad²⁵⁸.

Más problemas puede suscitar la conducta consistente en la realización de cualquier acto para ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos. Esta hipótesis, calificada por algunos de favorecimiento personal, no sólo coincide con el encubrimiento personal, sino que va más allá y abarca supuestos que no pueden incluirse en él²⁵⁹. Sin embargo, creemos que la ayuda a la que se refiere el delito de lavado es la que se presta a los partícipes en el delito previo no mediante la ocultación de su persona (constitutiva de encubrimiento personal), sino de los bienes que proceden del delito que aquéllos han cometido.

C. Lavado de activos y otras figuras delictivas

Pero el delito de lavado de activos puede entrar en concurso, ahora de delitos, con otras figuras delictivas, como por ejemplo las falsedades documentales -concurso ideal²⁶⁰- cuando se lleven a cabo para ocultar el origen o la verdadera titularidad de los bienes procedentes de un delito²⁶¹. Igualmente será muy habitual en la práctica la concurrencia del lavado de activos y el delito de tráfico de drogas, cuando lo que se recicla proceda de este delito²⁶².

256 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 699, 701 y 703.

257 O en algunos países el objeto material, que puede provenir de cualquier delito, incluso menos grave, y no se limita a los delitos graves como el blanqueo; así en España cfr. VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios II, pgs. 1462/3.

258 Cfr. CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

259 Cfr. GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 853.

260 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de bienes, cit., pgs. 717/8; concurso medial dice CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

261 Cfr. la distinción que realiza DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pgs. 373/4, entre falsificación realizada para ocultar el verdadero propietario de los bienes, que daría lugar a un concurso ideal, y la falsificación que sirve de medio para asegurar la ocultación del verdadero propietario, constitutiva de un concurso real, dado que el blanqueo está ya consumado cuando se realiza la falsificación. No compartimos esta solución, ya que en ambos casos la falsificación de los documentos se enmarca en el proceso de encubrimiento de los bienes, en un caso al comienzo de este proceso y en el otro una vez iniciado y dirigido a perfeccionarlo. Es más, debería ser objeto de un estudio pormenorizado si tal conducta no quedaría ya subsumida en la cláusula superamplia del delito de lavado de activos, que sanciona cualquier acto dirigido a ocultar o encubrir el origen de los bienes.

262 Imaginemos el ejemplo del gran narcotraficante que invierte el dinero obtenido de la venta de droga en la adquisición de nuevas partidas de este producto o en el pago a sus colaboradores. Está realizando conductas sobre los bienes que no constituyen un delito de blanqueo, sino que quedan en el marco del ciclo de producción y distribución de la droga, siendo abarcadas por el delito de tráfico de drogas. Así DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pgs. 378/9; VIDALES RODRIGUEZ, legitimación de capitales, cit., pg. 143; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 722; CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 719 ss, examina un caso distinto: aquel en el que se lleva a cabo un delito de tráfico de drogas por la seguridad que genera el hecho de que un tercero lavará las ganancias obtenidas. Entiende este autor que no se trata de un problema de concurso de normas, sino de un caso de concurso ideal de delitos, pues la conducta del individuo supone la comisión de dos delitos: el delito de lavado y el de tráfico de drogas. Y es que el primero de ellos es condición necesaria del tráfico ilícito de drogas, de forma que sus autores no lo hubiesen llevado a cabo de no contar con la seguridad de que se lavarían los beneficios. En todo caso, es fundamental que el delito de tráfico de drogas se haya cometido gracias a la posibilidad que tenía el narcotraficante de lavar después los beneficios. La calificación sería, por tanto, participación (o autoría) en el delito de tráfico de drogas en concurso con el delito de lavado.

D. Unidad y pluralidad de acciones

Una de las cuestiones más problemáticas que suscita el delito de lavado es la relativa a la determinación de cuándo existe un único delito de lavado, pese a que se realicen varias operaciones, o cuando existen varios delitos. La doctrina española ha examinado esta cuestión y ha dado los siguientes criterios:

1. Existe un único delito de lavado cuando los bienes de origen delictivo son sometidos de manera sucesiva y reiterada a *distintas operaciones* para su reciclaje. Todas estas operaciones sirven al mismo fin, el lavado de activos, por lo que han de ser consideradas como un único delito²⁶³.
2. También existe un único delito cuando el mismo individuo que va a lavar dinero de origen delictivo, *aprovecha tales comportamientos* de lavado para reciclar a su vez bienes que proceden de otros delitos, con el objetivo de lavar todos los bienes conjuntamente²⁶⁴.
3. Habrá unidad típica de acción en los casos en los que se realizan *varias operaciones para lavar una gran cantidad de dinero*, por ejemplo, realizando múltiples transferencias de pequeñas cantidades. Cuando se realizan estas operaciones fraccionadas se está en presencia de una única operación global de lavado de dinero²⁶⁵.

Por contra, existirán varios delitos de lavado cuando se realicen múltiples transferencias por un sujeto para llevar a cabo varias operaciones de lavado de dinero de distinta procedencia. Imaginemos la organización que se dedica al lavado, cometerá varios delitos cuando lave dinero de distintos delincuentes. En estos casos se planteará la posibilidad de aplicar el denominado delito continuado, allí donde la legislación penal de cada Estado lo prevea²⁶⁶.

XIII. Excurso. Responsabilidad penal de los abogados por el lavado de activos

Secreto profesional del abogado y prevención del blanqueo de capitales. Sobre el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012 del TEDH

A. Introducción

El abogado es un especialista clave para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que ha de velar a la vez por los intereses de su cliente. Es responsable, por ello, tanto de los intereses del cliente como de la calidad de la justicia. En ocasiones, sin embargo, se pone el acento en que el abogado muestra una clara tendencia hacia la defensa de los intereses del cliente y a ampararse en la confidencialidad de su relación con el mismo, dejando de lado su tarea de atender por un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Se está ofreciendo así una visión del abogado no del todo correcta, que ve en él una persona que lleva a cabo prácticas cuestionables a favor del cliente envuelto en el manto del secreto profesional. Por ello, se ha cuestionado en las últimas décadas cuál es el papel del abogado, ¿es un mero siervo amoral de su cliente o debe ser considerado como un *gatekeeper* o garante de la justicia?²⁶⁷ En terminología anglosajona, se deno-

²⁶³ Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 723.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*, pgs. 724/5.

²⁶⁷ CASTILLA, María, "Client confidentiality and the external regulation of the legal profession: reporting requirements in the United States and United Kingdom", 10 *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.* 2011-2012, pgs. 321-355, pg. 322.

mina *gatekeepers*²⁶⁸ a aquellas personas obligadas a proteger bienes jurídicos denegando su cooperación a los potenciales delincuentes. El abogado es un profesional que ocupa una posición que le permite prevenir el blanqueo de capitales negando su contribución a la realización de una operación de esa naturaleza²⁶⁹. El *gatekeeper* suministra normalmente un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito, por lo que su prestación constituye una “puerta” (“gate”) que sirve para cometer el delito y que el obligado debe cuidar denegando su suministro.

El abogado es un profesional del Derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demandan. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quien podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente²⁷⁰.

En el año 2001 el *National Criminal Intelligence Service* del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de blanqueo usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o un contable²⁷¹. Este patrón se observa también a nivel internacional. Algunos informes de tipologías del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han evidenciado que abogados, contables y otros profesionales que ofrecen asesoramiento financiero se han convertido en elementos comunes en los esquemas de blanqueo. En este sentido, los informes del GAFI (de 1996-97) señalan que los blanqueadores de capitales cuentan con la ayuda de cómplices profesionales que contribuyen a enmascarar el origen de los bienes delictivos. Si bien esto puede ser así, tampoco debería satanizarse la profesión de abogado. El abogado es un profesional que desarrolla su tarea de manera legal, si bien en ocasiones puede ser utilizado como mero instrumento no conocedor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero.

El *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) incluyó hace años a los abogados entre los *sujeitos obligados* en materia de prevención del blanqueo de capitales²⁷². En la reforma de las cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio “conozca a su cliente”. En el año 2008 el GAFI elaboró una Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico²⁷³, con el objetivo de ayudar a los profesionales del ámbito jurídico en desenvolverse en las situaciones sospechosas. En la *Unión europea* (UE) fue la segunda Directiva, la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, la que extendió las obligaciones contenidas en ella a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero, entre los que se incluían abogados, asesores fiscales y auditores²⁷⁴. En la misma línea, la tercera Directiva 2005/60/CE, que incorpora a su ámbito las actividades de financiación del terrorismo, mantiene las obligaciones a los abogados. Se está tramitando una propuesta de cuarta Directiva, que sigue en la misma línea que la tercera.

268 PIPPEL, Christoph, “The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia”, *Bond Law Review*: Vol. 16: Iss. 2, 2004, pgs. 96-140; ZACHARIAS, Fred C., “Lawyers as Gatekeepers” *University of San Diego Legal Working Paper Series*. University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper 20; SHEPHERD, Kevin L., “Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach for Transactional Lawyers”, 43 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 607 (2008-2009), <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pltr/art20>; FARRAR, John / PIPPEL, Christoph, “Piercing the corporate veil in an era of globalisation and international terrorism and the emergence of the lawyer as gatekeeper and whistleblower”, en *Bond Law Review*, 16 (2), 2004, pgs. 66-95.

269 Sobre el origen de este concepto, cfr. BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010 pg. 314.

270 Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A., “El abogado frente al blanqueo de capitales”, en VV.AA. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Claus Roxin) - Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales- INACIPE, México, D.F., 2003, pgs. 261-299.

271 Cfr. BELL, R. E., “The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences”, en *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 6, n° 1, 2002, pgs. 17-26, pg. 17.

272 GARCIA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pgs. 397 ss.

273 GAFI, *Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico*, 23 de octubre de 2008.

274 Ampliamente sobre las obligaciones de los abogados impuestas por esta Directiva, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 21, 2003, pgs. 153-185; FABIAN CAPARROS, “El abogado frente al blanqueo de capitales”, cit., pgs. 261-299.

La aplicación de esta normativa en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) ha generado *diversas protestas* por parte del colectivo de abogados, que se ha mostrado enormemente preocupado. Incluso han ejercido acciones legales contra estas disposiciones que han motivado el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la normativa belga en la materia, alegando la posible vulneración del secreto profesional del abogado. El TJUE se pronunció mediante sentencia de 26 de junio de 2007, negando que se produzca la infracción alegada del secreto profesional entre abogado y cliente. Faltaba por pronunciarse al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo ha hecho recientemente en relación con la normativa francesa en la materia en el asunto *Michaud v. France*²⁷⁵.

Objetivo de este trabajo es analizar el problema que genera el secreto profesional del abogado en relación con el blanqueo de capitales, tomando como punto de referencia la reciente sentencia del TEDH en el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012. Se ofrece una visión de urgencia de esta sentencia y del tratamiento que ofrece el TEDH al secreto profesional del letrado.

B. Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH: asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012

El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH. Alega que las Directivas UE, que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas, constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre el abogado y su cliente. En realidad cuestiona la normativa francesa que incorpora al Derecho francés la normativa europea. Explica que el 12 de julio de 2007, el Consejo Nacional de la abogacía francés tomó la Decisión de adoptar un reglamento relativo a los procedimientos internos para aplicar los requisitos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y el dispositivo de control interno destinado a asegurar el cumplimiento de los procedimientos internos²⁷⁶.

La Decisión (artículo 1) dispone que todos los abogados, personas físicas, inscritos en un colegio de abogados francés, están sujetos a este reglamento profesional, cuando en el curso de su actividad profesional realicen en nombre y por cuenta de su cliente una operación financiera o inmobiliaria, o cuando intervengan en la asistencia a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de operaciones. No están sujetos a esta normativa cuando realizan actividades de asesoramiento jurídico o cuando la actividad está relacionada con procedimientos jurisdiccionales con ocasión de alguna de las actividades mencionadas (artículo 2). El Reglamento dispone que los abogados deben “ejercer una vigilancia constante” y “dotarse de procedimientos internos” para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha (artículo 3), especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de una declaración (artículo 7). Más específicamente, deben establecer normas internas escritas que describan las medidas de diligencia a seguir (artículo 5). También deben garantizar que el reglamento se aplique correctamente en el seno de su estructura, y que los abogados y su personal reciban información y la formación necesaria y adecuada a las operaciones que llevan a cabo (artículo 9), y dotarse de un sistema de control interno (artículo 10). Al mismo tiempo, el reglamento subraya que “los abogados deben garantizar en todas las circunstancias el respeto del secreto profesional” (artículo 4). El incumplimiento de este Reglamento da lugar a sanciones disciplinarias que pueden llegar hasta la expulsión del Colegio de abogados²⁷⁷.

²⁷⁵ *Michaud v. France*, 12323/11, 06/12/2012.

²⁷⁶ Lo hizo en virtud del artículo 21-1 de la Ley de 31 de diciembre 1971 la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, que le atribuye la competencia, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, para unificar a través de disposiciones generales las normas y prácticas de la profesión.

²⁷⁷ Artículos 183 y 184 del Decreto N° 91-1197 de 27 de noviembre 1991 que rigen la profesión legal.

El 10 de octubre de 2007, estimando que cuestionaba la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y las reglas esenciales que la regulan, el demandante presentó ante el Consejo de Estado un *recurso de anulación* de esta decisión. Argumentó que ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Consejo Nacional de la abogacía una competencia normativa en áreas tales como la lucha contra el blanqueo de dinero. Por otra parte, destacando que la decisión impugnada obliga a los abogados a dotarse de procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de sospecha bajo pena de sanción disciplinaria, y que la noción de sospecha no se ha definido, denunciaba un incumplimiento del *requisito de precisión* inherente al respeto del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además, haciendo referencia a la sentencia del caso *André et autres c. France* de 24 julio de 2008 (n° 18603/03), argumentó que el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la abogacía era incompatible con el artículo 8 CEDH, cuando la “obligación de reportar operaciones sospechosas” cuestiona el secreto y la confidencialidad de los intercambios entre un abogado y su cliente. Por último, en aplicación del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea al Consejo de Estado, solicitó al Consejo de Estado que presentara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la conformidad del cumplimiento de la “declaración de sospecha de delito “ con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 8 CEDH.

En una sentencia de 23 de julio de 2010, el Consejo de Estado desestimó las principales conclusiones de la demanda.

En cuanto a la queja basada en el artículo 7 de la Convención, la sentencia destaca que el concepto de “operación sospechosa” no carece de precisión puesto que reenvía a las disposiciones del artículo L. 562-2 del Código Monetario y Financiero (ahora modificado, el artículo L. 561-15). En cuanto al motivo del artículo 8 CEDH, la sentencia la rechaza con las siguientes razones:

“(…) Si, según el demandante, las disposiciones de la Directiva [91/308/CEE modificada] son incompatibles con las disposiciones del artículo 8 CEDH (...) que protegen especialmente el derecho fundamental al secreto profesional, este artículo permite una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, (...) teniendo en cuenta, por un lado, el interés general existente en la lucha contra el blanqueo de capitales y, por otra parte, la garantía de excluir de su ámbito de aplicación las informaciones recibidas u obtenidas por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales y las recibidas u obtenidas en el marco del asesoramiento jurídico, con las sola reserva, para estas últimas informaciones, del caso en el que el asesor jurídico participa en las actividades de blanqueo de dinero, o el asesoramiento jurídico sea con fines de blanqueo de capitales y cuando el abogado sepa que su cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de dinero, el sometimiento del abogado a la obligación de reportar operaciones sospechosas, a lo que obliga la Directiva impugnada, no supone un ataque excesivo al secreto profesional; (...) y, por lo tanto, y sin que exista necesidad de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Unión Europea, debe ser rechazado el motivo basado en la violación de estas disposiciones”.

El debate así planteado llega al TEDH. De acuerdo con el Tribunal, tal como se aplica en Francia, teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.

C. Comentario de la Sentencia *Michaud v. France*. El secreto profesional del abogado: garantía del derecho a un proceso justo y protección de la intimidad

Se ha dicho que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes o derechos merecedores de protección²⁷⁸. Por ello, se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales. En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho a un proceso justo y a la protección del derecho a la intimidad. En este sentido, el TEDH ha examinado este tema en relación con la eventual violación de ambos derechos tal y como se reconocen en el CEDH.

1. El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo. La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado y el derecho a un juicio justo

El art. 6 CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado directamente conectados con el secreto profesional de los abogados. El TEDH ha señalado en diversas ocasiones que el acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección, algo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, y que ello tiene especial relevancia tratándose de la entrevista del abogado con su cliente para la preparación de la defensa en el ámbito de un proceso penal. Asimismo, ha destacado que el derecho a un proceso justo requiere una comunicación no controlada y abierta entre abogado y cliente²⁷⁹. Se debe proteger la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos²⁸⁰. En el asunto *Viola v. Italy* el TEDH concluyó que el derecho del acusado a comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad²⁸¹.

En el asunto *Niemitz v. Germany*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH señaló expresamente que cuando se encuentra involucrado un abogado en un asunto penal, la limitación del secreto profesional puede repercutir en la buena administración de justicia y los derechos garantizados por el art. 6²⁸².

Tratándose del control de la correspondencia, incluida la de carácter electrónico o del control de las conversaciones telefónicas, el TEDH ha valorado que puede constituir en determinadas situaciones una vulneración del art. 6 CEDH. Por ejemplo, en el asunto *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, la Fiscalía interceptó una carta enviada por M. Schönenberger, un abogado, a su cliente M. Durmaz que se encontraba en ese momento detenido²⁸³. Schönenberger le aconsejaba en la carta guardar silencio. M. Durmaz, que desconocía la intervención de M. Schönenberger, nombró a instancias de la Fiscalía a otro abogado. Para apoyar su argumento de que la interceptación de la carta era necesaria, el Gobierno de Suiza alegó ante el TEDH el contenido de la carta en cuestión: según el Gobierno, daba un asesoramiento al Sr. Durmaz en relación con procedimientos penales

278 ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan, "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", s/f/, pgs. 13-14, Ensayos de Actualidad, CGN, Madrid. Disponible en http://www.seplac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf.

279 Cfr., entre otros, RODR., entre ERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", Diario La Ley, Nro La LeyERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, "El secreto profesional de 282 (consultada la versión electrónica).

280 *Castravet v. Moldova*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley v. United Kingdom*, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143), p. 43

281 *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006; en el mismo sentido, *S. v. Switzerland*, App. No. 13325/87, 09/07/1988.

282 *Niemitz v. Germany*, App. No. 13710/88, 05/04/1990.

283 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, App. No. 11368/85, 13/03/1987.

pendientes que era de tal naturaleza que podía poner en peligro su correcto desarrollo. El TEDH rechaza ese argumento, reafirmando el derecho del sospechoso a guardar silencio, derecho consagrado en el art. 6 CEDH²⁸⁴.

En la jurisprudencia del TEDH se refuerza de esta manera la tutela del secreto profesional del abogado en sus relaciones con el cliente, pues constituye una salvaguarda indispensable del proceso con todas las garantías. Por ello las normas nacionales deben establecer garantías específicas para preservar la confidencialidad abogado-cliente, especialmente tratándose de registros en los bufetes de abogados. Según el TEDH los ordenamientos nacionales deben prever garantías particulares para los registros en los bufetes.

En definitiva, se puede afirmar que el TEDH ha relacionado la protección del secreto profesional con varios derechos protegidos por el art. 6 CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le niegan al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica²⁸⁵.

2. La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 del CEDH). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007

Varios colegios de abogados belgas presentaron dos recursos ante la *Cour d'arbitrage*, actualmente *Cour constitutionnelle* (Bélgica), solicitando la anulación de los artículos 4, 5, 7, 25, 27, 30 y 31 de la Ley de 12 de enero de 2004, introducidos en la Ley de 11 de enero de 1993, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con dicha Ley de 2004 se adaptaba la normativa belga sobre el blanqueo de capitales a la Directiva 2001/97/CE²⁸⁶.

La solicitud de anulación se basa en que dicha Ley vulnera de manera injustificada los principios de secreto profesional e independencia de los abogados, principios que, según los demandantes, son un elemento constitutivo del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto del derecho de defensa. Y ello porque se impone a los abogados la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir a dichas autoridades la información complementaria que éstas consideren útil. Estas obligaciones impiden preservar en su integridad la actividad tradicional de los abogados. Se alega que las características propias de la profesión de abogado, principalmente la independencia y el secreto profesional, contribuyen a la confianza del público en esta profesión, y que tal confianza no se circunscribe únicamente a determinadas misiones particulares del abogado. Entienden que ello infringe los arts. 10 y 11 de la Constitución belga, en relación con el art. 6 CEDH, los principios generales del Derecho en materia de derecho de defensa y el art. 6 TUE, apartado 2, así como los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza²⁸⁷.

284 El demandante había reclamado sólo una violación del art. 8, decidiendo el TEDH que la interferencia no era necesaria en una sociedad democrática y constituía una violación dicho artículo.

285 SPRONKEN, Tam / FERMON, Jan, "PRONKEN, Tam / FERMON, Jan, Privilege in Europe", *MON, JPenn St. Int'l L. Rev.* 2008-2009, pgs. 439-463, pgs. 439-440.

286 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

287 Sobre esta decisión cfr. HERREROS BASTERO, Javier, "Reflexiones de un Abogado frente al blanqueo de capitales. (STJCE de 26 de junio de 2007)", *Noticias de la Unión Europea*, Nº 297, 2009, pgs. 35-46; VAQUERO PINTO, María José, "Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema de blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)", en *iustel.com RGDE*, 14, 2007; PEREZ MANZANO, Mercedes, "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales", en Bajo Fernández/Bacigalupo, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 169- 207; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales", en Bajo Fernández/Bacigalupo, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 207-224.

El Tribunal ante el que se interpuso el recurso suspendió su tramitación y presentó la una cuestión prejudicial al TJUE²⁸⁸. El TJUE declara que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas *no vulneran el derecho a un proceso justo*, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 TUE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva (párrafo nº 37). De acuerdo con la Directiva, los abogados (entre otros sujetos obligados) deben colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. Ahora bien, destaca la Sentencia que cuando tales deberes tienen como destinatarios a los abogados, la aplicación de estas obligaciones contiene dos limitaciones importantes.

- Los abogados tan sólo están sometidos a estas obligaciones de información y de cooperación en la medida en que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, número 5, en determinadas transacciones que esta última disposición enumera con carácter exhaustivo (párrafo nº 22).
- De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados “las obligaciones de información y de cooperación en lo que atañe a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (párrafo nº 23)²⁸⁹.

El Tribunal fija en primer lugar el contenido del derecho de defensa de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El art. 6 CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH dicho precepto contempla el concepto de «proceso justo», que está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal. Pues bien, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo “el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento” (párrafo nº 32).

288 «El art. 1, apartado 2 de la Directiva 2001/1997 [...], ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el art. 6 del [CEDH] y por el art. 6 [Tratado de la Unión Europea], apartado 2, en la medida en que el nuevo art. 2 bis, número 5, que ha añadido la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (art. 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el art. 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CE)?».

289 El Tribunal de Luxemburgo constata que el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 es ambiguo y se presta a diversas interpretaciones, por lo que no está claro el alcance exacto de las obligaciones de información y de cooperación que incumben a los abogados. Recuerda así la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado CE (párrafos nº 27 y 28).

Recuerda que se desprende del artículo 2 bis, número 5 de la Directiva que los abogados tan sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en relación con concretas actividades: así, cuando asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. En general, afirma el TJUE, “tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo”.

Ahora bien, desde el momento en que la asistencia de abogado prestada en el marco de una transacción de las contempladas en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva se solicite «para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado, en virtud del art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva, de las obligaciones enunciadas en el apartado 1 de ese mismo artículo y, a este respecto, carece de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso. Tal dispensa contribuye a preservar el derecho del cliente a un proceso justo” (párrafo nº 34).

Las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican que exista una relación con algún procedimiento judicial, y esto se cumple habida cuenta del hecho de que la Directiva 91/308 dispensa a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación cuando sus actividades tengan la mencionada relación. Ahora bien, las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, y no lo hagan para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación (párrafo nº 36).

3. La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limitar razonablemente el derecho a la intimidad

• El secreto profesional y derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH: el artículo 8 CEDH

Hemos indicado que la estrategia en el caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. No cabe duda de que la relación entre el acusado y su abogado se basa en la confianza, la cual permite a aquel poner en conocimiento de éste informaciones que pertenecen al ámbito de su intimidad. Quizás las decisiones más importantes en relación con la protección de la confidencialidad de la relación abogado-cliente adoptadas por el TEDH están basadas en el art. 8 CEDH.

Conviene recordar que, de acuerdo con el TEDH, la protección de la vida privada se extiende a las relaciones profesionales. En el asunto *Niemietz v. Germany* el debate giró en torno a si el art. 8 CEDH se aplica a los establecimientos comerciales²⁹⁰. El Estado alemán argumentó que no existía una injerencia en la vida privada del demandante debido a que los registros se llevaron a cabo en sus locales profesionales, la oficina de un abogado. El TEDH, sin embargo, interpretó la expresión “vida privada” y “domicilio” como comprensivas de ciertas actividades profesionales o comerciales o locales, y consideró que la protección conferida por el art. 8 CEDH se extiende a todos los establecimientos comerciales, incluyendo los despachos de los abogados.

²⁹⁰ *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 16/12/1992.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, muy clara: la relación confidencial entre abogados y sus clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto. El TEDH, en el asunto *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006, ha indicado que el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Por lo tanto, no todas las interferencias con el derecho a la intimidad conducen a la violación de los derechos contenidos en el art. 8. La interferencia puede ser legítima en ciertas circunstancias, en concreto, cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

- *La limitación de la vida privada y del secreto profesional han de encontrarse previstas en la ley.* Con el fin de decidir si la intromisión en las comunicaciones que se benefician del privilegio profesional ha dado lugar a una violación de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, el Tribunal examina la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional²⁹¹. El Tribunal no rechaza en principio las interferencias con las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardias para proteger el secreto profesional.

- *La limitación del secreto profesional debe ser necesaria en una sociedad democrática.* La noción de “necesidad en una sociedad democrática” se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es, por lo tanto, relativa²⁹², si bien la Ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos²⁹³. En esta línea, cuando el secreto profesional está en juego, el TEDH exige garantías adicionales. En varias sentencias sobre el secreto profesional señala que tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, debe existir control por parte de un juez independiente. Cuando se trata del registro de un despacho de abogados, los elementos tomados en consideración son, en particular, si el registro se encuentra amparado en una orden emitida por un juez y estaba fundamentada en una sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia de un observador independiente para garantizar que no se revelan materiales sujetos al secreto profesional²⁹⁴.

Precisamente es de especial relevancia la presencia del *observador independiente*, normalmente el representante del Colegio de abogados. En el asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* el TEDH decidió que se había producido una violación del art. 8 CEDH, aunque el representante del Colegio de Abogados estuvo presente durante el registro del despacho del abogado²⁹⁵. El hecho de que dicho representante pudo examinar todos los documentos escritos, pero no los datos electrónicos, llevó al Tribunal a la conclusión de que se había producido una violación del Convenio. No basta, dice el TEDH, con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente. Este tiene que tener la posibilidad, desde un punto de vista práctico, de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional²⁹⁶.

En otros casos el TEDH ha valorado la presencia del Decano del Colegio de abogados en el registro del despacho del abogado, considerando que la misma constituye una garantía especial de procedimiento²⁹⁷. De hecho, en el asunto *Xavier da Silveira c. France*, concluyó que se produjo una violación del art. 8 CEDH en un caso en el que un abogado cuyo domicilio había sido objeto de un registro no se había beneficiado de esta garantía²⁹⁸.

291 Cfr., por ejemplo, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94 23224/94, 25/03/1998; *Foxley v. The United Kingdom*, 33274/96, 20/06/2000.

292 Cfr., por ejemplo, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev v. Bulgaria*, 62540/00, 28/06/2007.

293 *Ibidem*, nº 76 – 77.

294 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 74336/01, 16/10/2007, nº 57.

295 *Ibidem*, nº 63.

296 También en el asunto *Smirnov v. Russia*, 71362/01, 07/06/2007, la ausencia de observadores independientes se tuvo en cuenta para valorar la proporcionalidad de la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH.

297 *André et autre c. France*, 18603/03, 24/07/2008, nº 43; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 51772/99, 25/02/2003, nº 69.

298 *Xavier da Silveira c. France*, 43757/05, 21/01/2010, n1 43.

• Lavado de activos, secreto profesional y respeto del derecho a la vida privada: opinión del TEDH

Las normas sobre prevención del lavado de activos obligan a los abogados a proporcionar a una autoridad administrativa informaciones relativas a otra persona, su cliente, que poseen por razón de la relación de negocios y conversaciones que han tenido con ella. Esta obligación de comunicar operaciones sospechosas por los abogados puede suponer, advierte el TEDH, un menoscabo del derecho a la intimidad o, de acuerdo con el art. 8 nº 1 CEDH, del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Recordemos que de acuerdo con este precepto, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Pues bien, el deber de revelar la mencionada información puede suponer una injerencia en el derecho al respeto a su correspondencia e incluso a su derecho al respeto de la “vida privada”, que incluye, como hemos visto ya, también las actividades profesionales y comerciales. Esta vulneración permanente del art. 8 no cuestiona directamente los aspectos más íntimos de su vida privada, sino el derecho al respeto de sus intercambios profesionales con sus clientes²⁹⁹.

Esta injerencia de la autoridad pública infringe el CEDH, a menos que esté «prevista por la ley» y “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar los objetivos a los que alude el nº 2 del art. 8 (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás).

4. Prevista por la ley

Los Estados miembros de la UE han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista en la Ley. El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige en primer lugar que la ley sea suficientemente clara³⁰⁰. En esta materia no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por operación “sospechosa”, que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado ni qué actividades puede decirse que reúnan esta calificación. Pese a ello, el TEDH considera que es una norma formulada con la suficiente precisión, pues lo importante es que el ciudadano sea capaz de predecir, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada. Sin embargo, reconoce la imposibilidad de la certeza absoluta en la redacción de leyes, así como el riesgo de que los intereses de seguridad causen rigidez excesiva. Muchas leyes se sirven inevitablemente de fórmulas más o menos vagas y cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica³⁰¹.

A juicio del Tribunal, el concepto de “sospecha” es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente se incapaz de precisarlo. Es más, la Ley en este caso proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían o al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una “sospecha” de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

En cuanto a la supuesta imprecisión de la esfera de la actividad objeto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, el Tribunal considera que la normativa francesa cuestionada indica que este requisito se aplica a los abogados cuando, en el curso de su trabajo, realizan en nombre y por cuenta de su cliente una transacción financiera o de bienes, o participan en el asesoramiento a sus

299 Michaud v. France, nº 92.

300 Petri Sallinen and Others v. Finland, App. No. 50882/99, 27/09/2005.

301 Michaud v. France, nº 96.

clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de transacciones (compra y venta de bienes inmuebles o activos de la empresa, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación de empresas, la creación o administración de empresas y la creación o administración de fideicomisos regidos por normativa extranjera o cualquier otra estructura similar). No están sujetos a la obligación de comunicación cuando ejercen una actividad de asesoramiento jurídico o cuando su actividad está relacionada con los procedimientos jurisdiccionales en relación con una u otra de las seis actividades antes mencionadas. El Tribunal considera que estos datos son lo suficientemente precisos, sobre todo porque los textos en cuestión están destinados a profesionales del derecho³⁰².

5. Necesaria para alcanzar objetivos legítimos

El Tribunal no duda de que, en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del artículo 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia³⁰³.

El TEDH ha enfatizado que la correspondencia entre el abogado y su cliente, independientemente de la finalidad, goza de una situación de privilegio con respecto a su confidencialidad. Es más, el art. 8 proporciona una tutela reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente, puesto que los abogados tienen confiado un papel fundamental en una sociedad democrática: la defensa de los justiciables. El abogado no puede cumplir con esta función si no es capaz de garantizar a quienes defiende que sus intercambios serán confidenciales. Está en juego la relación de confianza entre ellos, indispensable para el cumplimiento de esta misión. De ello depende también, de forma indirecta pero necesariamente, el respeto del derecho del justiciable a un juicio justo, especialmente en lo que comprende el derecho de todo “acusado” a no contribuir a inculparse a sí mismo³⁰⁴. En definitiva, vincula el secreto profesional de los abogados y su tutela a la correcta Administración de la justicia.

Para fundamentar su decisión el Tribunal examina si la obligación que recae sobre los abogados de comunicar sospechas de blanqueo supone un *ataque desproporcionado* al secreto profesional protegido por el art. 8 CEDH. Se remite y se adhiere a la argumentación de la sentencia de 23 de julio de 2010 del Consejo de Estado francés, de acuerdo con la cual esta obligación no supone un ataque excesivo. Llega a esta conclusión teniendo en cuenta el interés general que se concede a la lucha contra el blanqueo de dinero y la garantía que representa la exclusión de su ámbito de aplicación de la información recibida u obtenida por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales, así como la recibida u obtenida en el marco del asesoramiento jurídico (con las únicas reservas, para estas últimas informaciones, de los casos en los que el asesor jurídico está implicado en actividades de blanqueo de dinero, cuando el asesoramiento jurídico se preste con el fin del blanqueo de capitales y el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para el blanqueo de dinero). El secreto profesional puede tener que ceder en determinadas situaciones y una de ellas puede ser la lucha contra el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas o el terrorismo internacional, esto es, supuestos en los que se persigue la prevención de actividades constitutivas de una grave amenaza para la democracia.³⁰⁵

302 *Ibidem*, nº 97.

303 *Ibidem*, nº 99.

304 *Michaud v. France*, nº 118.

305 *Michaud v. France*, nº 123.

El Tribunal destaca asimismo que existen dos elementos decisivos en la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio. En primer lugar, que la obligación de comunicar sospechas de blanqueo se limita exclusivamente a aquellas *actividades que quedan al margen de la misión de defensa* confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito. En segundo lugar, que la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, se trate de información que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo³⁰⁶. Por lo que la obligación de comunicar sospechas no afecta a la esencia de la misión de defensa que constituye el fundamento del privilegio del abogado-cliente³⁰⁷.

Por último, pone en evidencia que existe un *filtro* que protege especialmente el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (en Francia el TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Presidente del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados. Se establece así una garantía específica de carácter procesal cuya finalidad es precisamente preservar el secreto profesional.

D. El secreto profesional del abogado tiene protección absoluta cuando se trate de la actividad de defensa o representación del cliente en cualquier proceso judicial

El *núcleo duro* de las funciones del abogado se concentra en dos actividades: la defensa en cualquier proceso judicial, que se le asigna casi que en exclusiva, y el asesoramiento jurídico. El secreto profesional del abogado despliega sus efectos más amplios en ambos tipos de actividades. Estas constituyen la esencia de la labor del abogado, y en la que el secreto profesional está claramente vinculado al proceso justo.

La tercera directiva dispone expresamente en el art. 23 nº 2 de la Directiva que los abogados están exentos de la obligación de comunicación “con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”. Queda fuera, por lo tanto, de la obligación de comunicación e información la *actividad de defensa* en cualquier proceso judicial. Las actividades de preparación asesoramiento y representación en juicio están exentas del cumplimiento de las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales.

Es cierto que la Directiva se refiere exclusivamente a procesos judiciales. Quizás es conveniente entender que queda fuera cualquier proceso, no solamente judicial, en el que esté vigente el derecho de defensa como garantía del derecho a un proceso justo. Y este proceso puede ser de carácter administrativo sancionador o judicial³⁰⁸. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, porque puede dar lugar también a un procedimiento judicial.

³⁰⁶ *Ibidem*, nº 127.

³⁰⁷ *Ibidem*, nº 128.

³⁰⁸ PEREZ MANZANO, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 201. Dice esta autora que no necesariamente ha de ser un procedimiento sobre blanqueo, sino que puede ser uno dirigido a deputar las responsabilidades tributarias o de otro tipo, o un proceso pena por cualquier delito.

E. El problema del asesoramiento jurídico

No hay duda de que la defensa en cualquier clase de procedimiento constituye una función del abogado. Más compleja es la función del asesoramiento jurídico, que parece tener un carácter accesorio en las tareas del letrado. Y ello porque no les corresponde a ellos en exclusiva, sino que puede ser prestada por otros “operadores jurídicos”³⁰⁹. Podría hasta plantearse que constituya siquiera una función propia del abogado. El motivo de esta situación de incertidumbre reside en que la actividad de asesoramiento jurídico no tiene unos contornos muy claros.

Se suele hacer una *distinción* en atención al *momento en el que se produce el asesoramiento jurídico* en relación con la operación a la que se refiere. Así, se alude en primer término al asesoramiento jurídico preventivo o previo cuando sea anterior a la operación y su objetivo sea esencialmente el diseño o concepción de la misma. De esta modalidad se diferencia el asesoramiento jurídico posterior, que tiene lugar una vez que se ha materializado una concreta operación.

El *asesoramiento preventivo* tiene lugar en fases muy tempranas de la operación que el cliente persigue realizar, estando condicionada su concreta configuración al consejo del letrado. El cliente, por lo tanto, tiene muy claro lo que persigue, pero desea consultar la mejor manera de hacerlo desde una perspectiva jurídica, para lo que consulta al abogado en orden a determinar los efectos jurídicos de las diversas opciones posibles. La labor del abogado se centra en este caso en aconsejar desde un punto de vista jurídico sobre las ventajas e inconvenientes de cada una de las opciones, así como de cuál resulta aconsejable en atención a los intereses del cliente. El consejo del letrado sirve al cliente para concebir o diseñar la operación, que todavía no se ha ejecutado cuando interviene el abogado.

En ocasiones el cliente recurre al abogado para conocer las consecuencias jurídicas de una *operación ya ejecutada*. Con ello el cliente persigue obtener una opinión experta para maximizar los efectos jurídicos positivos de la operación o bien minimizar los efectos negativos. Ya no se trata de asesorar acerca de la concepción o diseño de una operación, sino de ser aconsejado del alcance de los efectos de la operación diseñada y ejecutada sin la intervención del letrado. El letrado puede aconsejar en esta situación la realización de nuevos actos o negocios que tendrán como referencia la operación previamente ejecutada. La finalidad del asesoramiento en estos supuestos puede ser la manera de evitar un proceso consecuencia de los efectos de la operativa ejecutada³¹⁰.

Por último, podría plantearse incluso el asesoramiento previo al inicio de un posible proceso judicial. La cercanía de este tipo de asesoramiento a la defensa del cliente en un proceso y su proximidad, o mejor, incidencia directa en la tutela judicial efectiva, permiten afirmar que esta modalidad de asesoramiento se encuentra al margen de las normas de prevención del blanqueo.

En la UE, de acuerdo con lo señalado por la STJUE antes mencionada, queda al margen del cumplimiento de esta obligación el *asesoramiento preventivo*, esto es, todo asesoramiento jurídico que se refiera a la posible incoación de procesos penales o expedientes administrativos en caso de que se realicen las operaciones que se mencionan en el art. 2 bis nº 5. Y lo mismo ocurre con el *asesoramiento jurídico posterior* a la realización de las transacciones a las que hemos hecho referencia, con el fin de determinar la posición jurídica del cliente. Esto comprende la posible responsabilidad que se pueda derivar de las mismas, se haya incoado o no algún procedimiento o procesos por eventua-

309 Cfr. SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, La Ley Penal, n. 53, 2008 (versión electrónica del trabajo).

310 *Ibidem*.

les infracciones. Dicho asesoramiento puede llegar a la conclusión de que la transacción es lícita, en cuyo caso el abogado no habrá apreciado indicios de blanqueo y no está obligado a comunicar.

Sin embargo, la actividad de asesoramiento no se excluye en su totalidad de la exención de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. En efecto, la tercera Directiva contiene una referencia a esta materia en el último inciso del considerando 20³¹¹. De acuerdo con este considerando “el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.” Algo similar dispone la *propuesta de cuarta Directiva* en su considerando 7, cuando dispone que “Así pues, el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.

Por lo tanto, el asesoramiento jurídico queda excluido del deber de secreto profesional en tres situaciones:

- a. cuando el letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo;
- b. cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo;
- c. cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Conforme a lo dispuesto en los Considerandos de la tercera Directiva y de la propuesta de cuarta Directiva, también han de comunicarse aquellas informaciones obtenidas antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Eso ocurre precisamente en las tres situaciones descritas en el considerando.

Esto mismo se recoge en el asunto *Michaud v. France*³¹² cuando, aludiendo a la normativa francesa, el TEDH señala que los abogados no están sujetos a la obligación de comunicar cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, la información que han recibido u obtenido antes, durante o después de este procedimiento, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que se hayan previsto el blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo o actúe a sabiendas de que las solicitudes de los clientes tienen como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Por lo tanto, el asesoramiento jurídico puede dar lugar a la obligación de comunicar cuando el abogado prevea que se dirige al blanqueo de capitales o sepa a ciencia cierta que ello es así.

311 “Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.”

312 *Michaud v. France*, nº 127.

Vemos, con todo, que queda fuera una actividad de asesoramiento a la que sí que aluden las Directivas: la situación en la que el propio abogado está implicado en el blanqueo. Esto tiene su lógica si pensamos que cuando el propio abogado está implicado en actividades de blanqueo de capitales, tiene derecho a no autoincriminarse, sea en el procedimiento administrativo sea en el penal, cuando se trate de informaciones que le afecten a él. Por lo que difícilmente puede estar obligado a informar. El problema es que algunas de las informaciones que obtenga el abogado pueden tener como objetivo la determinación de la situación jurídica del cliente, por lo que parece que debería comunicarlas, algo que puede chocar con el secreto profesional y con lo dispuesto en el mencionado art. 23 nº 2 de la Directiva. En efecto, resulta problemático el deber de información cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como dicen las Directivas. Es complicado interpretar estas previsiones porque pueden resultar redundantes. Para evitarlo, advierte *Pérez Manzano*, la interpretación más lógica es que la primera alude a los casos en que es objetivamente reconocible por cualquiera o en los que pueden existir sospechas fundadas para cualquiera de que el asesoramiento solicitado tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que la segunda haría referencia a los supuestos en los que el abogado tiene conocimiento seguro de dicha finalidad³¹³. Por lo tanto, si cualquiera sospecharía que el asesoramiento va a ser utilizado por el cliente para el blanqueo de capitales, el abogado tiene el deber de informar sobre dicha actividad de asesoramiento solicitada. Se está obligando al abogado a comunicar informaciones conocidas en relación con un proceso contra el cliente.

En definitiva, parece que también las informaciones obtenidas «antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente» pueden generar deberes de colaboración con la UIF, si bien de acuerdo con la normativa están excluidas. *Pérez Manzano* ha señalado que el Considerando de la tercera Directiva no se encuentra en el artículo y, por ello, no ha de ser tenido en cuenta³¹⁴. Sin embargo, el TEDH y el TJUE entienden que el contenido del mismo es válido y en estos casos el abogado no está exento de comunicar. Por ello, cabe concluir que si el abogado sabe a ciencia cierta que el cliente solicita asesoramiento jurídico para cometer un delito de blanqueo de capitales tiene el deber de comunicar. Lo contrario, esto es, no comunicar y además asesorar para hacerlo, supondría que el abogado está implicado en la actividad de blanqueo, es un abogado delincuente y puede ser perseguido penalmente (si bien ya no estaría obligado a autoincriminarse).

Más complejo será el supuesto en el que abogado pueda sospechar que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo. En este caso, si el abogado decide asistir al cliente puede involucrarse en su delito de blanqueo de capitales, que admite la comisión a través del dolo eventual. Por lo que estará obligado a comunicar si el cliente le solicita asesoramiento para blanquear dinero y sospecha el abogado que es así, siempre y cuando no decida no prestar sus servicios (salvo que se encuentre en alguna situación de excepción de acuerdo con la normativa). Una vez que decide asesorar pese a sus sospechas, su conducta tiene relevancia penal y no puede ser obligado a comunicar porque vulneraría su derecho a no autoincriminarse.

F. Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos

Hoy día se encuentra superada la consideración del abogado como profesional que interviene exclusivamente en procesos judiciales o que realiza actividades de asesoramiento jurídico. Es ampliamente asumido que el abogado es un técnico en Derecho polivalente, que se dedica a otras muchas

³¹³ PEREZ MANZANO, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 197.
³¹⁴ *Ibidem*, pg. 198.

actividades distintas de las dos mencionadas. Muchas de ellas pueden ser prestadas por otro tipo de profesionales que prestan en exclusiva tales servicios. Pues bien, esas otras actividades, a las que me referiré a continuación, son extrañas a sus tareas de defensa o asesoramiento.

El abogado puede llevar a cabo actividades de asesoramiento e intermediación en todo tipo de operaciones inmobiliarias, compraventas y/o arrendamientos de pisos y fincas urbanas y rústicas, constitución, gestión y disolución de todo tipo de sociedades mercantiles y civiles, operaciones de reestructuración societaria (fusión, escisión...), gestión de fondos, gestión o funcionamiento de empresas o representación en cualquier transacción financiera. Precisamente el art. 2.1.3.b de la tercera Directiva excluye del secreto profesional y obliga a comunicar operaciones sospechosas al abogado cuando participe actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en *cualquier transacción financiera o inmobiliaria*. También queda excluido el secreto profesional cuando el abogado asista en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas. Esta intervención queda al margen de la función de abogado como defensor o asesor jurídico. Nada tiene que ver la apertura o gestión de cuentas bancarias o la gestión de sociedades con la actividad de defensa en un proceso judicial. La intervención del abogado en actividades de representación o su actuación como mandatario está sometida a las mismas obligaciones que tienen los profesionales de estos ámbitos. Lo contrario, esto es, excluir al abogado de tales obligaciones, sería colocarles en una posición de privilegio en el mercado, al estar blindados contra cualquier intervención judicial por razón del secreto profesional. Esta especie de inmunidad del abogado de la que no disfrutarían otros profesionales dedicadas a las mismas actividades sería inadmisibles³¹⁵.

Cuando un abogado se involucra en una transacción comercial, planifica transacciones o crea estructuras societarias, cumple funciones que puede desempeñar cualquier otro profesional (o no) de las finanzas o incluso una entidad financiera. Por ello, y al igual que ocurre con profesionales tales como auditores, contable externos y asesores fiscales, y también con las entidades financieras, el secreto profesional cede ante la obligación de comunicar la operación cuando tenga el carácter de sospechosa de que está sirviendo al blanqueo de capitales.

G. La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía

Una de las garantías específicas que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. Pues bien, como se ha indicado ya, el TEDH tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del blanqueo de capitales en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto. Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera francesa (TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Decano del Colegio de los Abogados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados³¹⁶.

³¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ STEWART, "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", cit. (versión electrónica del trabajo).

³¹⁶ Michaud v. France, nº 129.

Ello supone, dice el TEDH, que revelar la información al grupo profesional sujeto a las mismas reglas de conducta y al representante del mismo elegido por sus pares para asegurar el cumplimiento, no vulnera el secreto profesional. Los Decanos de los Colegios de abogados son colegas que pueden apreciar mejor que nadie qué información está o no cubierta por el secreto profesional. Es más, solo transmiten la información sospechosa comunicada por el abogado al TRACFIN tras comprobar que se cumplen con los requisitos establecidos en la normativa. Por lo tanto, no llevan esta transmisión si consideran que no existe una sospecha de blanqueo de dinero o si parece que el abogado en cuestión cree erróneamente que tiene el deber de transmitir la información recibida con ocasión de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de comunicar operaciones sospechosas³¹⁷.

La propuesta de cuarta Directiva se refiere expresamente a la opinión del TEDH en su Considerando nº 27, diciendo que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguardia importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados”. De acuerdo con el art. 33 nº 1 los “organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”.

Está claro, por lo tanto, que una garantía del respeto del secreto profesional es el establecimiento de un organismo autorregulador de la Abogacía a los efectos de recibir información sospechosa. Este organismo será el encargado de transmitir la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente. El art. 23 nº 1 de la tercera Directiva permite a los Estados “designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”. La Directiva, por lo tanto, no establece una obligación para los Estados de crear tales organismos autorreguladores. En caso de que decidan establecer tal organismo y recaiga en los Colegios de Abogados, pueden asignarles una función de meros transmisores de las informaciones a la UIF competente. En este caso su función es meramente mecánica, y no añade mucho al sistema de prevención del blanqueo de capitales.

No es esto, sin embargo, lo que parece requerir el TEDH a efectos de una adecuada protección del secreto profesional, que requiere garantías especiales y, por lo tanto, una tutela reforzada. En efecto, el Tribunal parece exigir que los organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegiados cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen las causas que exoneración de esta obligación. Esto es, cumplen una función de filtro, como dice el propio Tribunal, que permite al Colegio de Abogados valorar el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. De esta manera, puede también el Colegio de Abogados ejercer sus competencias en defensa del secreto profesional, e incluso de carácter disciplinario en caso de que las comunicaciones se efectúen con mala fe³¹⁸.

Lo que no permite la normativa europea es que los organismos autorreguladores lleven a cabo una tarea de filtrado de la información, es decir, que controlen el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea corresponde en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de Abogados no pueden asumir esta tarea (de hacerlo podrían incurrir incluso en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea)³¹⁹.

317 Ibidem.

318 Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 546, 2002, BIB 2002\1561.

319 Ibidem.

Parece necesario, en definitiva, que se establezca dicho organismo autorregulador que suponga una garantía intensificada dirigida a tutelar el secreto profesional del abogado. Con todo, y pese a que el TEDH parece exigirlo, la propuesta de cuarta Directiva sigue manteniendo el carácter potestativo para los Estados de la creación de estos organismos. Pienso que si un Estado decide no hacerlo y se plantea una demanda ante el TEDH, este puede concluir que se vulnera el art. 8 CEDH al no establecerse una garantía específica para tutelar la confidencialidad de la información que obtiene el abogado del cliente. En definitiva, tras la sentencia *Michaud v. France* debería ser obligatorio establecer en los Colegios de Abogados organismos dedicados a recibir las comunicaciones de los abogados y a determinar si se garantiza el secreto profesional.

H. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo

De otra manera se ha de enfocar la labor del abogado consistente en la asistencia letrada. Y es que hemos indicado que entre las conductas típicas previstas en el Convenio de Viena se encuentran la conversión y la transferencia de bienes de origen delictivo para “ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”³²⁰. Esta fórmula es tan amplia que puede comprender los comportamientos del abogado que defiende ante los Tribunales a un blanqueador, pues intenta que éste eluda su responsabilidad.

Y más claramente quedaría abarcado el comportamiento consistente en cobrar sus honorarios con dinero de origen delictivo, comportamiento subsumible en otras conductas típicas, como la adquisición, posesión, etc. Precisamente el problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo. El tipo penal abarca todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados. Y, claro está, también quedan comprendidas las conductas de los abogados que cobran sus minutas con dinero que procede de los delitos cometidos por sus clientes.

Son muy variados los casos planteados y resueltos por los Tribunales alemanes³²¹. En un primer supuesto³²² la Fiscalía acusó de un delito de lavado de activos a un abogado de Hamburgo que había aceptado como pago de honorarios una cantidad de 5000 Marcos alemanes (DM) por la defensa de una presunta traficante de droga. Esta acusación fue desestimada por el Tribunal competente. La Fiscalía interpuso un recurso ante el *Oberlandesgericht (OLG)* de Hamburgo, que en un Auto de 6 de enero de 2000 decidió que la aceptación de honorarios por el abogado no es subsumible en el tipo del delito de lavado de acuerdo con una interpretación restrictiva. Un año después el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof - BGH*) mantuvo una postura totalmente distinta y contrapuesta, al confirmar la condena por un delito de lavado de activos impuesta a dos abogados que habían cobrado sus honorarios con dinero en efectivo a sabiendas de que procedía de la actividad delictiva de sus clientes. Esta sentencia del *BGH* fue recurrida ante el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*), en la que se pronuncia sobre este tema³²³.

En *algunos países* existe una regulación expresa de esta cuestión, y en otros ha sido la jurisprudencia la que ha precisado el alcance del delito de lavado de activos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos el 18 U.S.C.A. § 1957, en su apartado f) (1), prevé de forma expresa un privilegio para el abogado. Dicho precepto dispone que queda fuera de la expresión “*monetary transaction*” aquella

320 También alude a esta finalidad el artículo uno de la Directiva CEE, y el art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa.

321 Cfr. sobre la evolución de la situación en Alemania WOHLERS, Wolfgang, „Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren - Art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2, 2002, pgs. 197-219, pgs. 199/200.

322 RAGUÉS I VALLÉS, “Blanqueo de capitales y negocios standard”, cit., pg. 132, nota 11, informa de otro procesamiento de un abogado por un presunto delito de blanqueo. Se trataba de un abogado a quien se le imputaba haber cobrado sus honorarios con bienes originados en el alquiler de viviendas a prostitutas. Como no se pudo acreditar siquiera una conducta imprudente del abogado se archivaron las diligencias.

323 Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

transacción necesaria para preservar el derecho de una persona a la defensa letrada garantizado por la sexta Enmienda de la Constitución³²⁴. En Canadá el problema ha sido resuelto por la jurisprudencia, en concreto, en el caso *Maranda c. Canada (Gendarmerie royale)* de 2 de diciembre de 1997³²⁵. En esta decisión la *Chambre criminelle* de la *Cour supérieure* de Québec se ha referido a la norma constitucional según la cual toda persona tiene un derecho incondicional a la asistencia de un abogado. Para el Tribunal la relación entre el cliente y el abogado está gobernada por el principio del privilegio absoluto del abogado. La confianza que el cliente deposita en el abogado podría verse seriamente quebrantada si el juez pudiera identificar a través de registros, embargos o escuchas telefónicas, la procedencia ilegal de documentos o de fondos³²⁶.

La doctrina alemana (también la española) ha dedicado grandes esfuerzos dirigidos a restringir un tipo tan excesivamente amplio. Por eso ha elaborado múltiples y variadas soluciones, que pretenden limitar su ámbito de aplicación, especialmente cuando se trata de la aceptación por parte del abogado de bienes de origen delictivo en concepto de honorarios. Tales soluciones pueden clasificarse en función de si limitan el tipo, ya sea en el ámbito objetivo o en el subjetivo, o si se refieren a la antijuridicidad.

1. La solución de la tipicidad

Un gran número de autores opina que la solución del problema planteado tiene su sede en la tipicidad. Ahora bien, discrepan en torno a si dicha solución se residencia en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo³²⁷.

Algunos autores³²⁸ piensan que el comportamiento del abogado que cobra honorarios con bienes de origen delictivo queda fuera del propio tipo objetivo del delito de lavado. Las opiniones son muy diversas y van desde la de aquellos que llevan a cabo una *reducción teleológica* de los tipos del delito de lavado de activos con base en el criterio del *fin de protección de la norma*³²⁹, hasta la de quienes simplemente afirman la atipicidad de tales comportamientos sin más.

Otro sector doctrinal considera que la cuestión de si ha de castigarse el comportamiento del abogado es en realidad un problema concerniente al *tipo subjetivo*, en concreto al dolo. En efecto, algunos autores proponen una restricción del tipo subjetivo, y entienden que el tipo penal sólo es de aplicación al abogado que actúa con dolo directo cuando cobra sus honorarios. Más específicamente, sólo ha de castigarse la conducta del abogado que tiene conocimiento seguro del origen delictivo de los bienes en el momento de su recepción³³⁰. En la medida en que no exista este conocimiento seguro, el abogado puede aceptar el pago del cliente³³¹.

324 Sobre esta cuestión ampliamente AMBOS, "Annahme 'bekamelten' Verteidigerhonorars als Geldwäsche?", cit., pgs. 77/8.

325 Esta sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de Canadá en el año 2003. Cfr. *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67. *Léo-René Maranda c. Caporal Normand Leblanc, ex qualités de dénonciateur et Le procureur général du Québec Le procureur général du Québec, l'Association du Barreau canadien, le Barreau du Québec et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ...* No du greffe : 28964. 2003:12 mai; 2003: 14 novembre. Existen con todo dos votos particulares.

326 Sobre esta sentencia puede verse el trabajo de ANTENEN, Jacques/BURNAND, Yves/MOREILLON, Laurent/TRECCANI, Jean, "La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1, 2001, pgs. 71-93, pgs. 77 y 85.

327 Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)", en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

328 Entre otros, mantienen la solución del tipo objetivo: BARTON, Stephan, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *Strafverteidiger (StV)*, 1993, pgs. 156-163; SALDITT, Franz, "Der Tatbestand der Geldwäsche", en *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht. Strafverteidiger-Forum (StraFo)* 4/92. *Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV*, pgs. 121-136; HARTUNG, Gerrit Wolfgang, "Der Strafverteidiger als Geldwäscher", en *Anwaltsblatt (AnWB)*, 44, 1994, pgs. 440-448; KULISCH, Sylvia, "Strafverteidigung und Geldwäsche", en *Strafverteidiger-Forum (StraFo)*, 1999, pgs. 337-339; LÜDERSEN, Klaus, "Die Stellung des Strafverteidigers- neue Aspekte: Wahrheitspflicht, 'Geldwäsche', Schadenersatz", en *Zasady procesu karnego wobec wizman wspolczesnosci księga ku czci profesora Stanisława Waltośia, Warschau, 2000*, pgs. 324-341. Disponible en la dirección http://www.uni-frankfurt.de/fb01/luederssen/lued_text1-1.html; WOHLERS, Wolfgang, "Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit", en *Strafverteidiger (StV)*, 7, 2001, pgs. 420-429; WOHLERS, "Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren", cit., pgs. 197-219; WOHLERS, Wolfgang, "Anmerkung zur BVerfG, Urteil v. 30.3.2004- 2 BvR 1520/01", en *Juristenzeitung*, 13, 2004, pgs. 678-681.

329 BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", cit., pg. 159.

330 GRÜNER, Gerhard/WASSERBURG, Klaus, "Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?", en *Goldtammer's Archiv für Strafrecht*, 9, 2000, pgs. 430-447, pgs. 439 ss.

331 GRÜNER/WASSERBURG, "Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?", cit., pgs. 439 ss.

2. La solución de la justificación

Frente a la solución de la tipicidad, un importante sector de la doctrina se inclina por la denominada “solución de la justificación”, que, como su propio nombre indica, pretende resolver estos supuestos en el marco de las causas de justificación. Esta opinión es mantenida en Alemania por autores tales como *Bernsmann*³³², *Hombrecher*³³³ o *Kai Ambos*³³⁴.

También es esta la opinión mayoritaria de la doctrina española. Según ella, si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes al percibir sus honorarios, su conducta podría justificarse por el *ejercicio legítimo de un derecho*, oficio o cargo, si se cumplen los requisitos para apreciar tal causa de justificación (muy especialmente que el abogado no pueda cobrar con fondos de lícita procedencia)³³⁵. La doctrina mayoritaria considera justificada esta conducta con base en la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, en concreto el derecho a la asistencia letrada. En ese sentido, entiende PALMA HERRERA en la doctrina española que la conducta del abogado que cobra sus honorarios profesionales es ajustada al ordenamiento jurídico por haberse llevado a cabo en el ejercicio legítimo de un derecho a la percepción de honorarios por los servicios profesionales³³⁶.

Es necesario que el ejercicio del derecho del abogado sea *legítimo*, esto es, que se realice conforme a las normas propias de la profesión. Por ello, habrá que entender que es adecuado a derecho todo cobro de honorarios que sea consecuencia de una prestación de servicios efectivamente realizada³³⁷.

El problema reside en que si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes cuando percibe sus honorarios, si bien su conducta puede estar justificada, ello no va a impedir el **comiso** de los mismos, pues es un poseedor de mala fe³³⁸. Por este motivo la doctrina mayoritaria entiende necesario que el legislador se pronuncie de forma expresa sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados³³⁹.

3. La solución del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*). La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo

El Tribunal Constitucional alemán ha terciado en este debate y se ha pronunciado en su esperada sentencia de 30 de abril de 2004³⁴⁰. En ella, siguiendo a la doctrina dominante, considera necesario realizar una restricción del tipo del delito de lavado porque en caso contrario vulnera derechos fundamentales del abogado. Ahora bien, dicha restricción debe realizarse en el marco del *tipo subjetivo*, de manera que sólo puede ser castigado penalmente el abogado que acepta en concepto de honorarios bienes de origen delictivo *a sabiendas* de su procedencia. Queda impune, por lo

332 BERNSMANN, Klaus, „Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche- Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund“, en StV 1/2000, pgs. 40-45.

333 HOMBRECHER, Lars, Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers - Shaker Verlag, Aachen, 2001.

334 AMBOS, Kai, „Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts“, en JZ, 2, 2002, pgs. 70-82.

335 ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 260, señala que esto no va a impedir el comiso de sus honorarios, pues es un poseedor de mala fe. Por ello entiende este autor que sería necesario que el legislador se pronunciara sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados.

336 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 537.

337 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 539, añade además que es preciso que dicho cobro no se efectúe de forma abusiva o antisocial, es decir, para un fin contrario al que el ordenamiento jurídico le reconoce. En cuanto al análisis exhaustivo del resto de los requisitos de esta causa de justificación, véase lo señalado por este autor, pgs. 539 ss.

338 Como ha evidenciado JAKHIAN, G., «L’infraction de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge», en Revue de Droit Pénal et de Criminologie, nº 8-9-10, 1991, pgs. 765 ss, pg. 783.

339 Así ya JAKHIAN, G., «L’infraction de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge», pg. 783; ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 260; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 541/2.

340 BLANCO CORDERO, Isidoro, “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, en Revista General de Derecho Penal, nº. 3, 2005.

tanto, el abogado que imprudentemente incurre en la realización de un delito de lavado cuando recibe el pago de la minuta, y el abogado que actúa con dolo eventual respecto del origen de los bienes.

El problema reside en determinar cuándo se puede decir que el abogado actúa con conocimiento cierto del origen de los honorarios que recibe. El Tribunal Constitucional entiende que dicho conocimiento se ha de probar mediante indicios, esto es, recurriendo a la prueba indiciaria. A su juicio pueden ser indicios de la parte subjetiva, por ejemplo, la *cuantía extraordinaria de los honorarios* o la *clase y forma del pago* de tales honorarios.

El problema al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional alemán no es nuevo. Ya se planteó esta cuestión durante la tramitación del *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito* de 1990 (Convenio de Estrasburgo). En el Informe Explicativo del Convenio se advierte que respecto de la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* de 1988 (Convenio de Viena), se había discutido si era o no constitutivo de lavado de activos el comportamiento del abogado que recibe en pago de honorarios bienes de origen delictivo. Pues bien, señala dicho informe que el Comité restringido de expertos que elaboró el Convenio de Estrasburgo consideró que éste no podía interpretarse en el sentido de incluir en la norma penal estos actos³⁴¹. Parece, por lo tanto, que se puede deducir de los instrumentos internacionales que no es objetivo de éstos abarcar tales comportamientos de los letrados.

³⁴¹ Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), párrafo 33. Se refiere también a esto ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pg. 182.

El delito tributario como delito previo del lavado de activos

Isidoro Blanco Cordero

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

SUMARIO

I. Introducción	189
II. El delito tributario como delito previo del lavado de activos. La situación en el Derecho comparado	189
A. La situación en España tras la Ley de 2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	189
B. Francia	192
C. Bélgica	193
D. Alemania	194
E. Italia: la sentencia del Tribunal de Casación italiano de N ^o 45643/2009, de 26 de noviembre	196
F. Conclusiones del Derecho comparado	197
III. Los tributos (la cuota tributaria) como objeto material del delito de lavado de activos	197
A. Introducción	197
B. Elusión del pago de tributos: la cuota tributaria defraudada	198
C. Argumentos en contra	198
1. Argumento relacionado con el objeto material	198
2. Argumento relacionado con la conducta típica	199
3. El argumento de la prescripción	199
4. Argumento político-criminal	199
D. Opinión personal: la cuantía constitutiva del tributo defraudado como objeto material del delito de lavado de activos	200
E. Los tributos defraudados como dinero, bienes, efectos o ganancias	200
F. La contaminación del tributo: su origen ilícito	201
1. El problema del origen. El nexo causal	201
2. La individualización de los bienes constitutivos de la cuota tributaria	203
3. Criterios para resolver los casos de mezcla de bienes	205
IV. Conclusión	206

I. Introducción

La polémica doctrinal en torno a la posibilidad de considerar el delito tributario como actividad delictiva previa del lavado de activos se ha intensificado en los últimos años a nivel europeo. Las opiniones doctrinales contrarias a ello parecen ser mayoritarias. Sin embargo, el legislador de algunos países y los tribunales de otros se muestran favorables y ya existen condenas por lavado de bienes procedentes del delito tributario. Esta contribución persigue arrojar luz sobre este complicado tema, examinando los términos en los que se ha desarrollado el debate en otros países, y exponiendo la situación en el Derecho comparado. A nivel de Latinoamérica, no existen muchas legislaciones que hagan referencia expresa al delito tributario como actividad delictiva previa del lavado de activos. Una excepción es la legislación peruana contra el lavado de activos, que alude específicamente a la defraudación tributaria como delito previo o antecedente del lavado.

Las tendencias internacionales parecen moverse hacia la admisión del delito tributario como actividad delictiva antecedente del lavado de activos. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) -el organismo mundial más importante en materia de lucha contra el lavado de activos-, ha incluido en 2012 los delitos tributarios como delitos previos del lavado de activos. Se traslada al ámbito internacional una discusión que ya ha dado lugar a ardientes polémicas a nivel nacional, por las importantes repercusiones prácticas que tiene.

El presente trabajo ofrece una panorámica de la discusión, que se contextualiza tomando como punto de referencia la situación en los países europeos, para contrastar las diversas soluciones diseñadas sobre el tema objeto de estudio. A continuación, tomamos postura por la compatibilidad entre la defraudación tributaria y el de lavado de activos.

II. El delito tributario como delito previo del lavado de activos. La situación en el Derecho comparado

El Derecho comparado nos ofrece una visión de la situación jurídica en otros países y sobre cómo han abordado este problema. En algunos los tribunales ya se han manifestado a favor de admitir que el fraude fiscal constituye delito previo del lavado, como en Francia o Italia. En otros también es así, aunque la norma que regula el delito de lavado limita los delitos fiscales a los de carácter grave, como ocurre en Bélgica y en Alemania. Por último, los hay en que el delito de lavado se refiere al delito fiscal sin ninguna limitación, como ocurre en Portugal¹ y Perú².

A. La situación en España tras la Ley de 2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

En España, el art. 1.2 de la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, considera bienes procedentes de una actividad delictiva “todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la

¹ El delito de Branqueamento se encuentra en el artículo 368-A CP portugués (introducido por la Ley nº 11/2004 de 27-03-2004), y entre los delitos previos a los que alude (siguiendo el sistema de listado) está el fraude fiscal.

² Así, el artículo 6º de la Ley 27765 (Ley penal contra el lavado de activos, de 2002) dispone: “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194º. Del Código Penal” (las cursivas son nuestras).

cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. De acuerdo con esto, la cuota tributaria defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. Con esta referencia parece quererse resolver de manera definitiva al peliagudo debate que existe entre las autoridades (Fiscalía y Agencia Tributaria) y un sector de la doctrina. La Ley toma postura de manera expresa, admitiendo así que el delito fiscal pueda ser considerado como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales.

La Fiscalía General del Estado “valora positivamente” la alusión a “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”, que persigue así excluir las interpretaciones doctrinales que estiman que los bienes procedentes de delito fiscal no pueden ser objeto de blanqueo de capitales³. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) declara expresamente que la cuota defraudada a la Hacienda Pública, cuando constituya el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo de capitales. Asimismo alude a algo que, si bien es evidente, es conveniente remarcarlo. Cuando la cuota defraudada no alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social correspondiente, no habrá delito y por lo tanto no será objeto idóneo de una operación de blanqueo. En dicho caso la cuota procederá de una mera infracción tributaria⁴.

Esta referencia, si bien parece querer aclarar el polémico tema⁵, en realidad está generando una gran polémica. En efecto, algunos no teníamos dudas de que los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social podían ser delitos previos del blanqueo de capitales⁶. La referencia de la Ley, a nuestro juicio, es claramente desconcertante. No alcanzamos a determinar qué pretende el legislador con la misma, si aclarar algo discutido doctrinalmente, o introducir por vía de una ley ordinaria un criterio interpretación de la norma penal que regula el blanqueo de capitales.

a. Puede entenderse que la referencia a la cuota tributaria alude a que el delito fiscal será considerado delito previo del blanqueo a efectos puramente administrativos, pero no penales. De esta manera, las obligaciones impuestas en la Ley sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo se aplican también cuando los bienes procedan de un delito fiscal, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal, que seguiría, a juicio de algunos, dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales. Este entendimiento, con todo, no es convincente, pues precisamente el objetivo de la ley⁷ parece ser armonizar la definición de blanqueo que se contiene en ella con la del Derecho penal. Recordemos la discrepancia que existía entre la derogada Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, que sólo era aplicable cuando se trataba de delitos previos castigados con pena de prisión superior a tres años, mientras que el art. 301 CP, desde la reforma LO 15/2003, de

3 INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, 28 de septiembre de 2009, pg. 4.

4 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al anteproyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, 29 septiembre 2009, pg. 62. En el mismo sentido el CONSEJO DE ESTADO: DICTÁMENES, Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, fecha de Aprobación: 19/11/2009

5 LOMBARDERO EXÓSITO, Luis Manuel, “Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, en Quincena Fiscal Aranzadi, num. 13/2010 (Estudio). BIB 2010\1195, señala que con esta referencia “se da fin a una antigua cuestión”.

6 Cfr. ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, Marcial Pons, 2000, Madrid, pg. 185, quien no advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos, en su relación con el blanqueo; le sigue LOMBARDERO EXÓSITO, Luis Manuel, Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pgs. 162 ss; PALMA HERRERA, José Manuel, Los delitos de blanqueo de capitales, Madrid, 2000, pgs. 715/6, partiendo de que los bienes procedentes del delito fiscal pueden considerarse procedentes o de origen delictivo grave, constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo; así parece también considerarlo ABEL SOUTO, Miguel, El delito de blanqueo en el código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pg. 224, cuando se refiere a la elusión tributaria, y 256, cuando crítico señala que el CP comprende ahora todos los ilícitos contenidos en la Parte especial del CP (por lo tanto, también el delito fiscal).

7 PONS, Pere M. “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 25-2010, pgs. 61-73, pgs. 64/5, opina que no sería admisible desde la perspectiva de los objetivos de la ley, en concreto la “prevención de la utilización indebida del sistema financiero y, en su caso, persecución del producto de la criminalidad, no de las infracciones fiscales, sean delictivas o no”.

25 de noviembre, admitía la sanción del blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito⁸. Con la nueva ley se solventan las importantes críticas doctrinales que recaían sobre esta discrepancia, y que proponían una solución urgente.

b. Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 ss. CP. Se trataría, por lo tanto, de una especie de interpretación auténtica⁹ que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de norma penal en blanco, cuyo elemento típico bienes que “tienen su origen” (nº 1) o “proceden” (nº 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010. Este entendimiento no es en absoluto convincente¹⁰, por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la reserva de Ley orgánica propia de la materia penal, cuestión que, si bien discutida, parece necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

A nuestro juicio, la intención del legislador –no manifestada– no es establecer ex novo que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que parece haber en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente, que admite cualquier actividad delictiva como previa del blanqueo. Sin embargo, si el objetivo fuese introducir por esta vía el delito fiscal, creo que estaría cometiendo un error, que finalmente llevaría a dejarlo fuera, por la vulneración clara de principios fundamentales del Derecho penal. Es más, la vía adecuada para ello hubiera sido la reforma del CP (que se acaba de modificar y que no hace referencia expresa a esta cuestión en relación con el delito de blanqueo de capitales del art. 301)¹¹, preservando de esta manera la reserva de Ley Orgánica para la materia penal¹².

La jurisprudencia no se ha pronunciado a día de hoy sobre la posibilidad de considerar al delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales¹³. Sí que ha abordado el problema de la compatibilidad entre el delito de blanqueo y el delito fiscal¹⁴, por las ganancias blanqueadas no declaradas a la Agencia Tributaria. Admitir que la cuota tributaria constituye objeto material del delito de blanqueo de capitales va a tener unas repercusiones prácticas enormes, pero también va a provocar disfunciones de difícil solución que vamos a examinar en este trabajo. Se observa ya en la práctica el aumento de persecuciones penales por blanqueo de las cuotas tributarias no ingresadas. Probablemente cuando se detecte un delito fiscal se podrá fundamentar la persecución simultánea además por blanqueo de capitales, imputándose ambos delitos¹⁵. Esta doble persecución puede suponer la imposición de penas severas, porque si se aprecia la existencia de un concurso real¹⁶ entre ambos delitos, habrá que proceder a la suma aritmética de las penas a imponer por cada uno de ellos¹⁷.

8 Crítico con esta reforma ABEL SOUTO, Miguel, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 20, 2005, pgs. 5-26.

9 Se refiere a esta cuestión ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

10 Contrarios también a esta interpretación, ÁLVAREZ FEIJOO, *ibidem*; PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pgs. 64/5.

11 Sobre la reciente reforma del art. 301 CP español, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en *Diario La Ley*, Nº 7535, 2010.

12 PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pg. 65.

13 Así ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

14 Constituye un ejemplo clásico la STS 649/1996, 7-12 (caso Nécora) apreció la compatibilidad entre el delito de blanqueo y el delito fiscal. Cfr. Sobre este problema ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Comentario al art. 301 CP”, en *Comentarios al Código penal*, Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 1166.

15 Cfr. ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.; también PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pg. 65.

16 Cfr. LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, cit., pg. 208.

17 Cfr. ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

B. Francia

En Francia el delito fiscal constituye delito previo del lavado de activos. El delito de lavado de activos se contiene en el artículo 324-1 del Código penal francés. De acuerdo con el párrafo primero, constituye lavado el hecho de facilitar, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito, que le haya procurado un beneficio directo o indirecto. El párrafo segundo dispone que es igualmente lavado el hecho de colaborar en una operación de inversión, ocultación o conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito. La pena prevista es de cinco años de prisión y multa de 375.000 euros. El Código penal no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (Cour de cassation), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008¹⁸, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo la posibilidad de que el delito fiscal sea delito previo del lavado.

Los hechos enjuiciados tenían como origen las detenciones realizadas a un individuo que portaba en todos los casos grandes sumas de dinero. Así, fue detenido en una ocasión al volante de un coche de gran cilindrada, que se encontraba a nombre de un amigo testaferro, con una gran suma de dinero en él. Este dinero procedía, según sus declaraciones, de salas de juego de las que había obtenido la mayor parte de sus ingresos. Algún tiempo después, fue detenido de nuevo al volante de otro automóvil. Portaba en él una gran suma de dinero que decía haber ganado en el juego. Tras una investigación se constató que este sujeto no había declarado ningún ingreso, y que ya había sido condenado por diversas infracciones fiscales. El Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), la Unidad de Inteligencia Financiera francesa, presentó varios informes según los cuales los beneficios obtenidos se habían gastado en seguros de vida, bonos anónimos y certificados de depósito negociables. El individuo fue procesado por haber blanqueado el producto del fraude fiscal.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo francés de 20 de febrero 2008 realiza una interpretación novedosa del delito de lavado de activos en dos aspectos:

1. El autoblanqueo, es decir, la aplicación del delito de lavado al autor del delito previo. Hasta la fecha de la sentencia, las decisiones del Tribunal Supremo habían admitido la condena por lavado a las personas que habían lavado el producto de sus propias actividades ilegales cuando habían realizado las conductas previstas en el párrafo segundo del art. 324-1 CP¹⁹. En la sentencia analizada, el TS francés considera que el autor del delito previo puede ser sujeto activo de un posterior lavado de los bienes que ha obtenido de aquel delito, esta vez conforme al párrafo primero del art. 324-1 CP. Admite, por lo tanto, la condena por el “autoblanqueo” («autoblanchiment»), y rechaza que se haya producido una infracción del principio ne bis in idem. La sentencia permite así la acumulación de persecuciones por un delito principal y por el lavado de su producto a título de concurso cuando el autor del delito previo facilite, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos de un crimen o de un delito que él mismo ha cometido²⁰.
2. La otra cuestión planteada, que es la que aquí interesa, es la relacionada con la posibilidad de que el delito fiscal sea delito previo del lavado de activos. El Tribunal Supremo francés se enfrenta a un complejo tema de carácter procesal relacionado con la necesidad de acreditar el delito previo.

18 Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 février 2008: C.Cass ch crim 20 février 2008 N° 07-82977. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=1837238929&fastPos=1>

19 Cass. crim., 25 juin 2003, Gaz. Pal., 2004, doct., p. 790; Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 12, Dalloz, 2004, n° 19, pp.1377-1379. Se permitía así la acumulación de persecuciones por un delito principal y por el blanqueo de su producto a título de concurso cuando el sujeto colabora en una operación de inversión, de ocultación o de conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito que él mismo ha cometido.

20 TRACFIN, Memoria anual 2008, pgs. 60 y 61.

De acuerdo con el artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales (livre des procédures fiscales), para proceder por delitos fiscales es necesaria la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales. Siendo esto así, el enjuiciamiento del delito de lavado de activos procedentes del delito fiscal requerirá previamente que se acredite el delito fiscal, cuya persecución requiere dicha denuncia. Pues bien, a juicio del Tribunal la persecución del delito de lavado de activos, delito general, distinto y autónomo, no está sujeto a las disposiciones del artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales. El artículo 324-1 CP no requiere que se hayan iniciado previamente persecuciones ni que se haya pronunciado una condena por el crimen o delito que haya permitido obtener las sumas de dinero blanqueadas, sino que es suficiente con que se establezcan los elementos constitutivos del delito previo. En definitiva, la sanción del lavado del fraude fiscal no requiere la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales, que, como recuerda la Sala de lo Penal, no es un elemento del delito fiscal²¹, sino una condición de su perseguibilidad. La Sala de lo Penal aprueba la actuación del tribunal de primera instancia, que ha reunido los elementos relativos al estilo de vida del acusado y “advertido de que nunca había informado a las autoridades fiscales de las sumas sujetas a impuesto, constitutivas de ingresos ocultos”. La combinación de estos elementos, junto con la prueba de alguna actividad que suponga ingresos (ya sean manifiestos u ocultos, claramente identificados o no) y la omisión de toda declaración anual a la administración tributaria, caracterizan adecuadamente el fraude fiscal en todos sus elementos.

C. Bélgica

Durante algunos años la situación en Bélgica ha sido muy similar a la española, porque la definición de los delitos previos del lavado de activos no coincidía en el Código penal y en la normativa preventiva. Esto motivó que en su decisión de 22 de octubre de 2003, el Tribunal Supremo belga confirmara la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de lavado de activos castigado en el artículo 505 CP. Sin embargo, el artículo 3, § 2 de la Ley de 11 de enero de 1993, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, disponía que, en materia de fraude fiscal, la ley sólo sería de aplicación cuando los bienes procedieran de un “fraude fiscal grave y organizado que utilice mecanismos complejos o con una dimensión internacional”. Esta discrepancia entre el ámbito represivo y la legislación preventiva generaba una gran inseguridad jurídica que se trató de resolver mediante la ley de 10 de mayo 2007²². Esta Ley modifica el artículo 505 CP, que penaliza el lavado, y admite que el delito fiscal es delito previo del lavado de activos. Pero una de las grandes innovaciones que introduce la reforma es la prohibición legal (inmunidad) de proceder penalmente cuando se trate del lavado de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario (fraude fiscale ordinaire). Esta prohibición de proceder penalmente requiere el cumplimiento de una serie de requisitos:

1. La inmunidad prevista tiene un alcance limitado. La ley no se aplica a todas las modalidades de lavado de activos previstas en el CP. Brevemente es conveniente señalar que el art. 505 CP tipifica como delito de lavado tres conductas:

a. adquirir, recibir a título gratuito u oneroso, poseer, guardar o administrar bienes procedentes de un delito, cuando el sujeto conoce su origen ilícito o debería haberlo conocido al inicio de estas operaciones (primer delito de blanqueo de capitales);

²¹ Previsto y sancionado en el art. 1741 del código tributario (Code général des impôts).

²² Ley que establece diversas medidas en materia de recepción y de comiso. Publicada el 22 de agosto 2007 en el Boletín Oficial del Estado de Bélgica (Moniteur belge), y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007.

b. convertir o transferir bienes ilegales con el objeto de disimular o de ocultar su origen ilícito, o de ayudar a cualquier persona implicada en la realización del delito del que provengan tales bienes a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (segundo delito de blanqueo de capitales);

c. ocultar o disimular la naturaleza, el origen, la ubicación o la titularidad de los bienes ilegales, si el sujeto conoce o debía conocer el origen ilícito al inicio de estas operaciones (tercer delito de blanqueo de capitales).

La inmunidad solo se aplica al primer y al tercer delito de blanqueo de capitales, respecto de los cuales no se persigue el blanqueo de capitales obtenidos del “fraude fiscal ordinario”. Sí que se admite, por el contrario, la persecución del blanqueo cuando el delito previo consista en el fraude fiscal “grave y organizado”. La dificultad en este país reside en la dificultad práctica de distinguir el ambas modalidades defraude.

2. En cuanto al beneficiario de la inmunidad, el autor del delito de lavado sólo puede alegar inmunidad si se cumplen las siguientes condiciones:

a. Ha cumplido con la obligación de comunicación de información prevista en el art. 14quinquies de la Ley de 11 de enero de 1993 sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Este precepto dispone que cuando censores jurados-contables de cuentas y asesores fiscales externos sospechen que un hecho o una operación está relacionada con el lavado del producto del “fraude fiscal grave y organizado”, deben informar de ello a la Unidad de Inteligencia Financiera (nuestro SEPBLAC, denominado en Bélgica CTIF). Sin embargo, no deben comunicar los casos de “fraude fiscal ordinario”.

b. El autor del lavado no es el autor, coautor o cómplice del delito del delito fiscal del que provienen los bienes que se blanquean. Por lo tanto, si es es el interviniente en el delito fiscal no puede alegar la inmunidad por lavado de activos.

D. Alemania

En Alemania se castiga el lavado de activos procedentes de un delito fiscal, pero tiene unas características sui generis. Lo primero que se ha de indicar es que el autor del delito previo está expresamente excluido del círculo de posibles sujetos activos del delito de lavado de activos. Además, en cuanto al delito fiscal, el número I del 216 StGB castiga a quien oculte o encubra el origen de un bien que proceda de uno de los hechos antijurídicos contenidos en el segundo párrafo, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, la localización, incautación, confiscación o custodia de dicho bien. El apartado 3 del nº 1 del § 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del lavado de activos procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del lavado de activos las infracciones (Vergehen) previstas en los §§ 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en ambos casos en relación con el § 12, apartado I, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado (Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen). La norma penal alemana concreta mucho más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 § 261 StGB que „El primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el § 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos”.

De acuerdo con esto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el banqueo de capitales. El fundamento de esta disposición reside, de acuerdo con el legislador alemán, en la apreciación de que normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas normalmente no tributan²³. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo²⁴.

La doctrina destaca que las devoluciones obtenidas ilícitamente mencionadas en el precepto penal (por ejemplo, en el fraude carrusel del IVA) son indiscutiblemente bienes que proceden directamente de un delito fiscal²⁵. Ahora bien, la dificultad más importante radica en su concreción o identificación en el patrimonio total del delincuente²⁶.

Se critica doctrinalmente la referencia del último párrafo del nº 1 § 261 StGB al carácter delictivo de la base imponible, esto es, los bienes respecto de los cuales no se han pagado impuestos. Y es que ello supone considerar objeto material del lavado de activos bienes lícitos por el hecho de no haber tributado²⁷.

Pero quizás la polémica más importante en Alemania surge por la referencia a los “gastos ahorrados por la defraudación fiscal” (die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen). De acuerdo con el legislador, el motivo de esta referencia a “los gastos ahorrados” es que no son bienes que puedan separarse o concretarse en el patrimonio del autor. De esta manera, dice el legislador, se asegura que queden abarcados como objeto material del delito de lavado de activos bienes que, sin proceder directamente del fraude fiscal, tienen “una conexión clara con el delito fiscal”²⁸. La doctrina critica esta referencia. Esto supone que la no realización de gastos (los correspondientes al pago de la deuda tributaria) se convierte en un bien²⁹, y evidencia el hecho de que una separación entre el ahorro fiscal y el patrimonio del evasor fiscal muchas veces no es posible, de manera que el objeto material no se puede concretar. Entiende la doctrina que sería arbitrario y desproporcionado aceptar que el fraude fiscal contamina la totalidad del patrimonio del defraudador³⁰. Pero también considera igualmente arbitrario entender que están contaminados los bienes individuales o parte del patrimonio que se corresponden con el valor de lo ahorrado³¹. Asimismo se cuestiona la

23 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, p. 9.

24 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, pg. 9. Sobre la tramitación legislativa SPATSHECK, Rainer / WULF, Martin, “Schwere Steuerhinterziehung” gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift”, en NJW, 2002, pgs. 2983-2987; SPATSHECK, Rainer / WULF, Martin, “Schwere Steuerhinterziehung” und Geldwäsche. Auslegung und Anwendung der neuen §§ 370a AO und 261 Abs. 1 Satz 3 StGB”, en Der Betrieb, Heft 08, 2002, pgs. 392-397, pg. 396; HILLMANN-STADTFELD, Anja, “Die strafrechtlichen Neuerungen nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz (StVBG)”, en NSTZ, 2002, pgs. 242-244; crítica Herzog que esta fundamentación para la amplia redacción del apartado 1, frase 3 con las necesidades de lucha contra la delincuencia organizada han quedado muy cortas, porque la norma no es sólo contra la evasión de impuestos por los miembros de la delincuencia organizada, sino sobre todo en el ámbito de la § 370 AO contra la evasión fiscal per se es dirigido y grabado tantas áreas de impuestos, sin ninguna conexión con el crimen organizado; HERZOG, Félix, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, Felix Herzog (Hrsg.), Bearb. v. Olaf Achteik, Cornelius Nestler u. Silke Warius, Beck, München; Auflage: 1. Auflage, 2010, – § 261 StGB, Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte IV. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26, nm. 73.

25 VOß, Marko, Die Tatobjekte der Geldwäsche: [eine Analyse des Regelungssystems in § 261 StGB], Köln: Heymann, 2007, pgs. 95 ss; ALTENHAIN, Karsten, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Urs Kindhäuser, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann, Prof. Dr. Hans-Ulrich Paefgen, 3. Auflage, 2010, § 261, nm. 82.

26 FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze Kommentar, C. H. Beck, 57. Auflage, 2010, § 261, nm. 8 b; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm 74.

27 FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8a; SAMSON, Erich, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertzeit von Strafgesetzen”, en Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hirsch, Hans J / Wolter, Jürgen / Brauns, Uwe / Schmidt, Otto, 2003, pgs. 263-278, pgs. 268; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 73.

28 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, p. 9.

29 Algún autor habla de “la nada convertida en bien”; así BITTMANN, Folker, “Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle”, en wistra, 2003, pgs. 161-169, pg. 167, SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pg. 270.

30 BURGER, Armin, “Die Einführung der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung sowie aktuelle Änderungen im Bereich der Geldwäsche. Eine Darstellung und Bewertung der neuesten Entwicklung”, en Wistra, 2002, pgs. 1-8, pg. 5; SPATSHECK / WULF, “Schwere Steuerhinterziehung” gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift”, cit., pgs. 2983-2987, pg. 2987; BITTMANN, “Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle”, cit., pg. 161, 168; WULF, Martin, “Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht”, en Wistra: zeitschrift für wirtschafts- und steuerstrafrecht, N° 9, 2008, pgs. 321-329, pg. 328; FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8 b; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 26, nm. 75.

31 ALTENHAIN, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 83; SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pg. 275 ss; VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 124 y ss. HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 75.

normativa vigente porque que no es posible realizar la acción típica del lavado de activos sobre el ahorro de gastos³² –un gasto no realizado no se puede ocultar “³³.

Finalmente se critica el elenco de delitos fiscales, por su carácter limitado, que deja fuera otros delitos fiscales de cierta entidad³⁴ lo que conduce a una contradicción valorativa³⁵.

E. Italia: la sentencia del Tribunal de Casación italiano de N ° 45643/2009, de 26 de noviembre

La doctrina italiana se encuentra dividida:

1. Parte de ella niega que el delito fiscal sea infracción previa del lavado de activos. Se argumenta que el producto de la evasión fiscal constituye un enriquecimiento injusto del contribuyente obtenido con el ahorro (fraudulento) de los impuestos que habría debido pagar. Ahora bien, este ahorro no puede identificarse con el “dinero, bienes u otras utilidades” directamente procedentes de un delito, tal y como describen el lavado de activos los art. 648 bis y 648 ter CP italiano. En esta línea, se advierte que el tipo del lavado de activos, cuando alude a que los bienes procedan de un delito previo, está exigiendo que éste procure un beneficio para sus responsables y un perjuicio para la parte lesionada. El fraude fiscal supone la ocultación de una deuda, y el beneficio del defraudador consiste aquí en la falta de pago de lo que debe. Se excluyen así del lavado de activos aquellos delitos que no determinan un incremento, sino más bien un empobrecimiento del patrimonio del autor, limitándose a impedir la pérdida de un bien legítimamente poseído³⁶. El capital del que dispone el defraudador es una riqueza suya, los beneficios lícitos de su propia actividad económica, y no el fruto derivado de la sustracción de la riqueza de otro³⁷. Así, en el pasado se había pronunciado también el tribunal de Milán (Ord. 19 de febrero 1999), que excluyó la posibilidad de admitir el delito de lavado posterior al delito fiscal.

2. Por otro lado, la Guardia di Finanza y el Banco de Italia³⁸ consideran que también los delitos fiscales constituyen delitos previos del lavado de activos³⁹. Ello no quita que en la práctica surjan son problemas de prueba, debido a la dificultad de identificar el dinero que procede de aquellos delitos.

Recientemente se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación italiano (sentencia N ° 45643/2009, de 26 de noviembre). Según el Tribunal, el delito de lavado previsto en el art 648bis CP (de conformidad con la reforma producida mediante el art. 4 de la Ley 09/08/1993 n° 328), a diferencia de la redacción anterior, no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del lavado. Por ello, delito previo del lavado pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales. Como se puede ver, aunque de forma marginal en el caso, admite expresamente que cualquier delito fiscal puede ser infracción previa del lavado.

32 SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 263, 268 y ss; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 76.

33 Otros problemas de interpretación totalmente oscuros se refieren a la necesidad de que exista una causalidad hipotética entre el delito fiscal y los gastos ahorrados, y también la determinación del momento de la contaminación del patrimonio mediante el delito fiscal; cfr. SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 271 s., 273 s.; VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 119 y ss; WULF, “Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht”, cit., pgs. 327/328.

34 FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 13.

35 VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 116; ALTENHAIN, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 83.

36 RONCO, Mauro / ARDIZZONE, Salvatore, Codice penale ipertestuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, Seconda edizione, UTET Giuridica, 2007, comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

37 Así lo indican SCIALOJA, Antonio / LEMBO, Massimo, Antiriciclaggio, Volumen 43 de Professionisti & Imprese, 2ª ed., Maggioli Editore, 2009, pg. 139.

38 Documento de 12/1/2001, citado por DE ANGELIS, Luciano / FERIOZZI, Christina, “Evasione, scivolo al riciclaggio. Il reato si configura anche quando il fine è il risparmio fiscale”, ItaliaOggi Sette, N° 284, 30/11/2009, pg. 4

39 Así lo indican SCIALOJA / LEMBO, Antiriciclaggio, cit., pg. 138.

F. Conclusiones del Derecho comparado

Este análisis de algunos países de nuestro entorno jurídico nos permite extraer una serie de conclusiones:

1. En todos ellos se admite que el delito tributario puede ser delito previo del lavado de activos.
2. Sin embargo, difiere en cuanto a la clase de delito tributario, mientras en unos puede ser delito previo cualquier infracción penal tributaria, en otros existe ciertas restricciones.
3. El autor del delito tributario puede ser castigado por el posterior lavado en algunos países (Francia), mientras que en otros está excluido expresamente (Alemania).
4. Las conductas de mera posesión no son punibles respecto del delito tributario en algunos países (Bélgica cuando se trata e fraude fiscal ordinario), mientras que en otros sí que lo son (Alemania).

III. Los tributos (la cuota tributaria) como objeto material del delito de lavado de activos

A. Introducción

El delito de lavado de activos en Perú se encuentra regulado fuera del Código penal de 1991, en concreto, en la Ley 27765 (Ley penal contra el lavado de activos, de 17 de junio de 2002). Esta ley castiga a quien “convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso” (art. 1), y a quien “adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. El artículo 6º dispone: “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194º. Del Código Penal”. Este precepto señala asimismo que puede ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

De acuerdo con este precepto, las conductas punibles como delito de lavado de activos deben recaer sobre dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Tienen ese origen, según lo expuesto, los bienes que proceden de delitos de defraudación tributaria. El delito de defraudación tributaria se encuentra regulado en la Ley penal tributaria (Decreto legislativo n° 813) que castiga a quien, “en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes” (art. 1).

No cabe ninguna duda de que cuando lo obtenido son devoluciones, estas constituyen bienes que ingresan en el patrimonio del defraudador que tienen su origen en el delito de defraudación

tributaria, por lo que son susceptibles de ser lavados⁴⁰. Más complejo es considerar los tributos (la denominada en España cuota tributaria defraudada) como objeto material del lavado de activos, tema que está siendo objeto de una encendida polémica doctrinal. Entre otras razones porque, se dice, el defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran el tributo defraudado ya se encuentran en su patrimonio; el fraude tributario no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador. Debido al interés práctico (y también teórico) de este tema, nos centramos específicamente en su análisis pormenorizado.

B. Elusión del pago de tributos: la cuota tributaria defraudada

Generalmente la aplicación de los tributos origina una relación jurídico tributaria de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario. La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero en concepto de tributos. La realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir genera la obligación de pago de una cantidad de dinero. Lo que se debate, como hemos advertido ya, es si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de lavado de activos. Son muchas las posiciones contrarias⁴¹ a considerar que el tributo defraudado constituye objeto material del delito de lavado de activos. Los argumentos son variados, así que procedemos a sistematizarlos.

C. Argumentos en contra

1. Argumento relacionado con el objeto material:

la cuantía constitutiva del tributo defraudado no está originada en el delito de fraude fiscal. Recordemos que el delito de lavado de activos exige que los bienes que se lavan tengan su origen en un delito. Esta expresión sirve a algunos autores para entender que el dinero negro no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito⁴². Como gráficamente señala Quintero Olivares, el objeto material del delito de lavado de activos está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz (exige una relación causal) del delito previo, mediante el que “el autor obtiene algo que no tenía antes del delito”⁴³. Quedan excluidos, a su juicio, los delitos que no producen una consecuencia de incremento del patrimonio de los intervinientes en el delito previo. Concluye aquel autor que “el dinero... de quien no pagó sus impuestos no es un dinero ‘producto’ del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto de delito de blanqueo”. En definitiva, no hay origen ilícito porque el dinero no “procede” del delito⁴⁴.

40 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 698, 2006, pgs. 1-6, pgs. 2 y 5; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, en Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 37, septiembre 2007, pgs. 157-174, pgs. 169-170; REQUE MATA, Susana, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, en I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, tirant lo blanch, Valencia, 2009, pgs. 285-288, pg. 287; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, VV.AA, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, nm. 2970; RUANO MOCHALES, Teresa, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, en Diario La Ley, Nº 7352, 2010, señala que estas modalidades responden a una estructura distinta de la del delito fiscal, más similar a la estafa.

41 La mayoría dice RUANO MOCHALES, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, cit. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, en Cuadernos de política criminal, Nº 91, 2007, pags. 5-26, pg. 18; QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 5; CHOCLÁN MONTALVO, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 164, considera que una interpretación contraria vulneraría el principio de legalidad; REQUE MATA, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 286/7; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (!)”, en Legaltoday.com, 15 de Enero de 2010; explica también las dificultades que esto suscita GIL PECHARROMÁN, Xavier, “Delito fiscal y blanqueo: dos sanciones para una actuación”, en El economista, lunes, 9 de agosto de 2010, pgs. 4-5; también parece ser la opinión de COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, Cesej Ediciones, Madrid, 2005, pgs. 116/7; RUANO MOCHALES, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, cit. En el mismo sentido, en la doctrina italiana RONCO / ARDIZZONE, Codice penale ipertestuale, cit., comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

43 QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 5. En el mismo sentido, REQUE MATA, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 286/7; FERNÁNDEZ TERUELO, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, cit., nm. 2970.

44 QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 6; FERNÁNDEZ TERUELO, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, cit., nm. 2970.

En esta línea, Choclán Montalvo⁴⁵ se ha posicionado claramente tomando como referencia que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión. A su juicio, no puede ser delito previo del lavado aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión. El motivo es que no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). Descarta en este contexto el recurso a la causalidad hipotética, en el sentido de considerar ilícita por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un tributo) la parte del patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo. No es posible imputar la ganancia a la omisión ilícita, cuando natural u ontológicamente pueda hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene como causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ella, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago del tributo. Ello podrá dar lugar al delito tributario (o, incluso, al de alzamiento de bienes en España, o de atentado contra el sistema crediticio en Perú).

2. Argumento relacionado con la conducta típica:

la vulneración del principio *ne bis in idem*. Se alega asimismo que la sanción como lavado de activos de la conducta de convertir o transferir el dinero negro supondría castigar dos veces la misma conducta. Al defraudador se le estaría castigando adicionalmente por lavado de activos, que necesariamente vendría anudado a la defraudación tributaria, porque lo normal es que quien defrauda transmita el dinero, lo convierta, u oculte o encubra su origen, conductas estas típicas del delito de lavado⁴⁶. Por ello, prácticamente siempre que haya delito de defraudación tributaria habrá también lavado de activos⁴⁷. Vendría a ser una pena adicional para el delito de fraude tributario.

3. El argumento de la prescripción.

Aunque la defraudación fiscal haya prescrito, es posible perseguir al presunto defraudador por lavado de activos. Por un lado, porque la mera ocultación del dinero implica que el delito de lavado se está cometiendo de manera permanente. Por otro, porque la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, por lo que siguen constituyendo objeto material idóneo del lavado de activos. Esta situación es objeto de incisivas críticas, porque permite a las autoridades recurrir al delito de lavado para prolongar el plazo de prescripción del delito. Y es que aunque el delito fiscal haya prescrito, la transferencia o la ocultación del dinero defraudado se habrá mantenido en el tiempo, por lo que se podrá perseguir en todo momento al defraudador por el delito de lavado⁴⁸.

4. Argumento político-criminal.

El delito de lavado de activos ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción crimen organizado) y se ha convertido en un instrumento de control y recaudación fiscal. Esto supone un entendimiento político-criminal del delito “incoherente y técnicamente inconsistente”,

45 CHOCLÁN MONTALVO, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 163.

46 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

47 GIL PECHARROMÁN, “Delito fiscal y blanqueo: dos sanciones para una actuación”, cit., pgs. 4-5.

48 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación⁴⁹. Se alega también el error que supone asignar al delito de lavado la finalidad de evitar que el delincuente se beneficie del botín, pues ello supone una “crasa confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del lavado y la del comiso de ganancias, cuya significación y mecánica son radicalmente distintas⁵⁰.

D. Opinión personal: la cuantía constitutiva del tributo defraudado como objeto material del delito de lavado de activos

El delito tributario constituye un delito previo del blanqueo de capitales⁵¹, porque así lo dispone expresamente la Ley penal contra el lavado de activos. Sobra decir que es necesario que la conducta defraudadora debe realizar todos los elementos del delito tributario conforme a lo establecido en la Ley penal tributaria.

El objeto material del delito de lavado de activos está constituido por el dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Se requiere, por lo tanto, que previamente se haya cometido un delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal. Los delitos previos del lavado se concretan expresamente en la Ley penal contra el lavado, mediante un catálogo abierto. Se enumeran once delitos, y finaliza con una expresión amplia que incluye otros similares a los listados que generen ganancias ilegales. Recientemente el Tribunal Supremo del Perú ha acotado esta referencia a los delitos similares, exigiendo: 1. que se trate de delitos graves, sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada, y 2. que generen ganancias ilegales, puesto que su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso. La única excepción es el delito de receptación (artículo 6° de la Ley de lavado de activos)⁵².

Sólo se pueden blanquear el dinero, bienes, efectos o ganancias, conceptos éstos muy amplios que han de interpretarse en la línea de los Convenios internacionales en la materia, con el objetivo de abarcar cualquier activo que pueda derivarse de un delito⁵³. La cuestión es si los tributos defraudados pueden constituir objeto material del lavado, porque tienen origen ilícito.

E. Los tributos defraudados como dinero, bienes, efectos o ganancias

No es fácil afirmar que los tributos defraudados constituyen dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Y ello porque el delito tributario no es como el tráfico de drogas, en el que los bienes procedentes del delito serán normalmente el precio de venta de las mismas⁵⁴. La elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de los tributos, o lo que en España se denomina cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal. Es decir, el bien que procede del delito tributario es la cuantía económica correspondiente al tributo o cuota tributaria. Como sabemos, la cuota tributaria es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción

49 Así ampliamente GÓMEZ BENÍTEZ, “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, cit., pgs. 17 ss.

50 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

51 Así también en Argentina, D’ALBORA (h), Francisco J., “Lavado de Dinero y Delito Tributario”, en Nueva Doctrina Penal, 2001/A, p. 3.

52 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS. ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-116. FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPI. ASUNTO: EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.

53 ABEL SOUTO, El delito de blanqueo en el código penal español, cit., pgs. 183 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial, 18ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 556, define bien como “cualquier beneficio valorable económicamente”.

54 LÖWE-KRAHL, Oliver, “Geldwäsche”, en Handbuch in Wirtschaftsstrafrecht (hrsg. Achenbach/Ransiek), 2. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2008, Heidelberg, pgs. 1167-1192, nm. 28.

que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de lavado de activos⁵⁵. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito tributario, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo. Este argumento, sin embargo, no impide considerar que el tributo defraudado tiene su origen en el delito tributario.

F. La contaminación del tributo: su origen ilícito

1. El problema del origen. El nexa causal

La ley penal contra el lavado de activos, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia⁵⁶, considera objeto material del delito de blanqueo el dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Están originados en una actividad delictiva los bienes que tienen su “causa” en ella (diccionario RAE)⁵⁷. Este significado, sin embargo, no aclara suficientemente cuándo un bien tiene su origen en la actividad delictiva. Por eso, es necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuándo un bien, en este caso la cantidad correspondiente al tributo defraudado, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito tributario. Se trata, por lo tanto, de especificar la relación que tiene que existir entre el tributo defraudado y el delito tributario.

Ya nos hemos manifestado en otro lugar en el sentido de que la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal⁵⁸. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser lavados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él. En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están “contaminados”. Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa. Siguiendo la teoría más comúnmente aceptada de la equivalencia de las condiciones, y recurriendo a la fórmula de la *conditio sine qua non* para su aplicación, podemos afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración. Y esta concreta configuración incluye claramente todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien⁵⁹. En sentido negativo, no existirá nexa causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia⁶⁰.

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva. Los detractores señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del

55 D'ALBORA (h), Francisco J., “Lavado de Dinero y Delito Tributario”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, p. 3.

56 Por ejemplo, la Convención de Viena, que en su artículo 3 n.º 1 a) y b) emplea el término “proceden”. Otra es, sin embargo, la solución adoptada por el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, que, al definir el blanqueo de capitales en el art. 9, habla de “productos”, término cuya definición se encuentra en el art. 1: comprende “todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito”.

57 Exigen también causalidad PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 315; ABEL SOUTO, El delito de blanqueo en el código penal español, cit., pgs. 163-4; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pg. 506.

58 Cfr. Ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pgs. 288 ss.

59 Cfr. BARTON, Stephan, „Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 Abs. 1 Nr. 1- 3 StGB bezeichneten Straftaten her?“, en *NStZ*, 1993, pgs. 159-165, pg. 161. A mayor abundamiento, recordemos que el n.º 2 del art. 301 se refiere a la ocultación o encubrimiento no de los bienes, sino de determinadas características de los mismos: “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos”.

60 *Ibidem*.

delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes⁶¹. Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito tributario supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado los tributos y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito tributario.

Ya hemos expuesto que en otros países el delito tributario consiste esencialmente en defraudar mediante la elusión del pago de impuestos (por ejemplo el § 370 del Código tributario alemán, o el art. 1741 del Código tributario francés), lo que genera un ahorro de gastos al contribuyente, que no paga a las autoridades tributarias. El debate en estos países gira en torno a si este ahorro de gastos originado en un delito puede considerarse objeto idóneo del lavado. Consideramos que los gastos no realizados, ahorrados, las deudas (el pasivo) que genera el delito carecen de relevancia a efectos del lavado de activos por no ser bienes, salvo que dichos ahorros tengan relevancia penal. Existen delitos que pueden generar dicho ahorro, pues ahorra gastos quien no instala la depuradora cuando procede a realizar vertidos y comete un delito contra el medio ambiente, o quien construye en tierras destinadas a uso agrícola⁶². Coincido en que en estos delitos los gastos no realizados no pueden ser objeto material del delito de blanqueo de capitales, porque carecen de relevancia jurídico-penal. En estos y otros ejemplos en los que el delito supone un ahorro de gastos el Código penal no los menciona. Los delitos contra el medio ambiente castigan a quien realiza los vertidos delictivos, con independencia de que ahorre o no. Los delitos de utilización indebida de tierras agrícolas castigan a quien construye en suelo agrícola independientemente de lo que se haya ahorrado por no haber construido en un suelo urbano más caro. Pero si estos delitos generan ganancias, esto es, un incremento del patrimonio de los responsables, entonces éstas constituirán bien idóneo para ser blanqueado. Y eso ocurre con cualquier delito que genere efectos o beneficios, desde el tráfico de drogas hasta un asesinato por precio. En el tráfico de drogas se otorga relevancia jurídico-penal a las ganancias, cuando se dispone que pueden ser decomisadas. Lo mismo en el asesinato cuando el sicario obtiene un precio. Cualquier efecto o beneficio del delito tiene relevancia jurídico-penal, por lo menos a efectos del decomiso (art. 102 CP), y puede ser objeto idóneo del blanqueo de capitales.

El delito tributario genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a el importe del tributo defraudado. De hecho, se ha de concretar el valor dinerario del tributo omitido, porque cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena (art. 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Esta cuantía es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de lavado. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del lavado de activos.

En definitiva, el tributo defraudado constituye un bien en el sentido del lavado de activos, que constituye simultáneamente un perjuicio para las arcas del Estado y un beneficio para el defraudador⁶³. Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado ganancia o bien idóneo del delito de lavado de activos. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en la ley contra el lavado de activos pueden recaer sobre

61 QUINTERO OLIVARES, "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", cit., pgs. 5-6.

62 Ejemplos de QUINTERO OLIVARES, "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", cit., pg. 2; también VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 116.

63 Así lo indica CAMPOS NAVAS, Daniel, "Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 5, 2005, pags. 1402-1410. En el mismo sentido, LOMBARDERO EXPÓSITO, Blanqueo de capitales, cit., pg. 163, para quien el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público.

el valor dinerario del tributo defraudado. El problema, como vamos a ver a continuación, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente (algo que en principio ocurrirá en todos los casos en los que lo obtenido sea dinero, bien fungible por excelencia). El contribuyente responde de la deuda tributaria con todos los bienes de su patrimonio, pero es prácticamente imposible determinar qué bienes son los que resultan contaminados. Lo que no es admisible es la teoría del contagio total, según la cual todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado⁶⁴. Ello sería excesivo y desproporcionado. Cualquiera que realizara negocios con él estaría cometiendo un delito de blanqueo de capitales, si concurrieran todos sus elementos, especialmente los subjetivos (conocimiento del origen, o imprudencia en el momento de la recepción).

2. La individualización de los bienes constitutivos de la cuota tributaria

Existen muchas las dificultades prácticas para considerar al tributo defraudado como objeto material idóneo del lavado de activos. Como sabemos, el tributo es una cantidad de dinero que se traduce en un aumento del patrimonio del autor, pero no encuentra un reflejo en concretos bienes. Recordemos que el tributo cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, pero es imposible diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran⁶⁵, problema este no exclusivo de este delito, pero sí en el que se acentúa notablemente. Si no se puede individualizar la cantidad constitutiva del tributo defraudado en el patrimonio del defraudador, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de lavado de activos, al no existir objeto material.

En un intento por resolver este espinoso problema de la concreción de la cuota tributaria, la doctrina alemana ha propuesto diversas soluciones. 1. La primera considera que no se puede determinar el bien concreto que materializa el tributo defraudado, por lo que no es posible cometer un delito de lavado de activos. 2. De acuerdo con la segunda, el importe del tributo defraudado materializa una deuda (la deuda tributaria), de la que debe responder el defraudador con todos sus bienes, presentes y futuros, por lo que todo su patrimonio resulta contaminado⁶⁶. 3. La tercera limita la contaminación exclusivamente a la unidad patrimonial en la que se integra el importe del tributo defraudado y los bienes y rentas respecto de los que no se pagan tributos.

a. La primera solución no es convincente, ya que desconoce que el delito tributario ha generado un incremento patrimonial en el patrimonio del defraudador, que en otro caso no existiría. Ya hemos demostrado en el apartado anterior que el importe del tributo (no la deuda tributaria) constituye un bien procedente del delito tributario.

b. Considerar que la deuda contamina todo el patrimonio del autor⁶⁷ no es aceptable, por tratarse de una interpretación contraria a la ley, dado que se considerarían bienes idóneos para el delito de blanqueo algunos que no proceden de un delito previo (interpretación contra legem). En esta línea, la doctrina alemana califica de arbitrario y desproporcionado aceptar que todo delito previo de fraude tributario produce siempre una contaminación de la totalidad del patrimonio⁶⁸.

64 LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 28.

65 GÓMEZ BENÍTEZ, "Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal", cit., pg. 18, indica que los bienes procedentes del delito fiscal se incluyen en "una unidad patrimonial, que hace imposible diferenciarlos de los que sí han sido objeto de tributación"; REQUE MATA, "¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?", cit., pg. 287, evidencia la dificultad de delimitar qué bienes del patrimonio del defraudador son los que proceden del impago de impuestos. En la doctrina italiana SCIALOJA / LEMBO, Antiriciclaggio, cit., pg. 139; RONCO / ARDIZZONE, Codice penale ipertestuale, cit., comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

66 Cfr. VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 123 ss.

67 Se refiere a esta posibilidad GIL PECHARROMÁN, "Delito fiscal y blanqueo: dos sanciones para una actuación", cit., pg. 5.

68 BURGER, "Die Einführung der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung", cit., pg. 5; SPATSCHECK / WULF, "Schwere Steuerhinterziehung" gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift", cit., pgs. 2983-2987, pg. 2987; BITTMANN, "Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle", cit., pg. 168; WULF, "Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht", cit., pg. 328; FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8 b; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 26, nm. 75. Ampliamente sobre estas críticas VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 131 ss.

c. La tercera opción tampoco convence, pues considera contaminados bienes que no proceden de un delito previo, en concreto los que integran la base imponible que son los bienes y rentas no declarados, algo nuevamente contrario a lo dispuesto en la ley contra el lavado de activos.

El lavado de activos exige obligatoriamente la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva. Y esto no es fácil sobre todo cuando se trata de cantidades de dinero, bien éste fungible por excelencia⁶⁹. El problema de concreción o especificación es de difícil solución en este supuesto. La posibilidad de que el fraude tributario constituya delito previo del lavado de activos requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen el importe del tributo. En algunos casos será posible acreditar de manera segura que la conducta de lavado recae sobre bienes que forman parte del tributo.

Una posibilidad es que la acción típica del delito de lavado de activos recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte del tributo. Ello ocurrirá cuando la acción de lavado se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una porción del valor del tributo impagado⁷⁰. En estos dos casos se establece con certeza que los bienes obtenidos del delito tributario se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de lavado⁷¹.

Ejemplo: El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda tributos por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito tributario, pues de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito tributario⁷².

Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable, esto es, los bienes y rentas respecto de los que no se han pagado impuestos. Recordemos que el tributo se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable, esto es, a los bienes y rentas obtenidos, y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuantía del tributo a pagar. Por lo tanto, si el tributo es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, esto es, los bienes y rentas obtenidos, sino exclusivamente la parte constitutiva del tributo. De nuevo, siendo el dinero un bien fungible, es extremadamente difícil determinar qué parte constituye el tributo, y por lo tanto objeto material idóneo del delito de lavado. Esto significa que sólo habrá delito de lavado si el defraudador transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte del tributo defraudado.

Ejemplo: Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que el tributo que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si se transfieren más de 700, porque entonces una parte del tributo contaminado ha sido objeto material del delito de lavado.

69 Así también REQUE MATA, "¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?", cit., pg. 287.

70 Así BITTMANN, "Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle", cit., pg. 168; en el mismo sentido LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 29; MA, Yueh-Chung, Die Bekämpfung der Geldwäsche als tatsächliches und rechtliches Problem - Internationale Instrumente sowie die Entwicklung der Gesetzgebung in Taiwan und in Deutschland-, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 2008, pg. 193.

71 Señala VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 135, que en la práctica esta situación no se dará casi nunca.

72 Ejemplo de LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 30.

Esto puede suponer que el delito de lavado que tiene por objeto material el tributo defraudado posee un ámbito de aplicación extremadamente pequeño. En la práctica serán raros unos hechos subsumibles en este delito, sobre todo porque casi nunca se realizaran las acciones de lavado sobre la totalidad (o casi) del patrimonio del autor del delito previo⁷³ (o de la base imponible), o sobre una cantidad tan grande del mismo que obligatoriamente incluya el tributo defraudado.

3. Criterios para resolver los casos de mezcla de bienes

La enorme dificultad de concretar o determinar qué bienes del patrimonio del defraudador resultan contaminados por el delito tributario se complica si tenemos en cuenta que normalmente tales bienes estarán “disueltos” en el patrimonio del defraudador, mezclados con sus bienes de origen lícito. Y lo mismo ocurrirá en los casos excepcionales en los que se pueden concretar dichos bienes, porque cuando son dinero, estará mezclado con otras cuantías de origen lícito. Conviene, por lo tanto, examinar si los criterios elaborados por la doctrina para resolver los problemas de contaminación de los bienes mezclados son de utilidad para concretar los bienes que integran el tributo defraudado⁷⁴.

Como es bien sabido, una técnica de lavado de activos consiste en la mezcla de bienes procedentes de actividades delictivas con otros de carácter lícito. Se persigue así el encubrimiento del origen del dinero de manera que éste se pueda confundir con el de origen lícito⁷⁵. El supuesto más común es el ingreso de dinero de procedencia delictiva en cuentas bancarias en las que están depositadas otras cantidades de origen legítimo. Se ha de decidir entonces si el saldo de la cuenta que contiene bienes de origen lícito y bienes contaminados, resulta totalmente contaminada o sólo de forma proporcional a la parte que lo está⁷⁶.

La cuestión en el ámbito que analizamos se diferencia de los supuestos habituales de lavado porque en ellos se determina qué dinero está contaminado (por ejemplo, en los casos de tráfico de drogas), discutiéndose entonces la cuestión de la “contaminación o infección”⁷⁷ de la parte en principio “limpia” por la “contaminada”. Sin embargo, tratándose del delito tributario (y otros semejantes, como los atentados contra el sistema crediticio) lo primero que debe determinarse es qué bienes están contaminados originalmente por el delito tributario⁷⁸ y, a partir de ese momento, ya se puede discutir si se contamina o no toda la mezcla. Y como venimos diciendo, la concreción o individualización de los bienes originados en el delito tributario es algo de enorme dificultad. Con todo, puede ocurrir que se llegue a concretar, de acuerdo con los criterios expuestos en el apartado anterior, la cuantía de los bienes contaminados. Pueden surgir entonces los problemas de la mezcla.

Ejemplo 1: Imaginemos que en una cuenta están depositados 200.000 €, de los cuales 100.000 € proceden del delito tributario, y retiran A y B una cantidad de 100.000 € cada uno. En virtud del principio in dubio pro reo se presume que han retirado cada uno la parte limpia. No es aplicable este principio, sin embargo, si quien recibe los bienes conoce con toda seguridad que está recibiendo una cantidad contaminada. Por ejemplo, si en una cuenta se encuentran depositados 1,5 millones €, de los cuales 1 millón € es de origen delictivo, quien lo sabe y retira un millón conoce necesariamente que por lo menos 500.000 € están contaminados⁷⁹.

73 Así VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 135.

74 SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 275 ss; también VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 130

75 BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 295.

76 Caben tres posibilidades: considerarlos idóneos para el blanqueo por estar originados parcialmente en actividades delictivas; considerarlos bienes legítimos por ser parcialmente de origen legal; o, como tercera vía, entender que son bienes de origen ilegal sólo en la parte que tenga esa procedencia. Ampliamente sobre esto BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 295 ss.

77 Sobre este tema cfr. MICHALKE, Regina, “Die „Infizierungs“-Theorie bei der Geldwäsche – ein untauglicher Versuch am untauglichen „Gegenstand“, en Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, Nomos, Baden-Baden, 2009, pgs. 346-392.

78 VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 130.

79 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 298.

Ejemplo 2: El contribuyente no declara la obtención de una renta de 15.000 € en efectivo. Dos años más tarde se descubre el fraude, y se le exige el pago de tributos por valor de 7.000 €. Con base en estas circunstancias se pueden plantear las siguientes variantes⁸⁰.

Variante 1: El contribuyente dispone de una única cuenta, en la que está depositado todo su patrimonio por valor de 70.000 €. Supongamos que transfiere 30.000 € a una persona que conoce que en dicha cuenta existen bienes contaminados. ¿Comete lavado de activos? Soluciones posibles. a) Un sector considera que los 7.000 € correspondientes a la cuota defraudada están disueltos en la totalidad de la mezcla. De los 70.000 € de la cuenta, un 10% es de origen ilícito. Por lo que el 10% de los 30.000 € están contaminados y el tercero que recibe el dinero (e incluso el defraudador) cometerá un delito de lavado sobre bienes de origen delictivo. b) A nuestro juicio, lo razonable es entender que sólo habrá delito de lavado cuando la cantidad transferida supere los 63.000 €, porque en ese caso algún bien tiene carácter contaminado⁸¹.

Variante 2: Supongamos que el contribuyente no tiene los 70.000 € en una cuenta, sino que dispone de 10 cuentas cuyos saldos son de 7.000 € cada una. Si el tercero recibe los 30.000 € con fondos procedentes de cuatro cuentas, de cada una de las cuales en cuantía de 7.000 €, y de una quinta en cuantía de 2.000 €. Las posibles soluciones son similares a las anteriores. Considerar que las 10 cuentas con 7.000 € están contaminadas de forma proporcional, esto es, en una cuantía de 700 € cada una, o entender que sólo una cuenta por valor de 7.000 € tiene su origen en el delito fiscal⁸². En este último supuesto, no podría determinarse si la retirada de fondos de la cuenta es delictiva, porque no se sabe a ciencia cierta en qué cuenta se encuentra el dinero contaminado constitutivo del tributo defraudado. Es más, existiendo otras cinco cuentas con un saldo de 7.000 €, en virtud del principio in dubio pro reo habrá que considerar que el tributo está en alguna de esas cinco.

En definitiva, podemos ver que salvo en aquellos casos en los que el contribuyente tiene todo su patrimonio en una cuenta, o todos los ingresos y rentas no declaradas en ella, es muy difícil concretar los bienes contaminados. Evidentemente estos casos no serán muy frecuentes, pues el contribuyente defraudador no tendrá todo su patrimonio en una única cuenta, sino que dispondrá de diversos bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo.

IV. Conclusión

El tema aquí examinado plantea otros problemas que, por lo específico de esta contribución, no pueden ser objeto de examen en este texto. Por ejemplo, si pese a todas las dificultades expuestas finalmente se identifican los bienes que constituyen el tributo defraudado, surgirá la duda de si éstos pueden descontaminarse en algún momento. La descontaminación de los bienes originados en un delito ha sido analizada con profundidad por la doctrina especializada⁸³. La cuestión reside en señalar si los bienes que proceden de una actividad delictiva resultan contaminados para siempre, o si existen causas que permitan descontaminar la cuota tributaria. Existe unanimidad en la doctrina en que la descontaminación puede ocurrir si se despenaliza el delito previo -en este caso del delito tributario-, porque los bienes dejan ya de tener un carácter delictivo⁸⁴. Más discutibles son los supuestos de prescripción del delito tributario, y de regularización de la situación tributaria por pago posterior a la defraudación del tributo defraudado. Un análisis de estos temas requeriría otro trabajo específico⁸⁵.

80 Ejemplo similar al planteado por SAMSON, "Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?", cit., pgs. 275/6.

81 *Ibidem*.

82 *Ibidem*.

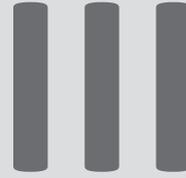
83 Por ejemplo, específicamente en materia de delitos fiscal, VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 136 ss.

84 Así FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., El delito de blanqueo de capitales, Madrid, 1998, pgs. 296/7, nota 176; ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 219, quien plantea el supuesto en el que el bien haya sido blanqueado antes de la despenalización, y vuelva a ser blanqueado después. En este caso admite este autor que el segundo delito de blanqueo puede ser castigado, porque también un delito de blanqueo puede servir de delito previo a un nuevo delito de blanqueo; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 367.

85 Cfr. Nuestro trabajo, que se encuentra en prensa, BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales".

En definitiva, el delito tributario constituye delito previo del lavado de activos. Ahora bien, esta figura delictiva presenta unas peculiaridades propias que quizás merezcan una atención legislativa especial, como ocurre en países tales como Bélgica o Alemania. Podemos concluir señalando que la cuantía que integra el tributo defraudado constituye dinero o bienes de origen ilícito y, por lo tanto, idóneo para realizar las conductas típicas del delito de lavado de activos. No lo es, sin embargo, el conjunto de bienes y rentas no sometidos a tributación (que suponen la base imponible), porque no resultan contaminados por el delito tributario. Pese a ello, las dificultades más importantes surgen a la hora de identificar los concretos bienes que integran la cuota tributaria. Las diversas opciones examinadas dejan poco margen de aplicación al delito fiscal.

CAPÍTULO



Lavado de Activos en Países Emergentes: Delitos Periféricos y Especiales

Víctor Prado Saldarriaga

**Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la Corte
Suprema de Justicia del Perú**

Subíndice

I. Prevención y control del lavado de activos en el siglo XXI	213
II. Lavado de activos en economías emergentes e informales	226
III. Un ejemplo peruano	230
IV. Ineficacia del control penal: un problema adicional	233
V. Algunas conclusiones	235
VI. Delitos periféricos y especiales	235
VII. Delito de omisión de reporte de transacciones sospechosas	237
A. Conozca a su Cliente	243
B. Conocimiento del Mercado	244
C. Conocimiento del Personal	244
D. Capacitación Permanente en Medidas contra el lavado de Activos	244
E. Registro de Transacciones Inusuales	244
F. Reporte de Transacciones Sospechosas	245
G. Constituir Órganos Internos de Supervisión y Control Preventivo	245
H. Existencia de una Unidad de Inteligencia Financiera	246
I. Promover la Autorregulación	247
VIII. Los deberes especiales de prevención y diligencia	250
A. El deber de identificar debidamente a los clientes	250
B. El deber de comunicar las transacciones sospechosas que sean detectadas	251
C. El deber de informar los datos que le sean solicitados por las autoridades competentes	252
D. El deber de abstenerse de ejercitar una operación sospechosa no comunicada	252
E. El deber de guardar secreto sobre los informes y reportes que se hayan realizado sobre un cliente	252

IX. La omisión de reporte de transacciones sospechosas	254
A. Objeto de la criminalización y de la tutela penal	254
B. Los modelos normativos	257
C. El caso peruano	258
D. Delito de omisión dolosa	263
1. Tipicidad objetiva	263
2. Tipicidad subjetiva	268
E. Delito de omisión culposo	270
F. Penalidad	274
X. Delito de rehusamiento, retardo y falsedad de información	274
A. Antecedentes de la criminalización	274
B. Naturaleza jurídica y objeto de tutela penal	276
C. Tipicidad objetiva	277
D. Tipicidad subjetiva	279
E. Consumación del delito	279
F. Circunstancias agravantes	279
G. Penalidad	280
XI. Delito de transporte y traslado de dinero o títulos valores	280
A. Antecedentes	280
B. Regulación peruana	285

I. Prevención y control del lavado de activos en el siglo XXI

DE LA CORTE IBAÑEZ y GIMENÉZ-SALINAS FRAMIS precisan que *“el blanqueo de capitales es un proceso o conjunto de actividades destinadas a introducir los bienes de origen delictivo en la economía legal dotándolos de la apariencia de haber sido adquiridos por medios lícitos o legales”*¹.

Y esa progresividad del proceso del lavado de activos, también ha sido calificada por los expertos como una de sus principales características. Así, por ejemplo, RODRIGUEZ HUERTAS sostiene que *“un aspecto que distingue al lavado de activos, de otros ilícitos penales, lo constituye el hecho de que el mismo no se consume en un instante, sino que se efectúa por etapas”*².

En torno al origen de la criminalización internacional del lavado de activos, ALTVATER y MAHNKOPF lo conectan con un contexto de reformulación de las políticas y estrategias de prevención y control del tráfico ilícito de drogas, el cual tuvo lugar en las últimas décadas del siglo pasado. En efecto, *“a fines de los años ochenta los crímenes relacionados con la droga estaban en constante aumento y fue la lucha contra esta criminalidad lo que llevó a prestar atención en primer lugar al lavado de ingresos provenientes de la droga”*³.

Todas estas referencias económicas, jurídicas o históricas sobre el lavado de activos, han sido confirmadas empíricamente por sucesivos estudios criminológicos o criminalísticos sobre su etiología y operatividad. Los cuales coinciden en describir al lavado de activos como un proceso continuo y dinámico de legitimación de ganancias de origen criminal y que se desarrolla a través de etapas secuenciales. Pero, además, estas investigaciones han demostrado que las fases que integran el proceso de lavado de activos son sumamente flexibles, permeables y adaptables a las condiciones imperantes en la coyuntura del entorno social donde se desarrollan⁴. En tal sentido, como apunta ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, el lavado de activos siempre *“debe ser visto como un proceso y no el resultado de un proceso”*⁵.

Estos aspectos centrales y complementarios del lavado de activos, han sido destacados desde los momentos iniciales de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Sobre todo, porque este instrumento multilateral surgió del meditado consenso que sobrevino a una severa crisis de cuestionamientos a la utilidad real de la política internacional antidrogas y que se extendió desde finales de 1984 hasta diciembre de 1988⁶.

Efectivamente, uno de los ejes principales del citado acuerdo internacional fue delinear estrategias novedosas e idóneas para impactar significativamente en la estructura productiva y de financiamiento de las organizaciones criminales dedicadas al comercio ilegal de sustancias adictivas. Especialmente en los procesos de acumulación, aseguramiento y distribución de sus ganancias ilícitas.

Entre las estrategias sugeridas obtuvo rápida aceptación aquella consistente en la interdicción y represión penal de todas las operaciones o transacciones económicas, comerciales o financieras, que tuvieran por finalidad proveer de una apariencia de legitimidad a los ingresos ilícitos provenientes del tráfico ilícito de drogas. Y la implementación de esta inédita alternativa requería impulsar la

1 Luis de la Corte Ibañez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ariel. Barcelona. 2010, p. 291

2 AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005, p.11

3 Elmar Alvater y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Paidós, Buenos Aires. 2008, p.205

4 Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Delito de Lavado de Dinero. Su Tratamiento Penal y Bancario en el Perú.IDEMSA.Lima.1994, p19

5 (André Luis Callegari. Lavado de Activos. ARA Editores. Lima.2009, p.27)

6 Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. El Lavado de Dinero como Delito Internacional, en Revista Política Internacional N° 47. Enero-Marzo 1997, p. 129 y ss.

criminalización de los diferentes actos y etapas que constituían la materialización del lavado de activos. Esto es, el objetivo político predominante en aquella época fue la incorporación en el derecho interno de los Estados. de un delito autónomo de lavado de activos con una tipificación y penalidad específicas.

Pero, además, la trascendencia de la Convención de Viena se proyectó en la definición de otras políticas internacionales y nacionales contra la colocación, intercalación e integración de activos de origen ilegal. Al respecto, un documento de evaluación del impacto de las nuevas estrategias globales para el tratamiento del problema de la droga en los Estados Unidos, sostuvo lo siguiente: *“La Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, fue un paso importante para lograr el apoyo de la comunidad global en una iniciativa multilateral contra el tráfico de droga. La Convención exigió que los gobiernos signatarios declararan delito penal el lavado de dinero relacionado con drogas; también requirió reafirmar su autoridad legal para confiscar las ganancias obtenidas por delitos penales; y suprimir el secreto bancario como motivo para negarse a actuar contra el lavado de dinero”*⁷.

Con posterioridad a la Convención de Viena los Estados empiezan a impulsar novedosos sistemas normativos destinados a cubrir la regulación de todos esos aspectos. En así que rápidamente se configuran en torno al tratamiento jurídico de las operaciones de lavado de activos, dos modelos de regulación diferentes pero conexos entre sí. Uno de naturaleza administrativa que fue orientado a promover la prevención de tales conductas ilícitas. Y el otro, de índole estrictamente penal, dirigido a modelar la tipificación y sanción punitiva de dichos actos. Fue en este contexto preliminar que se llevó a cabo en Nueva York, entre el 8 y el 10 de junio de 1998, la Primera Sesión Especial de las Naciones Unidas dedicada a evaluar la implementación de las estrategias acordadas contra el lavado de activos por la Convención de 1988. En aquella oportunidad la Asamblea General exhorto a los Estados Parte a cumplir con su obligación convencional de poner en práctica, en el mediano plazo, las siguientes acciones:

A. Constituir un marco legislativo que criminalice el lavado de activos proveniente de delitos graves de modo que sea posible la prevención, detección e investigación de esta clase de operaciones, así como el juzgamiento y sanción penal de sus autores y partícipes. Especialmente deberían considerarse las siguientes medidas:

1. La identificación, la congelación, la incautación y el decomiso del producto del delito.
2. La cooperación internacional, así como la asistencia judicial recíproca en casos de lavado de activos.
3. La inclusión del delito de lavado de activos en los acuerdos de asistencia judicial mutua con la finalidad de facilitar la obtención de cooperación jurisdiccional para la investigación, el enjuiciamiento o toda otra actuación judicial contra dicho ilícito.

B. Crear un régimen básico de autorregulación eficaz, con capacidad para impedir el acceso de los delincuentes y de sus fondos ilícitos a los sistemas financieros nacionales e internacionales, preservando así su honestidad en todo el mundo y velando por la observancia de la normativa legal y reglamentaria aplicable que esté en vigor contra el lavado de activos, mediante:

⁷ (Cfr. Council on Foreign Relations, Inc. Reflexiones sobre el Control Internacional de Drogas. Nuevas Directivas para la Política Norteamericana. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, p.49)

1. El cumplimiento de los requisitos de identificación y verificación del cliente dimanantes del principio de “conozca a su clientela”, a fin de poder dar a conocer a la autoridad competente los datos personales de sus clientes y de sus operaciones financieras.
2. La teneduría de cuentas financieras.
3. La denuncia obligatoria de toda actividad sospechosa.
4. La eliminación de todo impedimento dimanante del secreto bancario respecto de las actividades encaminadas a prevenir, indagar o castigar un delito de blanqueo de dinero.
5. Otras medidas pertinentes.

C. La introducción de medidas legales idóneas que, entre otras cosas, permitan:

1. Descubrir, investigar, procesar y sentenciar eficazmente a todo delincuente implicado en una operación de lavado de activos.
2. Tramitar oportunamente y de modo eficaz la extradición de los implicados.
3. Compartir datos de inteligencia.

La actual sintonía que registra el derecho comparado en torno a la recepción de todas estas propuestas y recomendaciones pone en evidencia la gravitante influencia que ejercieron en el derecho nacional de los Estados, aquellas dos vías de regulación contra el lavado de activos que aportó la Convención de 1988. Es más, a partir de ellas se fueron edificando, en las décadas siguientes, un amplio catálogo de convenios regionales y subregionales sobre prevención y control del lavado de activos⁸.

Ahora bien, la rápida aceptación de todas esas inéditas opciones de política criminal, tenía una clara explicación en lo sólido de su sustento económico y estratégico. Efectivamente, era coherente y razonable admitir como válida su hipótesis central, de que siendo el tráfico ilícito de drogas una actividad lucrativa, ejecutada a través de organizaciones complejas con estructuras de corte empresarial, podía verse debilitado mediante la aplicación de medidas capaces de afectar o mediatizar su disponibilidad de recursos de financiamiento y reinversión. Es decir, neutralizando o limitando la movilidad y utilización de los capitales de las organizaciones criminales dedicadas a esta lucrativa actividad ilegal.

Por lo demás, cualquier lectura económica de dicho razonamiento hacía consistente el planteamiento estratégico propuesto: Si una empresa no tiene capital suficiente, si no puede obtenerlo o si lo pierde sistemáticamente, ella simplemente no podrá mantener los estándares de su proceso productivo, con lo cual disminuirá el flujo de sus stocks de productos ilícitos y con ello su presencia en el mercado se reducirá o se hará insostenible.

Asimismo, era fácil asociar otros efectos complementarios como que una paulatina falta de liquidez iría, poco a poco, pero de modo continuo, impactando en la operatividad eficiente de las redes de comercialización clandestina, así como en el flujo oportuno de los servicios calificados de sus asesores externos y de sus órganos de protección. En definitiva, el incidir con inteligencia y eficacia sobre los activos de las organizaciones empresariales del tráfico ilícito de drogas, llevaría a que estas pierdan poder, colapsen en el mercado o se agoten económicamente. En ese sentido, como lo destacó ALBRECHT, *“el objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado y el retiro del producto ilícito del delito, se relacionan con la prevención en la forma*

8 (Cfr. Naciones Unidas. Medidas de Fomento de la Cooperación Internacional en la Lucha contra el Problema Mundial de las Drogas. Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 a 10 de junio de 1998. Dossier de Textos Aprobados. En especial ver apartado sobre Medidas contra el blanqueo de dinero)

de reducción de oportunidades y en la forma de fortalecimiento y afianzamiento del principio de prevención general. El concepto se fundamenta en que la criminalidad organizada y sobre todo el comercio organizado de narcóticos, pueden ser atacados en forma mucho más eficiente a través de estos instrumentos si se impide la reinversión del producto ilícito del delito y se embargan los dividendos provenientes de las actividades criminales”⁹.

Sin embargo, los objetivos perseguidos por la Convención de Viena requerían de otras medidas adicionales que influyeran en otros ámbitos no tan lineales como la criminalización primaria o la exclusiva represión penal del lavado de activos. Una estrategia eficaz contra dicha conducta tendría, pues, que comprender también aquellas áreas donde tenían lugar con mayor frecuencia las operaciones de lavado de activos. Esto es, se necesitaba incidir también en el quehacer de los sectores más vulnerables a esta actividad delictiva. Se hacía indispensable, pues, contar con otros medios igualmente útiles para el control oportuno de los capitales y bienes comprometidos o aplicados en tales escenarios. Fue por ello, que en paralelo a las disposiciones de naturaleza punitiva se adicionaron medidas también innovadoras pero de naturaleza eminentemente preventiva, que si bien estuvieron inicialmente focalizadas en la dinámica de la intermediación financiera, se fueron, luego, extendiendo hacia otros sectores económicos y financieros como el mercado de valores, los procedimientos de exportación e importación de bienes, o el intercambio de divisas, por señalar los más convencionales.

Simultáneamente, también se fueron fortaleciendo los espacios internacionales contra el delito de lavado de activos, no sólo con políticas de armonización legislativa, sino, sobre todo, con la potenciación de convenios, órganos técnicos y procedimientos flexibles de cooperación judicial internacional en materia penal y de asistencia mutua. Con igual orientación, se fueron incorporando medidas de investigación, identificación o decomiso, relacionadas con la criminalística financiera y los procedimientos de incautación de toda clase de activos.

En resumen, pues, la implementación en las dos últimas décadas de las estrategias internacionales contra el lavado de activos, que se originaron en la Convención de Viena, puede estimarse como formalmente exitosa. Es más, esa eficacia normativa ha determinado que todas ellas trasciendan hacia contextos más complejos o especializados como los configurados por la Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁰ y contra la Corrupción¹¹. Pero también que se vean involucradas en otros instrumentos de eficacia vinculante como las renovadas Cuarenta Recomendaciones del GAFI.

Hoy en día, pues, el panorama estratégico y operativo del sistema internacional contra el lavado de activos se ha hecho más afinado y complejo, aunque conserva de su diseño original un sentido de integralidad que lo vincula con las siguientes acciones y estándares:

1. Criminalización específica y autónoma de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales originados o derivados de la criminalidad organizada. En la actualidad se han incluido también delitos culposos.
2. La criminalización particular y complementaria de todas las formas de participación o de ejecución imperfecta de actos de lavado de activos. En este dominio se han incorporado también en el presente modalidades de delitos periféricos como la omisión de reporte de transacciones sospechosas y formas de responsabilidad penal propia y directa de personas jurídicas.

9 (Cfr. Hans-Jörg Albrecht. Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, p. 49- 50)

10 (Convención de Palermo)

11 (Convención de Mérida)

3. Regulación de mecanismos y procedimientos para la detección oportuna, así como para prevención y fiscalización de las transacciones y operaciones sospechosas de estar materializando actos de lavado de activos. Con el devenir del tiempo todos ellos se han constituido en la base de configuración de los actuales programas de cumplimiento y de gestión de riesgos¹².
4. Constitución y consolidación de un espacio internacional común de investigación y represión del lavado de activos, a través de la aplicación eficaz de procedimientos de cooperación judicial en materia penal. La evolución mayor de estas medidas se ha registrado a través de la aplicación periódica de mecanismos multilaterales de evaluación sobre la implementación de los estándares y políticas internacionales para la prevención y control del lavado de activos.
5. Ampliación y modernización de las normas y procedimientos de ubicación, incautación, congelamiento, inmovilización o decomiso de los capitales, depósitos y bienes de procedencia u origen ilegal. A este nivel corresponden contemporáneamente ingeniosas formas de decomiso administrativo y prácticas de cooperación internacional para la recuperación de activos ocultos o consolidados en el exterior por organizaciones criminales. Un desarrollo específico de esta clase de acciones han sido la confección y circulación de los listados de “designaciones”.
6. Flexibilización del secreto bancario e inversión de la carga de la prueba, para facilitar la investigación criminalística-financiera de los actos de lavado de activos. Lamentablemente, este segmento no ha alcanzado un nivel de evolución similar al logrado por las otras estrategias contra el lavado de activos. En efecto, tanto la flexibilización del secreto bancario o la aplicación de imputaciones basadas en la inversión de la carga de la prueba se han mantenido en el tiempo como opciones normativas y prácticas sumamente engorrosas e inefaces. En tal sentido, pese a los notables esfuerzos realizados, todavía los marcos legales derivados o los sistemas de autorización y validación de este tipo de medidas, se siguen mostrando complejos, exageradamente formales y de escasa productividad.

Como bien lo anota RODRIGUEZ HUERTAS los ecos de la Convención de Viena perduraran en el futuro de las políticas así como de los programas de prevención y control del lavado de activos Su legado histórico está asegurado, sobre todo porque *“a partir de este instrumento de Derecho Internacional, se crearon numeroso grupos de trabajo, mundiales y regionales, se propiciaron nuevos Convenios Internacionales de alcance universal, como los relativos a la Delincuencia Organizada Transnacional y la Corrupción, y el resultado de esa preocupación internacional por el lavado de activos en la aldea global se podría resumir en los aspectos siguientes:*

- a. *ampliación del delito a recursos generados en una amplia gama de actividades delictivas, distintas del tráfico de drogas, capaces de generar igualmente inmensas cantidades de recursos;*
- b. *perfeccionamiento de la tipificación penal original, incorporando nuevos conceptos; mejorando y ampliando el alcance de los mecanismos de asistencia judicial internacional;*
- c. *perfeccionamiento de las técnicas de prevención y ampliación de los sujetos obligados a su cumplimiento;*
- d. *establecimiento de instancias que faciliten un ágil sistema de intercambio de información financiera a través de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera agrupadas en torno al Grupo Egmont; y*

¹² (compliance programs).

e. *creación de grupos de trabajo que se encarguen de monitorear permanentemente las técnicas utilizadas en los procesos de lavado de activos*¹³.

Pero al margen de todos esos antecedentes y desarrollos, debemos reconocer que, lamentablemente, el lavado de activos, no ha logrado detenerse. Que si bien en el siglo XXI conocemos más de su estructura y operatividad, la experiencia reciente de la proyección internacional de este fenómeno delictivo, sólo nos sirve para advertir que en el presente la práctica de operaciones de lavado de activos se ha ido depurando y renovando a través de eficientes e imaginativas tipologías de inmersión en los espacios globales económicos y financieros de nuestra era.

Es más, la práctica del lavado de activos ha soportado con solvencia las crisis de la última década con idóneas estrategias de desplazamiento geográfico que le han permitido ingresar e invertir las ganancias provenientes de múltiples fuentes ilegales, en las todavía débiles y flexibles economías de los países de desarrollo intermedio o emergentes. Son estos países y sus indicadores macroeconómicos los que se han constituido en el nuevo escenario que concentra y confunde las ganancias del crimen organizado. Especialmente, las cuotas sensibles de informalidad que también soportan estas sociedades han resultado ser muy funcionales a la conversión, intercalación e integración eficientes de capitales de origen criminal que aún en el marco de coyunturas financieras adversas, logran por esa ruta grisácea transformarse en exponentes dudosos de una riqueza aparentemente legítima, cotizabile y en no pocas ocasiones debidamente registrada. Al respecto, es atinada la observación formulada por ALVATER y MAHNKOPF al sostener que lo que realmente busca *“el lavado de dinero no es otra cosa que la formalización, es decir, la legitimación y legalización de dinero obtenido de manera ilegítima que es, por tanto, dinero informal”*¹⁴.

Ha quedado demostrado, pues, que frente a los procesos críticos de la reciente crisis en los circuitos económicos o financieros de los países centrales, el lavado de activos se trasladó y desarrolló mejor en los escenarios menos rigurosos a la vez que menos visibles de la economía informal. Esto es, las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos construyen en torno a países de economía emergente e informal su nuevo espacio geopolítico. Esta hábil y visionaria estrategia de expansión permite interpretar y reconocer mejor el rol que desempeña el lavado de activos en la dinámica de crecimiento de la criminalidad organizada contemporánea como eficiente medio de aseguramiento de su riqueza ilícita y por ende de su futuro. Algo que, como ya lo hemos reseñado, sirvió también, en su momento, a la Convención de Viena para justificar ante el mundo la necesidad ingente de su criminalización¹⁵.

Ahora bien, son tres los aspectos que caracterizan y sirven funcionalmente a que todas las operaciones de sustitución y legalización de bienes y capitales de procedencia ilícita, tengan actualmente considerables oportunidades a la vez que significativas probabilidades de éxito, en entornos de economía emergente e informal.

El primer aspecto característico de las acciones de lavado está referido al *modus operandi* que emplea el agente al ejecutarlas. Al respecto, es de señalar que los actos de lavado se materializan observando siempre las formalidades y procedimientos usuales que son regularmente exigidos para cualquier negocio jurídico o financiero. El cumplimiento de gran parte de estos requisitos y de sus ritos formales aleja toda sospecha y suspicacia sobre su propósito real. Como señalan

13 (AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad. USAID. Santo Domingo.2005, p. 3-4)

14 (Elmar Alvater y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Ob. Cit., p.222)

15 (Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard, en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lerner-La Lectura. Córdoba.2001, p. 648).

los expertos: *“De hecho la regla de oro de toda operación de blanqueo no es sino la de simular lo mejor posible una operación legal. Por ello se suele recurrir con ligeras variantes a los métodos habitualmente empleados por las sociedades legítimas”*¹⁶.

En otras ocasiones el proceso del lavado se lleva a cabo en base a hábiles acciones de elusión o fraude a la ley que posibilitan sortear las exigencias de registro y control que regulan las normas de prevención. Con esta praxis, pues, como enfatiza CURBERT: *“No resulta extraño que cuánto más importantes son las sumas que deben camuflarse, más fácil resulte su blanqueo. Lo cierto es que los circuitos financieros internacionales garantizan una seguridad absoluta en las grandes operaciones de blanqueo. Ciertas técnicas resultan imposibles de detectar y conducen a esta paradoja aberrante de la globalización criminal: cuando más importante es el crimen, menos visible resulta”*¹⁷.

Obviamente, este factor se potencia ampliamente cuando opera y se materializa en el marco de transacciones informales, de aparente formalidad o de pseudo formalidad.

Un segundo aspecto que también identifica de modo determinante a las operaciones modernas de lavado de activos, se expresa en las cualidades psicosociales y de especialización que definen el perfil del agente del delito.

Esto impone que en las diferentes etapas del lavado de activos se busque la intervención preferente de personas mayormente ajenas a los actos generadores del capital o bienes ilegales. Además, con un perfil de profesionales o empresarios exitosos, con reconocidas habilidades para la actividad comercial o financiera. Se requiere, pues, de agentes del delito poseedores de un alto grado de lo que RODRIGUEZ HUERTAS califica como profesionalización. Dicho estatus requiere que *“quienes estén al frente del diseño de las estrategias para tal propósito sean auténticos profesionales de la banca, finanzas, contabilidad, leyes, que tengan por demás un amplio conocimiento del entorno regulatorio internacional sobre la materia, a fin de poder aprovechar las debilidades existentes en los distintos países que conforman la aldea global”*¹⁸. Los cuales, además, deben gozar de una reconocida solvencia económica y mantenerse muy alejados de todo historial delictivo. Como destacan los especialistas, es el prestigio social del lavador y sus relaciones estrechas con instancias del poder político y económico los que garantizan, las más de las veces, el éxito de los servicios que ofrece al crimen organizado. En efecto, el *“circuito económico criminal se parece cada vez más a un grupo de empresas, e incluso a una rama de actividades que funcionan gracias a una división del trabajo muy parecida a la de la economía legal. Sólo un pequeño grupo de individuos conforma el núcleo opaco de la organización criminal, pero la mayor parte gravitan a su alrededor hasta confundirse con la economía legal: es el caso del industrial, el abogado, el banquero, el asegurador, el policía o el funcionario que prestan su conocimiento, su práctica o su poder al servicio del crimen organizado; lo cual les convierte en criminales a tiempo parcial”*¹⁹. Cualidades que se ostentan y explotan mejor en las economías emergentes de los países latinoamericanos; donde, además, llegan frecuentemente a cumplir funciones complementarias de poder corruptor o de mecanismos de impunidad. Claro está, que la despersonalización de estos actores mediante el empleo de los circuitos y mercados cibernéticos del internet hacen más vulnerable la contaminación de los negocios en los sectores informales.

16 (Cfr. Jack A. Blum y otros. Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero. Oficina de Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito. Nueva York. 1999, p. iv)

17 (Cfr. Jaime Curbet. La Criminalización de la economía y la política. Separata editada por Gobernanza y Seguridad Sostenible. Octubre 2003, p.4. Disponible en <http://www.iigov.org/seguridad>)

18 (AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Ob. Cit., p.11)

19 (Cfr. Jaime Curbet. La Criminalización de la economía y la política. Ob. Cit. p.2)

También las condiciones de alta especialización de los gestores del lavado de activos se trasladan al de las personas jurídicas, las cuales se introducen en su dinámica como un agente colectivo de procedimientos de colocación o intercalación que se aplican camuflados en la forma de servicios calificados. Se trata, comúnmente, de estructuras criminales pequeñas y asimilables a una tipología organizacional derivada del grupo central denominada *empresa criminal flexible*.

Esto es, de aquellas que pueden *“asumir una estructura corporativa con una fachada de negocio legal. Entonces, el grupo central puede tener todas las credenciales de un negocio legal, y realizar actividades ilegales. Los delitos que estos grupos realizan están fuertemente relacionados con sus negocios aparentemente legales. Así son dominados por actividades ilícitas como lavado de dinero o fraude de impuestos o de inversión. El número de miembros que forman cada grupo es generalmente pequeño (menos de 20) y su nivel de conocimiento profesional a menudo es muy alto. Estos grupos no son violentos, tienen conexiones cercanas con autoridades del gobierno y con integrantes de empresas legales. Debido a su fachada de empresa legal y su integración en la economía legal, las actividades de estos grupos son difíciles de detectar por las agencias de las fuerzas del orden”*²⁰.

Justamente, un problema aún recurrente en los sistemas jurídicos contra el lavado de activos de la región, sigue siendo su escaso compromiso normativo o práctico con la atribución de una responsabilidad penal propia y directa de las personas jurídicas involucradas en la comisión, favorecimiento o encubrimiento de estos delitos. Esto es, nuestras leyes y nuestras agencias penales todavía ponen reparos o se resisten a internalizar la evidente realidad de que *societas delinquere potest*. Y que las operaciones de lavado de activos son justamente una de sus modalidades delictivas más claras y frecuentes. Es más, siguiendo las experiencias norteamericana y europea en este dominio, varios sistemas jurídicos de nuestro entorno han optado por dar a los programas de cumplimiento o de administración de riesgos, la condición de causales de exclusión de responsabilidad o de atenuación punitiva para las personas jurídicas que los implementen debidamente y aun así resulten implicadas en casos de lavado de activos²¹.

Finalmente, un tercer aspecto se relaciona con las dinámicas y efectos colaterales del modo de intercambio y movilidad que predominan actualmente en la actividad comercial y financiera del mundo postmoderno. En efecto, la asimilación y explotación masificada de las nuevas tecnologías de la información y de la globalización económica, han ido generando también espacios intermedios, sinuosos o grises donde los negocios legales pueden ser fácilmente utilizados o transformados con comodidad para propósitos ilegales. Prototipo de ello lo constituye el amplio espectro de los negocios offshore. Como lo destaca MAINGOT: *“Además de facilidades que interesan especialmente a evidentes criminales buscando como lavar y estacionar (park en inglés) el dinero sucio, estos centros también atraen a otros que no son legalmente criminales pero que buscan sitios donde haya exención de todos los impuestos, confidencialidad absoluta y un secretismo asegurado por cuentas numeradas. Este secretismo es lo que buscan los negocios lícitos e ilícitos. Para el cliente lícito, es crucial que la evasión de impuestos en el país original no sea considerada en ninguno de los centros offshore. Algunas compañías ofrecen ciudadanía económica”*²² en algún Estado soberano.

*También ofrecen algo denominado vintage companies para uso inmediato. Esto se refiere a títulos de compañías que se registraron hace mucho tiempo pero que jamás han sido utilizados. Es decir estas compañías garantizan que el centro offshore ofrece no solamente lavar o blanquear dinero sino también lavar las identidades de personas e instituciones involucradas”*²³.

20 (Cfr. CICIP-UNICRI. Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto 2003, p. 8)

21 (Cfr. Luis Miguel Reyna Alfaro. Implementación de los Compliance Programs y sus Efectos de Exclusión o Atenuación de Responsabilidad Penal de los Sujetos Obligados. En Kai Ambos y otros. Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado. Jurista Editores. Lima.2015, p. 453 y ss)

22 (con nuevo pasaporte y hasta nuevo nombre)

23 (Anthony P. Maingot. Entre lo Legal y lo Ilegal: Los Paraísos Fiscales y los Flujos Inagotables de Capital. Luis Guillermo Solís-Francisco Rojas Aravena (Editores). Crimen Organizado en América Latina y el Caribe. FLACSO. Santiago de Chile.2008, p. 308)

El lavado de activos, en el tercer milenio, se desarrolla, pues, con la aplicación de un *modus operandi* que aprovecha, a la vez que combina, con suma habilidad, las oportunidades y ventajas que le brindan unos espacios comerciales o empresariales globalizados, así como la alta tecnología informática con la que actualmente cuenta la humanidad. *“Así pues, la creciente comodidad de las transacciones ilícitas debe su ímpetu a los mismos avances que necesitan los usuarios legítimos para gestionar su dinero”*²⁴. Tal como lo interpretan los expertos de las Naciones Unidas, la nueva casta de lavadores de activos *“se están aprovechando de la mundialización de la economía mediante la rápida transferencia de fondos a través de las fronteras internacionales. La rápida evolución de la situación en las esferas de la información, la tecnología y las comunicaciones financieras permite que el dinero se mueva en todos los sentidos con rapidez y facilidad. El dinero en megabytes, en forma de símbolos en la pantalla de una computadora, está en movimiento las 24 horas del día, los siete días de la semana, y puede trasladarse docenas de veces para impedir que los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes lo localicen”*²⁵. Sin embargo, En ese contexto, como apuntan ALVATER y MAHNKOPF, también son favorables para la expansión del lavado de activos las sensibles disfunciones del sistema macroeconómico y financiero: *“La liberalización institucional y la desregulación de los mercados globales de capital junto con la privatización de activos que hasta entonces habían estado en manos del Estado desató un crecimiento extremo de los negocios financieros, que en muchos sectores (sobre todo con algunos derivados) llevó a una multiplicación de los volúmenes por cien y por mil a partir de los años ochenta. También continuó la expansión de los medios electrónicos en las relaciones comerciales y la entrega de dinero electrónico”*²⁶.

*Las innovaciones financieras, especialmente la difusión de los derivados junto con la aparición de los centros financieros offshore, facilitaron la realización de negocios financieros transnacionales. Todos estos han sido fenómenos favorables para el lavado, concretamente en lo que respecta al crecimiento cuantitativo y al mayor anonimato”*²⁷.

Sin embargo, esto no quiere decir que se excluyan de las prácticas del lavado de activos a aquellas conductas menores o empíricas que se ejecutan de manera más convencional, individual o concertada, pero con igual función delictiva. Lo que queremos destacar es que este tipo de procedimientos de menor escala pero de mayor diversificación, basados en prácticas tradicionales como los circuitos de estructuración con empleo de “modernos pitufos” o uso de “tarjetas inteligentes”, ya son comprendidas por las tipologías que con finalidad preventiva conocen y difunden los sistemas de control regionales o nacionales, por lo que tales metodologías resultan en el presente con mayores opciones de ser detectadas e interdictadas por ellos. No obstante, es pertinente mantener una actitud de alerta aún en estos casos, ya que como advierte CURBERT, *“nos hallamos, pues, ante un cambio de perspectiva. A partir de las necesidades del que quiere blanquear los fondos, existe un mecanismo de blanqueo para cada necesidad. Debe tenerse presente, en todo caso, una regla esencial: el blanqueo no es necesariamente un proceso único y aislado. Cuanto más importantes son las cantidades a blanquear, más necesario será realizar diferentes ciclos de blanqueo cada vez más completos. Las técnicas serán más y más sofisticadas, hasta alcanzar una adecuación suficiente entre la honorabilidad de los fondos y la de su propietario.*

*Para ello, resulta indispensable disponer de un conjunto de sociedades pantalla y de hombres de paja, de financieros conocidos y de juristas famosos para camuflar al camorrista napolitano detrás de una red de empresas aparentemente honestas y respetables”*²⁸. Pero la situación descrita cambia y la eficacia de las agencias de control se reduce sensiblemente, cuando ubicamos aquellas metodologías convencionales de lavado de activos en países con altos índices de inflación o que

24 (Moisés Naím. ILÍCITO. Como Traficantes, Contrabandistas y Piratas están Cambiando el Mundo. Editorial Random House Mondadori Ltda. Bogotá. 2006, p.176)

25 (Cfr. Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito. Programa Mundial de las Naciones Unidas contra el Blanqueo de Dinero. Naciones Unidas. Nueva York. 1999, p.3)

26 (tanto off-line como on-line)

27 (Elmar Alvater y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Ob. Cit., ps.216 y 217)

28 (Cfr. Jaume Curbet. La Criminalización de la economía y la política. Ob. Cit. p.2)

aún no ceden plenamente al uso del dinero plástico en sus transacciones o cuya liquidez descansa endémicamente en la existencia de mercados negros o paralelos de intercambio de divisas. Esta realidad, hoy por hoy, muy cercana a varios países sudamericanos y centroamericanos no debe quedar al margen de los cada vez más sofisticados programas técnicos de prevención y control del lavado de activos.

Resulta, por tanto, muy relativo el seleccionar y graficar en tan vasto contexto, cuáles pueden ser las más representativas modalidades con las que se práctica actualmente del lavado de activos en los países de la región, sin evitar el riesgo de omitir, entre ellas, a otras no menos exitosas, complejas o encubiertas. Como lo indica MOISÉS NAÍM, *“Muchas técnicas son bien conocidas: cuentas bancarias anónimas en jurisdicciones permisivas, o empresas tapadera establecidas en sectores que hacen un uso intensivo del efectivo, como restaurantes, bingos o lavanderías. Otras son de nuevo cuño, y las posibilita la integración financiera global, pero todas ellas hacen que en la actualidad el <<dinero negro>> sea más ágil, móvil y escurridizo que nunca. Y sobre todo, las barreras que antes separaban a los pequeños depósitos de los ahorradores locales de las ganancias de los fondos ilegales que circulan por el mundo se han desmoronado. Así, cada vez resulta más difícil para cualquier banco, fondo de inversión, gestor de transferencias, pagador de cheques u otro agente financiero tener la certeza absoluta de que los fondos que maneja están <<limpios>>”*²⁹.

Pero además,, tal como lo advierten DE LA CORTE IBAÑÉZ y GIMENÉZ-SALINAS FRAMIS, *“cada fase del proceso de blanqueo puede desarrollarse mediante una amplia serie de procedimientos alternativos. No obstante, el margen de opción al respecto varía en función a las características de cada organización criminal. Dicho de otro modo, blanquear de distintas formas es tanto más fácil cuando mayores son los recursos, fondos y contactos disponibles, y viceversa. Otro factor de ventaja es el acceso a expertos financieros, igualmente probable en grupos de envergadura. Por otro lado, la elección de unos y otros procedimientos de blanqueo de capitales también parece estar condicionada por el lugar donde cada organización desarrolla sus actividades ilícitas”*. Esto es, según los criminólogos citados, los procedimientos elegidos tienden a ser más complejos y sofisticados en países con sólidos y eficientes sistemas de control antilavado, mientras que adquieren modalidades convencionales y sencillas en aquellos países donde los sistemas preventivos son opacos o irregulares³⁰.

En el presente, pues, la realidad del lavado de activos en Latinoamérica parece mantener una estructura compleja y diversa. Sobre todo porque los componentes tradicionales de dicha criminalidad no convencional se transforman y fortalecen con la interacción de todos esos factores coyunturales que hemos referido. Y especialmente por la tendencia aún imperante en muchos países de la región, a la desregularización de los mercados o a la supervivencia de prácticas informales en las relaciones comerciales o financieras. Lo cual no sólo facilita la aplicación de diferentes técnicas del lavado de activos sino que, además, torna más dificultosa la actuación de las agencias de investigación y juzgamiento de estos delitos al hacer menos visibles las diferencias entre los negocios lícitos e ilícitos.

Esta nebulosa indisciplina del mercado parece ser la que con su consolidado arraigo en varios de nuestros países, opera como nociva oportunidad para el desarrollo y diversificación del crimen organizado, potenciando, a su vez, el espacio y la diversificación de las operaciones de lavado de activos. En coherencia con todo ello ha señalado ZAFFARONI : *“En síntesis se tiene la sensación,*

29 (Moisés Naím. ILÍCITO. Como Traficantes, Contrabandistas y Piratas están Cambiando el Mundo. Ob. Cit., p.172)
30 (Luis de la Corte Ibañez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ob. Cit., p. 293)

al menos desde el ángulo económico, que el crimen organizado es un fenómeno de mercado desorganizado o no disciplinado, que se abre al disciplinamiento que produce la actividad empresarial lícita o ilícita o más o menos lícita. Es obvio que estas aperturas o agujeros en el disciplinamiento del mercado son muy diferentes y, además, son bastante inestables y variables, pues como todo mercado es dinámico, existen espacios que se obturan y otros que se abren...Sin duda que existen mafias y bandas, que hay actividades lícitas e ilícitas, pero no hay un concepto que pueda abarcar todo el conjunto de actividades ilícitas que pueden aprovechar la indisciplina del mercado y que, por lo general, aparecen mezcladas o confundidas en forma indisoluble con actividades lícitas³¹.

Por lo demás, esa diversidad es recogida con meridiana amplitud por las estadísticas oficiales. Por ejemplo, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú registró 15 modalidades recurrentes de lavado de activos entre enero de 2007 y mayo de 2017 las cuales comprometieron alrededor de 13 893 millones de dólares. Cabe señalar que si bien en este listado predominan prácticas de lavado detectadas en el marco de operaciones formales, en 66 casos que movilizaron 950 millones de dólares no se logró establecer una tipología predeterminedada. El detalle de estos hallazgos es el siguiente:

1. Uso de recursos ilícitos en actividades mineras (37 casos)
2. Depósitos y transferencias fraccionadas de dinero ilícito o no justificado (87 casos)
3. Utilización de empresas de fachada (113 casos)
4. Arbitraje cambiario nacional o internacional y transporte de dinero (28 casos)
5. Fondos ilícitos o no justificados canalizados a través de productos o instrumentos financieros y/o de inversión (186 casos)
6. Uso de identidades falsas, documentos o testafierros (31 casos)
7. Reclutamiento de personas para realizar operaciones financieras por encargo-pitufeo (17 casos).
8. Transferencias remitidas o recibidas al/del exterior producto de exportaciones o importaciones ficticias(44 casos)
9. Utilización de fondos lícitos o no justificados para disminuir el endeudamiento o capitalizar empresas legítimas (18 casos).
10. Uso de recursos ilícitos o no justificados en la adquisición de bienes muebles o inmuebles (40 casos).
11. Uso de recursos ilícitos o no justificados destinados a la inversión en el sector construcción o inmobiliario(25 casos)
12. Utilización de fondos ilícitos para disminuir el endeudamiento o capitalizar empresas legítimas (18 casos)
13. Otras modalidades (142 casos)
14. Modalidad no Identificada (66 casos)

La fuente citada precisaba, además que correspondían a las tipologías de *uso de recursos ilícitos o no justificados en actividades mineras; fondos ilícitos o no justificados canalizados a través de productos o instrumentos financieros o de inversión; depósitos y transferencias fraccionadas de dinero ilícito o no justificado* y a la de *utilización de empresas de fachada*, el mayor volumen de dinero involucrado en la operación de lavado de activos reportada. En efecto, la primera tipología comprometió en el periodo reseñado 3108 millones de dólares, mientras que la segunda tipología involucró 1867 millones de dólares, la tercera alrededor de 1647 millones, y la cuarta 1235 millones, respectivamente³².

³¹ (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. El Crimen Organizado. Una Categorización Frustrada. Segunda Edición. Editorial Leyer. Santa fe de Bogotá. 1996, ps. 34 y 35)

³² (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: Enero de 2007 a mayo de 2017, p.9)

Sin embargo, sobre aquellas otras operaciones de lavado de activos, las acontecidas cotidianamente en el amplio espacio de la actividad informal no sólo no hay estadísticas oficiales, sino que, además, no es posible, siquiera, estimar sus tendencias y manifestaciones. Todo parece indicar que ellas superan las reglas de registro existentes o simplemente no se someten a los programas de control, por lo que su aporte para la formación de un producto criminal bruto sigue siendo determinante en nuestra región.

No obstante, es importante recordar que la consolidación de una economía en paralelo que se desarrolla en función del lavado de activos, no aporta beneficios ni directos ni indirectos a la economía social o a las políticas y medidas de redistribución de la riqueza. Sus indicadores micro y macro económicos resultan siempre opacos a toda evaluación de crecimiento, en tanto permanecen ocultos o en tanto distorsionan y sobredimensionan las cifras reales. Esta modalidad de impacto económico sólo resulta funcional a las organizaciones criminales que cuentan materialmente con esa riqueza ilícita, la cual no sólo les asegura futuro y bienestar, sino que, además, fortalece su poder e influencia. Por el contrario, los efectos perjudiciales del lavado de activos son múltiples y trascienden el mero balance económico. Al respecto los estudios realizados por ALVATER y MAHNKOPF, distinguen seis efectos perniciosos cuya didáctica exposición consideramos pertinente transcribir, a pesar de su notoria extensión: *“Primero y principal, con el lavado de dinero aparecen –o reciben apoyo –poderes no controlados, inconstitucionales. El dinero lavado y, por ende, de uso libre, es un recurso que también puede emplearse para proteger de los que custodian las leyes (desde los movimientos de ciudadanos a la justicia penal) a las fuentes del dinero sucio –o sea para alimentar una especie de “contrasociedad” criminal o ilegal-, que obtiene sus ingresos monetarios, tras el lavado exitoso del dinero sucio, a costa de la sociedad. Esto es evidente en la corrupción y el fraude con las inversiones. Sin embargo también, está el ejemplo del pequeño cultivador de coca en Colombia o Bolivia, cuyo único ingreso procede de la venta de productos precursores de la droga. Segundo, el lavado de dinero no sólo oculta delitos sino los recompensa monetariamente. El lavado exitoso, por ende, gratifica conductas ilegales y criminales, entre la que se cuentan las formas modernas de esclavitud. Ninguna sociedad puede permitir esto sin abandonar las normas que regulan la convivencia en el Estado de derecho. En no pocos casos son círculos más altos de la élites sociales los están involucrados. La sociedad es como el pescado, la putrefacción empieza por la cabeza. Tercero, el lavado de dinero la corrupción suelen ir juntos. Se sobornan a la policía, a la justicia y a los políticos para que no lo entorpezcan. De esta manera se ejerce una influencia negativa sobre la competencia y la legitimación de las instituciones políticas y se socava la seguridad de expectativas que éstas transmiten. También a causa de la corrupción se generan costos muy altos para las cuentas fiscales, que deben compensarse con recortes en otros ítems el presupuesto. La corrupción, que sólo vale la pena cuando el dinero que se obtuvo puede lavarse y no corre el riesgo de ser confiscado, debilita el derecho democrático de las asambleas representativas de asignar de manera soberana el presupuesto de las entidades territoriales³³. Por último, mediante la corrupción y el consecuente lavado de dinero, se despojara a ciudadanos que carecen de los mínimos medios para oponerse a los manejos de una élite. Cuarto, el poder público no cuenta con los fondos de los impuestos evadidos que, luego de pasar por el túnel del lavado de un centro financiero offshor, van a para a las cuentas limpias de los evasores de impuestos. Por lo tanto, se ve afectada de manera total o parcial la financiación de los bienes públicos. La influencia negativa sobre el bienestar y el desarrollo es directa especialmente porque, una vez lavados, los impuestos evadidos pasan a estar disponibles como patrimonio privado y pueden invertirse como activos de manera totalmente legal en cualquier lugar del mundo. Se estima que se han desviado entre 30 y 35 millones de dólares estadounidenses de países del Tercer Mundo a centros financieros offshor³⁴; es como si una gran*

³³ (la corrupción se tratará más detalladamente en el capítulo 13)

³⁴ (Fritz, Hahn y Hersel 2000; 8 y ss.; Oxfam, 2001)

parte de la “ayuda para el desarrollo” se retirara de los países ricos de origen. Uno de los efectos de las prácticas del lavado es que no se cumple con los objetivos de la política exterior y de desarrollo. Las transferencias de lavado no son, por ende, neutrales en lo económico. Las estrategias de inversión de los lavadores de dinero han contribuido en no pocos casos al empobrecimiento de naciones, por que sus riquezas fueron transferidas en forma monetaria a “lavaderos de dinero”. Esto puede verse en particular en el ejemplo de los países de África ricos en materias primas o dentro de la Comunidad de Estados Independientes³⁵. El lavado de dinero es, por tanto, componente de la “privatización” de los bienes públicos, como la educación o la salud, accesibles para quienes disponen de patrimonio monetario³⁶, pero no para la gran masa de población³⁷. El lavado de dinero contribuye, entonces, a la polarización social. Quinto, los grandes flujos de capital del lavado pueden influir en las magnitudes económicas³⁸ con un efecto negativo para el desarrollo económico de los países involucrados y de sus monedas, especialmente cuando el lavado y la fuga de capitales toman la misma dirección. En este contexto puede desatarse o agudizarse una auténtica crisis financiera.

Sexto y último, también la naturaleza puede verse afectada cuando se lava dinero obtenido del comercio ilegal de animales o plantas, de la exportación ilegal de maderas tropicales, de pieles, etc., o de la exportación exhaustiva de materias primas minerales³⁹. Se recompensa el acto preparatorio criminal; así, su prosecución se mantiene lucrativa. La destrucción de la naturaleza seguirá siendo rentable mientras el lavado de dinero no se combata⁴⁰.

Ahora bien, para concluir este apartado es pertinente señalar que en los últimos cinco años el interés prioritario de los programas hemisféricos contra el lavado de activos se ha concentrado en el ámbito administrativo. Esto es, en fortalecer la capacidad y la seguridad de las intervenciones que realizan las unidades de inteligencia financiera y sus operadores. Pero, también, en optimizar las normas o protocolos para la ubicación, decomiso, recuperación y enajenación de los bienes de origen ilegal. Las agendas técnicas de los organismos regionales especializados confirman esta orientación. Ese es el caso del Grupo de Expertos de la CICAD-OEA que ha dedicado sus tres últimas reuniones a estudiar las mejores prácticas en este dominio. Al respecto, cabe señalar que esta tendencia es coherente con los propósitos originales de las políticas y estrategias antilavado, cual es desfinanciar a las organizaciones criminales con la interdicción material de sus ganancias ilícitas. Se trata de un reto, por mucho tiempo postergado, a la eficacia objetiva de los organismos competentes de los Estados. Es más, el mejor equipamiento y eficiencia de aquellos órganos tiende a hacerse depender en el marco normativo interno, de lo que ellos realmente puedan decomisar y luego obtener financieramente después de enajenar aquellos activos decomisados. Pero, además, este giro administrativo de las estrategias y programas regionales se encuentra también definido por la necesidad operativa de promover un alineamiento práctico más comprometido, con la viabilidad e implementación de medidas internacionales de congelamiento o inmovilización oportuna de los fondos y bienes conectados a organizaciones terroristas o que operan como fuentes de financiamiento del terrorismo. En el caso del Perú, por ejemplo, recién a finales de enero del presente año se ha configurado un marco normativo especial, para autorizar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú que “congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al financiamiento del terrorismo”⁴¹.

35 (CEI)

36 (sin importar cómo lo hayan obtenido)

37 (véase al respecto Brühl et al., 2001)

38 (como los intereses, las utilidades y los tipos de cambio)

39 (diamantes, oro)

40 (Elmar Alvaer y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Ob. Cit., p. 222 a 224)

41 (Cfr. Resolución SBS N° 395-2016 del 27 de enero de 2016; La UIF podrá congelar fondos y otros activos del terrorismo. Darío Expreso. Edición del 29 de enero de 2016, p.10)

II. Lavado de activos en economías emergentes e informales

Las relaciones actuales entre economía emergente, informalidad, criminalidad organizada y lavado de activos, son bastante visibles en la experiencia reciente de diferentes países de la región como Colombia, México o Perú. Nos interesa, pues, examinar algunos aspectos que identifican esa interacción a fin de mostrar las limitaciones y debilidades de las estrategias hemisféricas de prevención y control del lavado de activos cuando se aplican en un contexto socio económico de tales características. Y para abordar con mayor detalle esta problemática, tomaremos como marco de referencia el caso peruano. Previamente, como una nota preliminar, desarrollaremos algunos conceptos operativos que permitirán dimensionar mejor nuestro enfoque y comentarios.

Se califican como países de economía emergente a todos aquellos que han alcanzado un crecimiento económico sostenido pese a mantener su condición subdesarrollada⁴².

Entre las principales características macroeconómicas de los países emergentes, destaca el desarrollo de una actividad productiva concentrada en los sectores económicos primario y secundario. Además, cuentan con un pronóstico favorable de incremento continuo del Producto Bruto Interno, así como una presión inflacionaria baja y claras tendencias de reducción constante de las tasas de desempleo y pobreza. En el plano político, estos países van alcanzando estabilidad y solidez democrática que se expresan en prácticas estables de gobernabilidad, con notable afirmación del Estado de Derecho y del Sistema de Justicia⁴³.

Se estima que los principales retos que en la actualidad deben enfrentar los países de economía emergente pasan necesariamente por reactivar su demanda interna; promover una mayor apertura hacia el comercio exterior; potenciar la competencia de sus mercados locales; así como mejorar los indicadores microeconómicos que les permita elevar el estándar de calidad de los servicios estatales y de vida de su población⁴⁴.

El Perú ha adquirido la condición de país de economía emergente en las dos últimas décadas. Y, actualmente, es considerado por diferentes organismos financieros internacionales como una economía sólida y promisoriosa de la región americana⁴⁵.

En efecto, las cifras muestran que en el último quinquenio la economía peruana experimento un crecimiento constante de su producto bruto interno llegando a alcanzar un promedio de alrededor del 5.5%. No obstante esa tendencia se ha reducido al 3,5 % anual en los dos últimos años. Además, su tasa inflacionaria se mantuvo baja y en torno al 2.4%. En este periodo sus sectores productivos con mejor desempeño fueron la minería y la pesca. Y sus reservas acumuladas han alcanzado los 65 000 millones de dólares⁴⁶.

Hoy en día se calcula que 7 de cada 10 peruanos pertenece a la clase media; que la tasa de desempleo se ha reducido al 6.5% y también han disminuido los índices de desnutrición crónica. Por otro lado la capacidad de expansión del Perú hacia el comercio exterior se ha potenciado con la suscripción de sucesivos tratados de libre comercio y la integración en importantes bloques económicos como el Asia – Pacífico⁴⁷.

42 (Cfr. Ruchir Sharma. Países Emergentes. En busca del Milagro Económico. Aguilar Santillana. Ediciones Generales. Madrid. 2013, p. 18 y ss.)

43 (Idem, p. 12)

44 (Cfr. Carlos Gil Canaleta. El Subdesarrollo, en AA.VV., Temas de economía mundial. Javier Bilbao Ubillus y Juan Carlos Longás García (coordinadores), Delta Publicaciones, Bilbao-Pamplona, 2009, p. 96 y ss)

45 (Cfr. Eduardo Morón Pastor, Eduardo. Los Desafíos del Perú. Universidad del Pacífico, Lima, 2013, p. 28 y ss.)

46 (Idem, p. 51 y 52)

47 (Idem, p. 108 y ss.)

En torno a la informalidad, se suele sostener que ella puede ser entendida como el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales que rigen la actividad económica⁴⁸. Asimismo, se afirma también con frecuencia, que la informalidad se genera y se desarrolla cuando los costos de adaptarse al marco legal y normativo que regulan la actividad económica en un país, son superiores a los beneficios que esa adaptación podría generar⁴⁹.

Tal como señalan los especialistas, el pertenecer al sector informal no solo supone estar al margen de las cargas tributarias y de la regulación legal, sino que esa condición conlleva también relevantes efectos negativos como el quedar excluido de los servicios y sistemas de protección, así como de seguridad y control que brinda el Estado. Entre ellos, sobre todo, destacan la protección contra la criminalidad así como la posibilidad de extenderse en los mercados locales e internacionales⁵⁰.

Son múltiples, pues, los efectos negativos y los riesgos que produce la informalidad económica, sobresaliendo con nitidez la constante exposición a prácticas de extorsión, soborno y lavado de activos. Pero, además, en un ámbito más general, estos efectos nocivos de la informalidad producen también un notable desequilibrio en el peso de las cargas tributarias, promoviendo altas cuotas de elusión y defraudación impositiva. E, igualmente, se va consolidando un proceso continuo de exclusión e invisibilización de sector informal, mediante la reducción sistemática del acceso a los servicios públicos y en especial a los que brinda la administración de justicia⁵¹.

Ahora bien, la gran paradoja del Perú del tercer milenio, radica en que no sólo integra el promisor grupo de los países emergentes o “del futuro”, sino que también se ubica entre los países con más altos niveles de informalidad. Esta contradictoria situación se constituye en el riesgo más relevante para su crecimiento y desarrollo sostenido, a la vez que aflora como su principal vulnerabilidad en el espacio de competencia económica que tiene frente a otros países de características similares como Colombia o México.

Según diversas fuentes, actualmente en el Perú el 60% de la producción se realiza informalmente. También se destaca que el 65% de las empresas son informales y que 7 de cada 10 peruanos trabaja de manera informal. En ese mismo contexto, se alude a que el 40% de la fuerza laboral activa del país se encuentra auto empleada en microempresas informales y que ello determina que más de 10 millones de peruanos trabajen sin beneficios laborales ni protección social alguna. Se estima, además, que la economía informal en el Perú representa un 30 o 35% del Producto Bruto Interno. Al respecto, los especialistas expresan la urgencia de superar esta grave presencia de la informalidad en nuestra economía, para lo cual sugieren abordar sus causas principales como las trabas burocráticas, las altas tasas tributarias y los sobrecostos laborales⁵². No obstante, recientemente la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT dio a conocer estimados que calculan que del total de la población económicamente activa (16 494 879 personas) el 61.7% ya se encuentra formalizada tributariamente⁵³.

Si bien persisten los dilemas teóricos y normativos en torno a lo que cabe definir como criminalidad organizada, los documentos evacuados por las Naciones Unidas sobre esta materia, coinciden en calificar dicho fenómeno delictivo como una de las seis amenazas más graves que se ciernen sobre el desarrollo y bienestar del mundo en el presente y en el futuro inmediato.

48 (Cfr. Orlando Greco. Diccionario Preciso de Economía. Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2013, p. 97)

49 (Cfr. Alejandro Portes y William Haller. La Economía Informal. CEPAL. Santiago de Chile. 2004, p. 9 y ss.)

50 (Cfr. Mario Cimoli, Annalisa Primi y Maurizio Pugno. Un modelo de bajo crecimiento: La Informalidad. Revista de la CEPAL, N° 88. Abril 2006, p. 89 y ss.)

51 (Cfr. Alejandro Portes y William Haller. La Economía Informal. CEPAL. Ob. Cit., p. 15 y ss.)

52 (Cfr. Eduardo Morón Pastor. Los Desafíos del Perú. Ob. Cit., p. 85 y ss.)

53 (Cfr. Miguel Alonso Juape Pinto. SUNAT Estima que el 61% de la Población Económicamente Activa es Formal. Diario Gestión. Edición del 27 de enero de 2016, p. 2)

También en este dominio prevalece la tendencia a identificar a la criminalidad organizada contemporánea, a través del señalamiento de un grupo importante y diversificado de delitos no convencionales y cuasi convencionales. Los cuales tienen en común el contar para su ejecución con una estructura organizacional compleja, la que les permite construir, activar y extender dinámicos mercados, caracterizados por la producción, oferta y suministro de bienes y servicios de circulación restringida, fiscalizada o prohibida. Los cuales, sin embargo, registran siempre una alta y constante demanda social que en su expresión real o potencial, les asegura una ingente e incrementable plusvalía.

Como otras características de la criminalidad organizada moderna se le atribuye continuidad operativa; presencia transnacional y sólidas cuotas de soporte social e impunidad⁵⁴.

En los últimos cinco años en el Perú coexisten dos modalidades de criminalidad organizada. Una convencional o clásica que se expresa a través de diseños organizacionales básicos y equivalentes a la tipología 1 de las Naciones Unidas⁵⁵. Aplica un *modus operandi* violento y se dedica a la comisión de delitos tradicionales de despojo y agresión como el robo, la extorsión, los secuestros o el sicariato.

Es a esta modalidad a la que se atribuye la inseguridad ciudadana y ha logrado posesionarse en las encuestas de opinión como el principal problema que actualmente afecta al país.

La segunda manifestación de la criminalidad organizada que actúa en la realidad peruana es de configuración no convencional y corresponde al prototipo recogido en la Convención de Palermo. Se configura en torno a estructuras flexibles similares a las que describe la tipología 4⁵⁶. Su presencia es discreta pero relevante en ganancias ilícitas. Además, práctica métodos sofisticados, técnicos y encubiertos lo que le garantiza un alto margen de impunidad y poder corruptor. Es a esta modalidad que corresponden los delitos “exitosos” y productivos como la trata de personas o la minería ilegal; pero, también, los que comprometen los circuitos económicos y financieros del país como el lavado de activos, o la financiación del terrorismo⁵⁷.

Cabe señalar que al igual que lo ocurrido en otros países de la región, en el Perú la presencia activa y frecuente de la criminalidad convencional violenta y de su exposición cotidiana en los medios de comunicación, ha servido de eficiente cobertura para ocultar socialmente el eficiente desempeño, la continua expansión y el crecimiento operativo de las distintas formas de criminalidad organizada no convencional. Lo cual, por lo demás, ha sido también destacado en los escasos estudios criminológicos y criminalísticos realizados en el país sobre esta materia⁵⁸.

Toca añadir, finalmente, que el lavado de activos es considerado como el motor adicional que asegura la continuidad y extensión de la criminalidad organizada. A él le compete, pues, el aseguramiento de sus capitales ilícitos y de las posibilidades de su reinversión. Pero, además, con él también se consolidan las alternativas de planeamiento estratégico y, por tanto, de las actividades e innovaciones que acuerden las organizaciones criminales sobre expansión de mercados o diversificación productiva de nuevos bienes y servicios ilegales. Sin embargo, no debe omitirse el hecho de que el lavado de activos también constituye en sí mismo una modalidad eficiente de criminalidad organizada⁵⁹. Esto es, se gesta y actúa funcionalmente como una estructura criminal que provee servicios a otras organizaciones criminales que requieren de su eficiencia.

54 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*. Idemsa. Lima. 2013, p. 31 y ss.)

55 (Jerarquía estándar)

56 (Grupo central)

57 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*. Ob. Cit., pp. 81 y ss)

58 (Cfr. Juan Carlos Garzón Vergara. *La Rebelión de las Redes Criminales: El Crimen Organizado en América Latina y las Fuerzas que lo Modifican*. Citizen Security and Organized Crime. Woodrow Wilson Center Update on the Americas, Washington DC. Marzo de 2012. p. 2 y ss.)

59 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y Lavado de Activos*. Ob. Cit., p. 101 y ss.)

Por ende es acertada la posición de WILLIAMS, quien califica a esta clase de relaciones como una alianza táctica pero de notables proyecciones estratégicas⁶⁰. En efecto, como lo explica CASTILLO GONZÁLES, *“siendo esencial en la criminalidad organizada la aspiración de los delinquentes a la obtención de ganancias, es igualmente esencial para la actividad delictiva, la actividad dirigida a esconderlas mediante el lavado de dinero”*⁶¹.

No obstante, si bien existe pleno acuerdo en reconocer que las operaciones de lavado de activos son un conjunto heterogéneo y sucesivo de negocios jurídicos u operaciones y transacciones comerciales o financieras. Los cuales tienen en común la capacidad de procurar la incorporación al circuito económico formal de un país, sea de modo transitorio o permanente, de capitales, bienes y servicios que se han originado o derivado de actividades criminales, no se debe olvidar que dicho concepto convencional reduce la presencia del lavado de activos a prácticas regulares de inserción económica, que no siempre responden a las variables, características y manifestaciones de la informalidad. Esto es, que no siempre las prácticas del lavado de activos que tienen lugar actualmente en las economías emergentes latinoamericanas, se corresponden con los prototipos idealizados en aquel concepto. Y esto último debe ser determinante al momento de identificar tipologías, señales de alerta y programas de prevención. Por tanto, no debe sorprender el extenso conjunto de incógnitas que concurren cuando se procura construir registros estimados sobre el volumen del lavado de activos en aquellas realidades.

En efecto, intentar medir la presencia potencial del lavado de activos en economías que son emergentes y a la vez informales se torna difícil por la proyección grisácea que adquieren sus procedimientos, lo que hace menos visible su operatividad y más frustrante su investigación y sanción. Sin embargo, resulta obvio que las prácticas de lavado de activos han logrado en aquellos entornos procedimientos con alta capacidad de inserción y nuevos circuitos para la circulación de los capitales ilícitos. Según los expertos, las economías emergentes ofrecen un amplio espectro de oportunidades favorables para el desplazamiento de los lavadores de activos, los cuales pueden mezclarse con facilidad y con pocos riesgos entre los amplios sectores informales que interactúan al interior de aquellas. Efectivamente, los analistas señalan 5 factores, como los que favorecen la expansión del lavado de activos en las economías emergentes, siendo la informalidad el más determinante de todos ellos. Y se trata de los siguientes:

1. La debilidad del sistema bancario
2. La existencia de un sistema financiero subdesarrollado
3. Una extensa economía subterránea o informal
4. La debilidad de las instituciones gubernamentales
5. Una deficiente gestión empresarial

Ahora bien, son múltiples los efectos políticos, económicos y sociales que genera el lavado de activos a las economías emergentes, destacando, sobre todo, el surgimiento y la consolidación de poderes paralelos; el fortalecimiento de la imagen de una criminalidad próspera y con capacidad de influencia económica; la distorsión de la magnitud real de los indicadores económicos⁶² lo que trae consigo altos riesgos de crisis financiera. Si hacemos evocación de lo ocurrido recientemente en países como México, Colombia o Venezuela, resulta fácil validar la enunciación de tales efectos perniciosos de la informalidad y del lavado de los activos de la criminalidad organizada⁶³.

60 (Cfr. Phil Williams. Cooperación entre Organizaciones Criminales. AA.VV. Crimen Transnacional Organizado y Seguridad Internacional. Mats Berdal y Mónica Serrano (compiladores.), Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 117)

61 (Francisco. Castillo González. El Delito de Legitimación de Capitales. Editorial Jurídica Continental. San José. 2012, p. 21)

62 (precios, tasas de interés, rentas, tipos de cambio, volumen de acceso a créditos)

63 (Cfr. Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Paidós. Buenos Aires, 2008, pp. 222 y ss.)

III. Un ejemplo peruano

Luego de definir los componentes de la situación problemática del lavado de activos en países con economía emergente e informal, trataremos a continuación las características y manifestaciones propias del caso peruano.

Según el Foro Económico Mundial la presencia del lavado de activos en la economía formal del Perú es todavía discreta y se sitúa por debajo del promedio regional, ocupando el décimo cuarto lugar en relevancia. No obstante, el crecimiento de las operaciones de lavado de activos ha mantenido en los últimos 20 años un ritmo constante. Es así que en 1994 esta actividad ilegal sólo movilizaba entre 500 y 800 millones de dólares por año, concentrándose predominantemente en el sector bancario y especialmente en la compra y venta informal de dólares.

Actualmente, los estudios realizados muestran que la práctica del lavado de activos registra movimientos acumulados que han superado los 13 000 millones de dólares, extendiéndose por todos los sectores económicos más significativos. Sin embargo, es evidente que aún los registros y controles del lavado de activos no alcanzan a distinguir e interdicar las operaciones que se realizan y mezclan en el amplio espacio de la economía informal nacional, dominada por la producción de bienes y servicios no financieros a cargo de pequeñas y medianas empresas independientes o de particulares que trabajan por su cuenta.

La vulnerabilidad, entonces, de la economía emergente peruana, frente al lavado de activos, tiene, en la actualidad, una amplia proyección que comprende áreas poco controladas como el mercado informal de divisas, pasando por los servicios turísticos e involucrando recientemente a la construcción inmobiliaria o a los espectáculos artísticos o deportivos. Son 15 los sectores económicos donde las prácticas del lavado de activos han demostrado mayor frecuencia y son los siguientes:

1. Casinos y Casas de Juego.
2. Casas de Cambio de Moneda Extranjera.
3. Servicios de remesas de dinero
4. Agencias de Viajes.
5. Servicios de Turismo.
6. Surtidos de Gasolina.
7. Promoción de Espectáculos Artísticos o Deportivos.
8. Negociación Bursátil.
9. Importación de Artefactos Electrodomésticos.
10. Casas de Préstamo.
11. Hostales.
12. Restaurantes.
13. Construcción Inmobiliaria.
14. Comercio exterior.
15. Minería Informal.

Además una alto funcionario de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, dio a conocer, recientemente, que el lavado de activos también podría estar incursionando en el fútbol y en el financiamiento político⁶⁴.

⁶⁴ (Cfr. Elizabeth García A- Marco Alva Pino. Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US \$ 646 millones. Diario Gestión. Edición del 27 de enero de 2016, p. 22)

Las tipologías desarrolladas por el Ministerio Público y la Unidad de Inteligencia Financiera ratifican esa presencia activa, recurrente y diversificada del lavado de activos en la economía emergente peruana, donde las transferencias bancarias son sólo una de las diversas modalidades aplicadas por las organizaciones criminales para la legitimación e inserción de capitales ilícitos⁶⁵.

Como lo destacan diferentes expertos hasta mediados del año 2013 se consolidó un ciclo de crecimiento de la economía emergente peruana. Sin embargo, también en dicho lapso quedó en evidencia un crecimiento relevante de la economía informal y de la economía ilegal o criminal. Es más, algunos investigadores como RUBEN GUEVARA han llegado a sostener que la tasa de crecimiento en estas economías paralelas logró alcanzar dos dígitos y fue muy superior a la registrada por la economía formal⁶⁶.

Se asocia el incremento sostenido de la economía ilegal en el Perú- a la que algunos denominan producto criminal bruto- a la influencia gravitante de dos modalidades de criminalidad organizada: el tráfico ilícito de drogas y la minería ilegal.

El primero, al que suele calificarse como la expresión tradicional del crimen organizado nacional, reporta anualmente una ganancia de alrededor de 3200 millones de dólares. Por su parte, la segunda, que aflora como una modalidad delictiva no convencional y de reciente criminalización en el país, produce 1000 millones de dólares por año.

A estas cifras también deben adicionarse aquellas correspondientes a otras tipologías delictivas como la corrupción de sistema, la defraudación tributaria y diferentes formas de criminalidad violenta⁶⁷. Por ejemplo, en torno a la corrupción se calcula que en el año 2015 produjo alrededor de 646 millones⁶⁸. Este flujo importante de capital ilegal logra insertarse sin mayores dificultades en los canales formales o informales de la economía emergente nacional a partir de tres vías:

1. La creación de empresas en o desde el exterior
2. El desarrollo y expansión de negocios de fachada
3. La compra y venta de activos, sobre todo inmuebles.

Sin embargo, a ellos debe agregarse también otra vía alterna constituida por el contrabando y traslado de dinero en efectivo o de metales preciosos como el oro. Al respecto, es de mencionar que estas últimas conductas delictivas también adquirieron recientemente un significado criminal propio luego de la promulgación del Decreto Legislativo 1106 a inicios del año 2012⁶⁹.

Como anota CASTELLANOS, la convergencia del dinero criminal y de renovadas operaciones de lavado de activos en la economía emergente peruana, ha logrado afianzarse y extenderse, rápidamente, por las notables falencias de un todavía limitado sistema de control administrativo y penal sobre personas jurídicas de *fachada o de papel*⁷⁰. Las cuales pueden constituirse con suma facilidad, sobre todo aquellas declaradas socialmente para operar desde el país y hacia el exterior, con accionistas y capitalistas extranjeros. Por ejemplo, en los dos últimos años han proliferado modalidades informales de *“microempresas financieras”* dedicadas a *“prestar dinero con la sola presentación del DNI”*.

65 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada y Lavado de Activos. Ob. cit., p. 113 y ss.)

66 (Declaraciones recogidas en el Diario Gestión. Edición del 27 de abril de 2013, p. 11)

67 (robo, extorsión y secuestros)

68 (Cfr. Elizabeth García A- Marco Alva Pino. Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US \$ 646 millones. Ob. Cit., p. 22)

69 (Cfr. Artículo 3°)

70 (Cfr. Enrique Castellanos. El Lavado de Dinero en el Perú. Diario El Comercio. Sección Economía Internacional. Edición del 19 de enero de 2014, p. 13)

Al 65% de empresas informales que se estima operan en el país, se añaden, pues, ahora, estas ignotas personas jurídicas de amplio espectro social y que suelen estar integradas por emprendedores capitalistas extranjeros, provenientes mayormente de países con presencia activa del crimen organizado como Colombia o México. Como ya se mencionó no se les aplica en estos casos mayores restricciones de inserción al extremo que es posible constituir este tipo de empresas con un capital mínimo que en muchos casos no supera los 10 000 dólares.

La confluencia, pues, de todo estos factores, como lo destaca el diario GESTIÓN -medio especializado en temas económicos y financieros-, determina que la condición emergente pero a la vez informal de la economía peruana, se haya convertido por sus espacios grisáceos y desregularizados, en una excelente oportunidad para la introducción de las ganancias de la criminalidad organizada. Lo cual se materializa tanto con operaciones comunes como sofisticadas de lavado de activos⁷¹.

También las estadísticas sobre reportes de transacciones sospechosas que aporta la Unidad de Inteligencia Financiera UIF-Perú, demuestran con claridad esa actual condición favorable de la economía emergente peruana para el lavado de los fondos ilegales de la criminalidad organizada nacional e internacional. En efecto, tales cifras permiten observar un crecimiento constante del volumen de capital involucrado en las operaciones sospechosas reportadas. Es así que el monto acumulado en algo más de 10 años⁷² ha alcanzado los 13 893 millones de dólares. Destacando sobre todo el dato general que de un total de 872 informes de inteligencia financiera 113 proceden de la *"Utilización de empresa de fachada"* y hayan involucrado alrededor de 1235 millones de dólares⁷³.

También resulta significativo, por su coherencia con la identificación de las fuentes principales del dinero criminal que circula en la economía peruana, el dato referido a que los mayores registros de fondos ilícitos involucrados en los informes de la UIF-Perú, correspondan al tráfico ilícito de drogas que con 284 reportes comprende operaciones por 5395 millones de dólares. Mientras que la minería ilegal con sólo 42 reportes movilizó alrededor de 4477 millones de dólares. Esto es, el monto de dinero ilícito que deriva del tráfico ilícito de drogas y de la minería ilegal, corresponde aproximadamente al 75% del total de los fondos comprometidos en los 872 informes registrados en el periodo y que como se mencionó anteriormente ascienden a 13 893 millones de dólares⁷⁴.

Finalmente, todos estos estimados, tendencias y proyecciones de la economía criminal y del lavado de activos en la economía emergente peruana, se ven reforzados por la activa presencia de una nueva tipología de actos de conversión. Nos referimos al ingreso, egreso, transporte y traslado de dinero en efectivo de origen ilegal.

Efectivamente, esta modalidad especial de lavado de activos, actualmente tan importante para los instrumentos y organismos internacionales de prevención como el GAFI que la prioriza entre sus 40 nuevas recomendaciones, en poco tiempo ha adquirido en el Perú mayor fluidez y constancia.

Es así que al año de la criminalización de tales actos en el Perú, entre junio de 2012 y junio de 2013, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria realizó 75 intervenciones por esta modalidad delictiva y logro en ese breve lapso la retención de algo más de 4 millones de dólares. No pudiéndose acreditar el origen lícito de tales fondos en 27 casos y no presentándose los titulares de dicho dinero retenido al proceso de acreditación en 26 casos. Esto es, en 53 casos se calificó indirectamente a los actos irregulares de ingreso, egreso o traslado de dinero en efectivo como operaciones potenciales de lavado de activos. Esta tendencia fue luego ratificada en el primer trimestre del 2014, habiéndose realizado 9 intervenciones con la retención de un total de 923 231 dólares y no pudiéndose acreditar su origen lícito en 8 casos⁷⁵.

71 (Diario Gestión. Edición del 7 de junio de 2013, p. 16)

72 (enero 2007 a mayo 2017)

73 (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística Unidad de Inteligencia Financiera. Enero de 2007 a Mayo de 2017 p. 9)

74 (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística Unidad de Inteligencia Financiera. Enero de 2007 a Mayo de 2017 p. 8)

75 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada y Lavado de Activos. Ob. cit., p. 226 y ss.)

Ahora bien, el crecimiento constante y la inserción discreta de la criminalidad organizada y el lavado de activos en un Perú de economía emergente, contrastan con limitada capacidad que ha venido demostrando el sistema estatal de prevención y control el lavado de activos para revertir o disminuir dicha tendencia. Al respecto, las percepciones oficiales y psicosociales de dicho fenómeno se muestran tímidas o confusas. Si bien ellas no proyectan una actitud de desánimo o fracaso, sí dejan entrever una marcada incertidumbre y frustración por las malas prácticas e indecisiones observadas en el tratamiento penal de los casos judicializables o judicializados por delitos de lavado de activos, los cuales con sus magras cifras de condenas marcan una preocupante tendencia hacia la impunidad.

En el contexto descrito, la regulación e implementación de un nuevo planeamiento estratégico así como de una renovada legislación preventiva y penal contra la criminalidad organizada y el lavado de activos (Decreto Legislativo 1106 y Ley 30077)⁷⁶, han promovido un mejor alineamiento a los programas, estándares y recomendaciones internacionales dispuestos por la ONU, el GAFI o la CICAD-OEA. Sin embargo, preocupa que sus objetivos y medidas penales o administrativas sigan diseñándose en función a la presencia de lavado de activos en la economía formal.

Es, pues, lamentable que las políticas, estrategias y protocolos de actuación contra el lavado de activos en el Perú, sigan dejando al margen de sus acciones y medidas el principal escenario criminógeno de la economía informal. Como se ha demostrado es en este sector donde realmente se mimetiza actualmente el mayor torrente de capital criminal. No obstante, cabe de destacar que hay esfuerzos serios por distinguir la minería informal de la criminalizada minería ilegal. Por ejemplo, el gobierno ha logrado convocar alrededor de 52 000 mineros informales para participar de un proceso de formalización. Deben replicarse este tipo de iniciativas estatales en otros sectores a fin de distanciarlos de la amenaza latente de ser sometidos o contaminados por el capital y negocios ilícitos de las organizaciones criminales y del lavado de activos. En dicho contexto, pues, el anuncio realizado por SERGIO ESPINIOZA sobre el inicio de estudios para la *“Evaluación Nacional de Riesgos en materia de Prevención del lavado de Activos en el Perú”*, constituye una importante oportunidad para visualizar mejor esta problemática⁷⁷.

IV. Ineficacia del control penal: un problema adicional

Un último aspecto que torna preocupante la evolución de las políticas hemisféricas e internas contra el delito de lavado de activos, es la escasa eficacia que en torno a su judicialización y represión efectiva, aún muestran las agencias a cargo del control pena de esta modalidad delictiva en los países emergentes del continente. En efecto, no sólo hay pocos procesos incoados, sino que un gran porcentaje de estos concluyen en sobreseimientos o absoluciones. Cabe señalar, sin embargo, que esta disfunción también se detecta en países de tradición bancaria como Suiza o Uruguay. Por ejemplo HURTADO POZO comentando la situación helvética señalaba que *“un poco más de la mitad de los procesos que terminan con una sentencia no culminan con la condena de los procesados. Situación que se explica por las dificultades prácticas que representa, sobre todo en materia de pruebas, la aplicación del artículo 305 bis del CPS”*⁷⁸.

Sin embargo, la situación uruguaya parece ser más frustrante, tal como la muestra con un agudo sentido crítico hacia las políticas y programas internacionales anti lavado, GALAIN PALERMO. Este autor luego de dar a conocer que entre los años 2004 a 2013 sólo se registró 22 condenas por lavado de activos, concluye señalando que *“La praxis judicial uruguaya se concentra en la persecución y recuperación de activos que principalmente provienen del narcotráfico. Como surge de los datos ofrecidos, en los hechos, los juicios penales se realizan-principalmente- para la condena*

76 (Decreto Legislativo 1106 y Ley 30077)

77 (Cfr. Elizabeth García A- Marco Alva Pino. Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US \$ 646 millones. Ob. Cit., p. 22)

78 (José Hurtado Pozo. El Delito de Blanqueo de Capitales. El Sistema de Control Penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 667)

*del delito precedente. El lavado de dinero se difumina como conducta criminal y no consta en los datos empíricos, como si se tratara de un fenómeno invisible o inexistente*⁷⁹.

El caso peruano no es muy diferente y también pone en evidencia un grado muy bajo de eficacia en la represión penal del lavado de activos. Efectivamente, las diferentes agencias estatales especializadas de persecución y sanción de estos delitos no han logrado aún sobresalir en el importante rol funcional que les compete. En este dominio se detectan, más bien, altos registros de archivo de investigaciones o de sobreseimientos y absoluciones especialmente en casos importantes o emblemáticos. Por ejemplo, entre el enero 2012 a febrero 2014 la Sala Penal Nacional del Poder Judicial emitió un total de 494 sentencias. De ellas sólo 22 lo fueron por delito de lavado de activos y de las cuales sólo 8 eran condenatorias. En una indagación reciente realizada por el Observatorio Nacional de Política Criminal, se detectó que de un total de 29 decisiones judiciales, emitidas en el periodo 2013-2016, donde estuvieron involucradas un total de 70 personas, sólo 38 (54%) fueron condenados; 20 (29%) fueron absueltos; a 11(16%) se les anuló el juzgamiento y sólo a 1 (1%) se le reservó el proceso. Asimismo, que de un total de 46 personas procesadas por actos de lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas, sólo 19 merecieron una sentencia condenatoria⁸⁰.

Con relación a la operatividad del Ministerio Público la Procuradora Antidrogas SONIA MEDINA ha dado a conocer los siguientes datos *“En el 2012 se dieron 47 disposiciones fiscales de no ha lugar a formular denuncia, ¿de cuántas investigadas?, no lo sé. Para el 2013, han sido 65 disposiciones que se han archivado, ¿de cuántas durante el año? No lo sé. ¿Cuántas están en ciernes? Tampoco lo sé”*⁸¹.

La explicación de esta frustrante realidad, parece relacionarse aún con niveles marcados de desinformación o aptitud técnica de policías, jueces y fiscales. Al respecto, el análisis de contenido realizado sobre las resoluciones judiciales revisadas en las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de La República, ha permitido detectar las siguientes deficiencias y limitaciones operativas:

1. Deficiente calificación jurídica de las conductas típicas que configuran el delito de lavado de activos.
2. Dudas sobre la punibilidad de las operaciones de autolavado de activos.
3. Errada percepción del rol que cumple el delito precedente en la configuración típica del lavado de activos y de las agravantes específicas que regula la ley.
4. Incorrecta identidad atribuida entre las operaciones de lavado de activos y los delitos hallazgo.
5. Confusión sobre la utilidad de la prueba indiciaria.

En torno a lo señalado es también importante recordar que el Perú debe responder periódicamente a evaluaciones multilaterales que se activan en función no sólo de un marco legal moderno contra el lavado de activos, sino, sobre todo de estándares de eficacia en la represión del delito. Por ejemplo, no superar las evaluaciones que programa el GAFISUD conlleva riesgos de descalificación internacional o de ingreso a la *“lista negra”*, lo cual perjudicaría gravemente el hasta ahora promisor futuro de la economía emergente peruana.

Ahora bien, la problemática y tendencias descritas parecen conectar su etiología con varias hipótesis explicativas. De modo general se puede sostener que las dificultades comienzan con el acopio de evidencia suficiente y razonable del delito. En segundo lugar, con la equivocada construcción y valoración adecuada de la prueba indiciaria. Luego, con una deficiente calificación técnico-legal

79 (Pablo Galain Palermo. Lavado de Activos en Uruguay: Una Visión Criminológica. En Kai Ambos y Otros-Coordinadores. Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado. Jurista Editores. Lima. 2015, p.358-359)

80 (Observatorio Nacional de Política Criminal. Lavado de Activos en el Perú. Análisis de Resoluciones Judiciales 2013-2016. Documento de Trabajo N° 2-2017. Lima. 2917,p. 13 y ss.)

81 (Sonia Medina Calvo. Procuradora Antidrogas. Diario La República. Edición del18 de marzo de 2014, p.9)

que comúnmente aplican los diferentes operadores del sistema penal a los actos que se imputan como constitutivos de lavado de activos. Y, finalmente, por el insuperable culto mítico que los órganos del Ministerio Público y del Poder Judicial suelen rendir a la prueba de un “*delito previo o delito precedente*”, que se les muestra siempre esquivo, obscuro o imposible de determinar y del cual se hace depender toda decisión final del caso.

V. Algunas conclusiones

Los datos obtenidos, las prácticas examinadas y las tendencias identificadas nos permiten sustentar las siguientes conclusiones:

1. En países de economía emergente se produce y circula un importante volumen de capital y activos generados por la criminalidad organizada.
2. Es razonable inferir que ese producto económico del delito se consolida y asegura a partir de prácticas de lavado de activos que se gestan e interactúan en el amplio espacio de la economía informal, o de nuevas tipologías de conversión como el ingreso, egreso o traslado transfronterizo de dinero en efectivo de origen ilegal.
3. Los sistemas nacionales de prevención y control del lavado de activos aún no desarrollan estrategias específicas que incidan en el sector informal.
4. Las agencias de persecución y sanción de la criminalidad organizada y el lavado de activos muestran, todavía, debilidades técnicas y tácticas para materializar con eficiencia sus competencias y objetivos.
5. Urge reformular los programas hemisféricos de lucha contra el lavado de activos, para retroalimentar sus objetivos y estrategias a fin de corregir y atender las disfunciones detectadas en su aplicación, así como ampliar sus alcances hacia la evidente presencia de la criminalidad organizada y el lavado de activos en los sectores que activan la economía informal en países emergentes de la región como el Perú.

VI. Delitos periféricos y especiales

En la dogmática penal se identifican como delitos periféricos y especiales a aquellos que poseen una criminalización autónoma y específica, pero que aparecen sólo mediatamente conectados con la realización precedente, concurrente o posterior de un delito principal o nuclear. Esta clase de hechos punibles son más cercanos a la regulación penal de delitos modernos o no convencionales adoptando mayormente la condición clásica de delitos de mera desobediencia o de delitos derivados.

En el caso del lavado de activos los delitos periféricos son conductas diferentes de aquellas que constituyen las operaciones ilegales que él comprende. Se trata, más bien, de la tipificación y sanción penal de actos que afectan la eficiencia de la prevención y persecución penal de dicho delito. Tales ilícitos, por tanto, cumplen una función de refuerzo o complemento para la eficacia de las políticas o acciones de prevención y control que se aplican contra el lavado de activos.

Distinta es la naturaleza y función de los delitos especiales de lavado de activos. Ellos sólo son modalidades propias de aquél pero a las que por no siempre claras razones de política criminal, se les da independencia normativa para resaltar su importancia criminógena o criminalística.

No es frecuente que los sistemas jurídicos contemporáneos consideren para el caso del lavado de activos la inclusión de delitos periféricos o de delitos especiales. Por lo general, en correspondencia con los estándares internacionales de mayor influencia en la legislación interna de los Estados, la morfología delictiva del lavado de activos se concentra en la tipificación y sanción de los actos de conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento y tenencia (Cfr. Kai Ambos. La internacionalización del Derecho penal: El Ejemplo del “Lavado de Dinero “. Gaceta Penal & procesal Penal N° 41. Noviembre 2012, p. 365 y ss.)⁸².

Sin embargo, respecto a estos últimos es útil recordar que se trata de tipos penales representativos de las tres etapas que comúnmente se atribuyen al proceso del lavado de activos. No son pues tipos penales ideográficos, como los que se suelen utilizar para la criminalización de los delitos convencionales. De allí que su interpretación y aplicación judicial debe conectarse, necesariamente, con la modalidad específica y la oportunidad concreta que representa la operación de lavado de activos que ejecuta el agente del delito. En estos casos, el clásico proceso de subsunción típica requiere, además, de una insoslayable adscripción de la conducta u operación realizada, con las fases de colocación, intercalación o integración de capitales y bienes de origen criminal.

Ahora bien, lo peculiar y pertinente del empleo de esta técnica legislativa -algo que se destaca poco por la doctrina especializada- fue también una consecuencia meditada de las negociaciones preliminares de la Convención de Viena, que procuraron conciliar las notables diferencias entre modelos normativos pragmáticos como los afines al *common law*, con las exigencias descriptivo-legalistas propias de la tradición legislativa euro continental. Las decisiones finalmente adoptadas corresponden, pues, a la utilidad práctica de aproximarse desde la ley a la descripción general de una compleja realidad como la que se manifiesta en el lavado de activos. Esto es, la de ser un proceso dinámico variado e interdependiente de conductas conexas a un mismo objetivo, pero plenamente diferenciales por su ocasión y expresión material. Prueba tangible de estos acuerdos sobre las opciones reguladoras del delito de lavado de activos, fue la equivalencia implícita que se ha concedido a todas las conductas típicas reguladas al momento de definir su punibilidad y sanción penal. Esto último es lo que explica que en el derecho interno de los países, el legislador haya considerado igual estándar de penalidad conminada para quien práctica un acto inicial de conversión de dinero maculado, que para quien materializa una conducta final de integración de los activos ya lavados en su patrimonio personal o corporativo.

La controvertida amplitud que tienen las disposiciones legales que describen y reprimen los actos-etapas del lavado de activos, es lo que, para los analistas, justifica la incorporación de delitos periféricos o especiales que resulten idóneos para potenciar la utilidad preventiva de tales normas y para coadyuvar a una investigación y juzgamiento eficaz de sus autores y partícipes. Sobre todo, en aquellos casos que no pueden calzar plenamente con la ejecución material de un delito de lavado de activos, pero que, bajo ciertas circunstancias, pueden llegar a ser determinantes para su realización futura o para su impunidad.

Recurriendo nuevamente al ejemplo de la legislación vigente contra el lavado de activos en el Perú y comparándola con algunos sistemas jurídicos afines de la región, desarrollaremos una revisión dogmática de dos modalidades de delitos periféricos y de una modalidad de delito especial. Corresponden a los primeros los delitos de *omisión de reporte de transacciones sospechosas* y de *rehusamiento, retardo y falsedad de información*. Y al segundo el delito de *transporte y traslado de dinero en efectivo o instrumentos negociables al portador*.

82 (Cfr. Kai Ambos. La internacionalización del Derecho penal: El Ejemplo del “Lavado de Dinero “. Gaceta Penal & procesal Penal N° 41. Noviembre 2012, p. 365 y ss.)

Un dato criminológico importante en torno a estos delitos, es que pese a su relevancia para la prevención y el control del lavado de activos en países de economía emergente e informal, su presencia en las estadísticas de criminalidad suele ser mínima o nula. Esto es, al parecer las agencias del sistema penal desconocen su utilidad o ponen poco interés en imputar o investigar esta clase de hechos punibles. Estas disfunciones, a la postre, determinan que se conviertan en criminalizaciones no sólo formales sino operativamente casi simbólicas.

VII. Delito de omisión de reporte de transacciones sospechosas

Como ya se ha mencionado, los más importantes convenios internacionales contra la delincuencia organizada contemporánea, reconocen que una de las herramientas más eficientes para el control y debilitamiento de las estructuras criminales que desarrollan una actividad ilegal, son la detección y el decomiso de los recursos económico- financieros que ellas generan. Fundamentalmente, porque el poder, crecimiento y capacidad operativa de estas organizaciones delictivas se sustenta de modo gravitante en esos ingresos. En coherencia con ello, ALVATER y BIRGIT destacan que el lavado de activos *“es perjudicial para la sociedad en muchos sentidos, especialmente porque recompensa y favorece la criminalidad. Contenerlo puede, por ende, interpretarse como un global public good. El public good sólo puede surgir cuando los actores privados (los bancos y otros servicios financieros en primer lugar) colaboran en la lucha contra el lavado de dinero. Los bancos deben cumplir con la notificación obligatoria de las transferencias sospechosas. El grado de compromiso de las entidades bancarias y la medida de su cooperación voluntaria son, por lo tanto, decisivos”*⁸³.

La contundencia de tales razones políticas y económicas ha dado lugar a un complejo pero afiatado conjunto de documentos multilaterales, cuyas disposiciones de eficacia mundial, regional o sub-regional, coinciden en exhortar a los Estados a que diseñen e implementen estrategias y medidas que incorporen controles preventivos adecuados para descubrir y evitar las operaciones de lavado de activos desde sus etapas iniciales de producción o conversión de capitales ilícitos.

Sin embargo, como bien lo advierte SALCEDO MACHADO, *“actualmente, nos encontramos ante una alta profesionalización de la criminalidad organizada. Las técnicas del lavado de activos son mucho más complejas y, consecuentemente, representan operaciones de difícil detección. Esta situación ha generado la intensificación de los deberes tradicionales de prevención de lavado de activos que vinculan a las entidades financieras y a la asunción de deberes de vigilancia y reporte de este tipo de transacciones”*⁸⁴.

Cabe señalar que los orígenes de estas disposiciones de orientación preventiva se remontan hacia finales del siglo pasado. Uno de sus antecedentes más representativo data de 1980. Se trata de la Recomendación Nº R (80) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal. MARTINEZ-BUJAN PEREZ describe el contenido esencial de dicho documento en los siguientes términos: *“Este texto no contiene disposiciones penales, sino un estándar mínimo de medidas bancarias contra el blanqueo.*

*En concreto, se trata de medidas procesales de tipo organizativo, cuyo mérito es el haber plasmado firmemente el objetivo de identificar a los clientes de los bancos”*⁸⁵. Otro precedente importante fue la Declaración de Principios sobre Prevención de la Utilización Delictiva del Sistema Bancario para el Lavado de Dinero, que elaboró el Comité de supervisión Bancaria d Basilea en 1989, el cual definió también un sistema de políticas de autorregulación preventiva para evitar la infiltración de ganancias ilícitas en la intermediación financiera.

83 (Elmar Alvater y Birgit Mahnkopf. La Globalización de la Inseguridad. Trabajo en Negro, Dinero Sucio y Política Informal. Paidós. Buenos Aires. 2008, p.226)

84 (Rocío del Pilar Salcedo Machado. La responsabilidad Penal de los Organos de Gobierno de las Entidades Financieras en la Comisión del Tipo Base de Lavado de Activos. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37. Julio 2012, p. 157)

85 (Cfr. Carlos Martínez-Bujan Pérez. Instrumentos Jurídicos Frente a la Globalización de los Mercados: En el Ejemplo del Blanqueo de Capitales, en El Derecho Penal Ante la Globalización. Editorial Colex. Madrid. 2002, p.89)

Es de reconocer que todos estos precedentes sobre programas preventivos contra el lavado de activos, fijaron sus coordenadas de influencia en las actividades de las entidades de bancarias. Es más, la evolución y el notable desarrollo que aquellos fueron alcanzado en las décadas posteriores, también radicaron de modo predominante sus efectos y recomendaciones en torno al sector financiero. Sin embargo, varias razones empíricas justificaron siempre esa focalización.

Efectivamente, la experiencia acumulada sobre las tipologías aplicadas por aquella modalidad delictiva había demostrado, de modo recurrente, que el dinero ilegal o sus encubridoras transformaciones, tarde o temprano, buscaban oportunidades de refugio y legitimación en los servicios o productos que ofrecían y realizaban los bancos u otro tipo de entidades financieras.

Por otro lado, el importante rol que le correspondía desempeñar, desde aquel entonces, a la intermediación financiera en la dinamización y consolidación de una economía globalizada, fue también un factor favorable para el desarrollo de la actividad criminal de las organizaciones dedicadas al lavado de activos. En efecto, aún en nuestra época, el crecimiento globalizado y diversificado del sector financiero coadyuva a que su uso en las operaciones de lavado de activos no se haya detenido sino más bien tienda a multiplicarse, como se han multiplicado también las ganancias, dimensiones y manifestaciones de la criminalidad organizada. En relación con ello es realista la comparación que realiza MOISÉS NAIN: *“Para comprender la actual profusión de oportunidades para blanquear dinero, es necesario reconocer que en la actualidad el sistema financiero global es fundamentalmente distinto de lo que era hace tan sólo quince años. para empezar es inmensamente más grande.Pero el sistema no sólo ha crecido en volumen sino también en complejidad.Esto ha creado unas estructuras operativas y de control cuya vigilancia y regulación resultan mucho más difíciles que cuando las finanzas representaban un asunto de naturaleza básicamente local. Asimismo se han lanzado nuevos productos financieros, desde tarjetas de débito hasta contratos de extraordinaria complejidad capaces de mover enormes cantidades de dinero de formas que sólo los especialistas entienden”*⁸⁶.

Pero, además, las investigaciones criminalístico-financieras de la época sobre la eficacia de las operaciones de lavado de activos, demostraban que las mejores posibilidades de identificar e interditar preventivamente el capital ilícito se encontraban también en los espacios y negocios del sistema financiero. Es más, según tales estudios, si los flujos del dinero sucio lograban ingresar al circuito del ahorro, del crédito y de las inversiones de capitales, las posibilidades reales de rastrear y aislar exitosamente su procedencia ilícita se reducían significativamente. En consecuencia, pues, resultaba ser de utilidad estratégica, la localización e intervención del capital de origen ilícito en el momento de su colocación en las agencias bancarias o en actividades financieras y comerciales afines. Sin embargo, para que tales acciones preventivas fueran eficaces era imprescindible contar con la colaboración proactiva de los propios sectores vulnerables a las operaciones de lavado de activos, así como con el apoyo técnico de sus funcionarios y empleados. Sobre el significado de esta etapa inicial, son muy descriptivas las reflexiones formuladas por LAMAS PUCCIO: *“en los últimos años se han venido planteando una serie de iniciativas internacionales con la finalidad de fortalecer el sistema bancario, a los fines de que pueda hacer frente de una forma eficaz ante el crecimiento de actividades criminales y sus relaciones con el mundo financiero. Se ha señalado que el sistema bancario puede desarrollar un rol preventivo extremadamente eficaz y, al mismo tiempo, generar una cooperación de los bancos para prevenir estas actividades”*⁸⁷. De allí que no resulte inusual en la casuística y en las tipologías internacionales contemporáneas, sobre operaciones de lavado de activos, detectar, las más de las veces, la reiterada utilización o intermediación, directa

86 (Moisés Naim. ILÍCITO. Como Traficantes, Contrabandistas y Piratas están Cambiando el Mundo. Editorial Random House Mondadori Ltda. Bogotá. 2006, p.176)

87 (Cfr. Luis Lamas Puccio. Transacciones Financieras Sospechosas. Banco Continental. Lima. 2000, p.57)

o indirecta, de una entidad bancaria. Estas siguen constituyendo, pues, lo que KASPER-ANSERMET calificaba, hace ya más de una década, como un *“punto de paso obligado de capitales de origen ilícito”*⁸⁸. Los bancos, entonces, al margen de su condición, categoría o nivel, continúan siendo las vías más transitadas y transitables para el inicio o conclusión, en una u otra forma, del circuito delictivo que recorren o recorrerán las organizaciones criminales dedicadas a brindar servicios de lavado de activos. Fundamentalmente porque como lo destaca CUISSET: *“Los bancos y otras instituciones financieras de depósitos son los principales agentes de transmisión de fondos, tanto en un plano nacional como internacional. Es claro que la etapa de depósito de efectivo dentro de esas instituciones es esencial para el blanqueo”*⁸⁹. Por tanto, son también las avanzadas de todo sistema preventivo o antesala de una operatividad eficiente para el control oportuno y eficiente del lavado de activos. El bloqueo de las tentativas de este delito encuentra en el canal financiero, aún en nuestros días, un espacio preferente

Pero esa predilección por el aparato financiero como escenario para la realización de operaciones de lavado de activos, tiene, también, una clara explicación cuando apreciamos las ventajas que para dicha actividad antijurídica ofrecen la estructura, organización, catálogo de servicios y reglas especiales que gobiernan dicho sistema como mercado de capitales. Al respecto, como ya se ha mencionado, la evolución y transformaciones del sistema financiero constituyen un factor determinante para consolidar la relación entre bancos y lavado de activos. Según los analistas:

*“Aun cuando la esencia del blanqueo de dinero no ha cambiado a través de los siglos, el contexto en el que ocurre ha evolucionado considerablemente. Concretamente, se han producido cierto número de cambios en el sistema financiero internacional que han dificultado considerablemente las tres operaciones esenciales contra el blanqueo de dinero: el descubrimiento y localización del producto del delito y de los activos dimanantes de ese producto, su congelación y su decomiso o confiscación. Cabe citar al respecto la dolarización de los mercados negros, la tendencia general hacia una desreglamentación financiera, los avances del euromercado y la proliferación de refugios financieros amparados en el secreto bancario”*⁹⁰. Por lo demás, los agentes de las organizaciones criminales dedicadas al lavado actúan por los mismos motivos y de la misma manera que un cliente normal. Es así que el lavador eficiente será siempre aquél que se identifique y asimile mejor tanto el perfil como las conductas financieras usuales de un cliente modelo y moderno. En ese sentido, como lo destacó BLUM a fines del siglo pasado, *“la regla de todo blanqueo exitoso de dinero es la de simular lo mejor posible una operación legal. Por ello, el dispositivo efectivamente utilizado será algún procedimiento habitualmente utilizado en el comercio legítimo con alguna ligera variante. En manos de los delincuentes, los precios de la cesión interna entre filiales de empresas transnacionales son una fuente de prácticas de facturación ficticia, las operaciones inmobiliarias entre filiales sirven de pantalla para toda suerte de chanchullos, los préstamos garantizados por otros préstamos se convierten en préstamos otorgados a uno mismo, las operaciones de cobertura o de garantía en la compra de acciones o de opciones no son sino un juego de operaciones gemelas o cruzadas, y las operaciones con saldos compensatorios sirven de base para el montaje de una red de banca subterránea. A simple vista, tal vez sea imposible distinguir una operación legítima de otra ilegítima, y la distinción sólo aparece clara una vez descubierto un delito, al empezar a seguir las autoridades la pista del dinero”*⁹¹. Por consiguiente, tanto para el buen cliente como para el experimentado lavador de activos los bancos son y seguirán siendo considerados como las instituciones más idóneas y seguras para la realización de todo negocio u operación financiera.

88 (Laurent Kasper-Ansermet. El secreto Bancario. Narcotráfico, Política y Corrupción. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá.1997, p.142)

89 (Cfr. André Cuisset. La Experiencia Francesa en la Movilización Internacional en la Lucha Contra el Lavado de Dinero. Ob. Cit. p. 37)

90 (Jack A. Blum y otros. Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero. Ob. Cit., p. 21)

91 (Jack A. Blum y otros. Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero. Ob. Cit., p. 17)

Ahora bien, como ya se ha precisado, la actividad del lavado de activos se desarrolla a través de un proceso que transita etapas de colocación, intercalación y de integración. En cada una de ellas la utilización de la intermediación financiera se encuentra todavía presente. Claro está que estas referencias y predicciones tienen mayor consistencia en países centrales y con economías y sistemas financieros altamente formalizados, o cual, como hemos venido sosteniendo no es lo predominante aún en los países emergentes de las Américas. En tal sentido es coherente que en entornos de tradicional relevancia bancaria como Suiza el acento estratégico de la prevención siga concentrado en la intermediación financiera. Como señala HURTADO POZO: *“Para combatir el lavado de dinero, los esfuerzos suizos se dan tanto en el dominio internacional como nacional y se busca reforzar las obligaciones de diligencia en el sector financiero”*⁹².

De allí que la estrategia preventiva más caracterizada de aquel periodo, fue también formulada por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, como una necesidad de estructurar procedimientos y mecanismos de alerta temprana, que sirvieran para la detección y comunicación oportuna de transacciones sospechosas de estar movilizando capitales de origen ilegal.

Ahora bien, con el advenimiento de XXI tales opciones preventivas se fueron afinando y extendiendo. Es así que en el presente sus principios, reglas y medidas también se vienen recepcionando y aplicando en otros sectores no financiero pero igualmente vulnerables a operaciones de lavado de activos. Sin embargo, por su propia naturaleza y operatividad todas estas disposiciones no han logrado trascender ni penetrar el amplio espacio de los entornos y actividades informales que, como se ha sostenido, constituyen el área de influencia y prioridad actual del lavado de activos en los países emergentes de nuestra región. Pero, pese a esta eficacia restringida, en la actualidad todas ellas siguen constituyendo uno de los pilares fundamentales de los programas internacionales de control del lavado de activos. Por ejemplo, en la **recomendación 20** de los nuevos Estándares Internacionales para Combatir el Lavado de Dinero, el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, que dio a conocer el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI en febrero de 2012, se destacó también la necesidad de exigir legalmente el reporte inmediato de toda transacción u operación sospechosa⁹³.

Es pertinente destacar que los procedimientos preventivos deben estructurarse en función a los estándares internacionales o nacionales, que detallan los instrumentos legales sobre la materia.

Sin embargo, ellos requieren una configuración adaptada y compatible con las características particulares de cada sector vulnerable así como con las tipologías de lavado de activos que le resulten más afines. Esto significa, por tanto, que los principios, reglas y prácticas que corresponden al sector financiero no deben extrapolarse mecánicamente a otros sectores. En este contexto cobran relevante utilidad los diagnósticos de riesgos y los programas de cumplimiento⁹⁴.

También cabe reconocer que con el devenir de los años la colaboración del sistema financiero y de los demás sectores comprometidos con las políticas de prevención y control del lavado de activos, ha adquirido notable importancia práctica. Según lo señalan estudios empíricos realizados por diferentes organizaciones extranjeras, más de un 90% de las operaciones de lavado de activos que han sido descubiertas, deben su detección a los oportunos reportes y comunicaciones que hicieron los bancos y otras empresas a las autoridades de control. En nuestro país, por ejemplo,

92 (José Hurtado Pozo. El Delito de Blanqueo de Capitales. El Sistema de Control Penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 662)

93 (“Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son los activos de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a esta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera-UIF”)

94 (Cfr. Percy García Cavero. Criminal Compliance. Palestra Editores. Lima. 2014, p.13 y ss.; Santiago Mir Puig-Mirentxu Corcoy Bidasolo-Víctor Gómez Martín. Directores. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Editorial I B de f. Buenos Aires-Montevideo. 2014, p. 89 y ss.)

entre setiembre de 2003 y diciembre de 2005 la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú sólo recibió 964 reportes de operaciones sospechosas⁹⁵. Sin embargo, entre los años 2007 a 2011 el número de operaciones sospechosas reportadas alcanzó un total de 12 442. Y entre enero de 2007 a mayo de 2017 el número de reportes de operaciones sospechosas alcanzó un total de 45 191. El detalle porcentual de este último dato muestra la relevancia de esta cooperación y de los agentes económicos y no financieros comprometidos con ella. En efecto, del total de reportes que recepcionó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú en dicho periodo, 37% provenían de los Bancos; 20% de las Notarías Públicas y 13% de Empresas de Transferencia de Fondos⁹⁶.

No obstante, cabe reconocer que todavía la utilidad final de estos reportes se expresa en cifras más discretas como las que exhibe el Ministerio Público, que es el órgano destinatario de los Informes de Inteligencia Financiera que emite la UIF-Perú luego de identificar posibles operaciones de lavado de activos. Según el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público de los 182 informes ingresados a las Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada, entre enero de 2007 y junio de 2011, se resolvieron definitivamente 71 casos y se mantienen en investigación 128 de los que 17 merecieron denuncia penal⁹⁷. Sin embargo si focalizamos los datos estadísticos del año 2015, en lo concerniente a delitos periféricos, el Ministerio Público nos sorprende al registrar sólo un caso en estado de investigación por omisión de reporte de operaciones u transacciones sospechosas.

Cabe señalar que este delito se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106, vigente desde el año 2012.

Es de precisar que la colaboración que deben brindar los sectores obligados a las agencias estatales competentes para la investigación y juzgamiento del lavado de activos, se circunscribe a la identificación y el reporte de las transacciones u operaciones sospechosas.

Sin embargo, la necesidad de impulsar y fortalecer una práctica diligente y proactiva de tales sectores en este dominio, así como desde el quehacer concreto de sus gestores u operadores, ha determinado que la legislación internacional y nacional contra el lavado de activos haya incluido también obligaciones y sanciones mucho más específicas. Las cuales, en común, apuntan a obtener de todos ellos un aporte preventivo eficaz, eficiente y oportuno para neutralizar cualquier intento de contaminación o filtración de activos ilegales. Al respecto, un referente importante han sido las recomendaciones que sobre estos aspectos ha venido formulando el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI desde 1990. Efectivamente en su redacción original la Recomendación 14^a, precisaba con detalle las obligaciones y prácticas que debían asumir los sujetos obligados para identificar y comunicar las transacciones sospechosas: *“Las instituciones financieras deben prestar especial atención a todas las transacciones complejas, insólitas o significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales, que no tengan un propósito económico o legal evidente. En la medida de lo posible deben examinarse los antecedentes y el objeto de dichas transacciones, consignando las conclusiones por escrito, y poniendo estas a disposición como ayuda para los supervisores, los auditores y los organismos de aplicación de la ley”*. Luego en su texto renovado de 2012, la Recomendación 12^a ha puesto un acento especial en el caso de Personas Expuestas Políticamente-PEP. En tal sentido se dispone lo siguiente: *“Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a las Personas Expuestas Políticamente (PEP) (sea un cliente o beneficiario real), que además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente:*

95 (Cfr. Datos citados en el Diario Oficial El Peruano. Edición del 2 de enero de 2006, p.3)

96 (Cfr. (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística Unidad de Inteligencia Financiera. Enero de 2007 a mayo de 2017 p. 4; Elizabeth García A- Marco Alva Pino. Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US \$ 646 millones. Diario Gestión. Edición del 27 de enero de 2016, p. 22)

97 (Cfr. Rol del Ministerio Público Frente al Lavado de Activos en Boletín del Observatorio de la Criminalidad Año 2 N°6. Junio 2011, p.5)

- A. *cuenta con sistemas apropiados de manejo del riesgo para determinar si el cliente o el beneficiario real es una persona expuesta políticamente;*
- B. *obtener la aprobación de la alta gerencia para establecer (o continuar, en el caso de los clientes existentes) dichas relaciones comerciales;*
- C. *tomar medidas razonables para definir la fuente del caudal y la fuente de los fondos; y*
- D. *llevar a cabo un monitoreo continuo intensificado de la relación comercial.*

Debe exigirse a las instituciones financieras que tomen medidas razonables para determinar si un cliente o beneficiario real es una PEP local o una persona que tiene o a quien se le ha confiado una función prominente por una organización internacional. En los casos de una relación comercial de mayor riesgo con dichas personas, debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen las medidas a las que se hace referencia en los párrafos b, c y d.

Los requisitos para todos los tipos de PEP deben aplicarse también a los miembros de la familia o asociados cercanos de dichas PEP.” Desafortunadamente para el caso peruano, este tipo de recomendaciones llegaron tardíamente, ya que hubieran sido de trascendente utilidad para la identificación de transacciones y operaciones altamente sospechosas que se fueron registrando entre los años 1991 y 2002, como formas de abuso de poder de altos funcionarios del Estado, que impunemente lograron activar recurrentes vías de reciclaje del dinero procedente de la corrupción aprovechando los vacíos legales existentes por aquel entonces ⁹⁸.

Son cuatro los ejes centrales sobre los cuales se han desplazado evolutivamente los programas y medidas de prevención del lavado de activos. En primer lugar, está el propio espacio de las relaciones funcionales entre los sectores vulnerables como la intermediación financiera y las operaciones de lavado de activos. En segundo lugar, la formulación de las principales políticas y estrategias que han aportado los organismos internacionales especializados para prevenir e identificar la presencia de actos de lavado de activos en tales sectores. En tercer lugar, la configuración y aplicación de las denominadas señales de alerta como tipologías recurrentes e indicios para la prevención de operaciones de lavado de activos. Y, en cuarto lugar, los catálogos y protocolos de deberes preventivos específicos que deben de cumplir los funcionarios y servidores de los sectores expuestos a las prácticas de lavado de activos.

De todos ellos nos interesa examinar en detalle el segundo relacionado a las políticas, estrategias y medidas internacionales para la prevención del lavado de activos. Comencemos señalando que desde los inicios de los años 80 del siglo pasado, esto es, antes de comenzar el proceso de elaboración de la Convención de Viena, los Estados Unidos y el Consejo de Europa ya venían impulsando la adopción de medidas para la prevención de las prácticas del lavado de activos en el Sistema Financiero. Para ello, dictaron sucesivamente un amplio conjunto de disposiciones legales y recomendaciones dirigidas a estimular en el ámbito bancario una actitud comprometida y decidida contra el lavado de activos ⁹⁹.

Tales políticas, estrategias y medidas internacionales se fueron sistematizando a través de un detallado listado de obligaciones relativas al registro, evaluación y comunicación de determinadas operaciones que eran ejecutadas con dinero en efectivo. De esta manera se exigía una posición proactiva que debería ejercer el sector de la intermediación financiera, con sus gestores y operarios, para la detección y control oportunos de los flujos de dinero de origen ilícito que intentaran mezclarse con el mercado de capitales.

⁹⁸ (Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Independencia Funcional, Corrupción y Personas Expuestas Políticamente: Nuevas Opciones Preventivas, en Independencia Judicial visión y Perspectivas. Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia. Lima. 2007, p. 215 y ss.)

⁹⁹ (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Lavado de Dinero como Delito Internacional, en Revista de la Academia Diplomática del Perú Nº 47, 1997, p.129 y ss.)

Luego, a partir de la Convención de Viena todas estas medidas se han ido generalizando y se han convertido en útiles políticas de prevención del lavado de activos, las cuales se han internalizado y difundido a través de distintos organismos públicos y privados¹⁰⁰. Y ellas constituyen, hoy en día, el marco de referencia esencial a partir del cual se han definido y consolidado los estándares internacionales de prevención del lavado de activos, tanto en el ámbito de las operaciones de intermediación financiera, así como en los que corresponden a otras áreas no financieras pero también vulnerables de la actividad económica.

En la actualidad, pues, la influencia de tales lineamientos y recomendaciones es sumamente visible y determinante en la generalidad de los planes y programas regionales o nacionales que se han diseñado en los últimos diez años, para prevenir y controlar el lavado de activos. Por ejemplo, en el caso del Perú, el Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (2011), permite reconocer y traslucir esa influencia a través de sus objetivos y acciones centrales de prevención: *“El componente preventivo representa la primera barrera en la lucha contra el LA/FT. El mismo apunta a proteger al sector financiero y no financiero de ser utilizados para fines delictivos y a reducir la ocurrencia de hechos de LA/FT. Dichos objetivos se concretan a través de diversos controles implementados por el Estado y los particulares, tales como: la ratificación de convenciones internacionales, la sanción de la normativa de base <<que tipifica los delitos, determina la lista de sujetos obligados, establece las obligaciones primarias, etc.), la regulación de la misma, el desarrollo y la implementación de políticas, procedimientos y controles internos por parte de los sujetos obligados, y el ejercicio de la capacidad supervisora y sancionatoria a nivel administrativo”*¹⁰¹.

Entre las principales políticas y estrategias internacionales de prevención del lavado de activos destacan como expresión de sus orígenes, evolución y desarrollo a las siguientes:

A. Conozca a su Cliente

Por esta política los bancos y los demás sectores vulnerables deben seleccionar e identificar a sus clientes en base al conocimiento de su moralidad comercial, sus actividades económicas y su perfil financiero. Pero también de sus principales antecedentes personales como lugar de procedencia, vínculos familiares o, incluso, registros penales. En la medida que se dé cumplimiento estricto a este principio y se conozca la fuente real de los ingresos de los clientes potenciales o activos, de los productos bancarios que manejan, de sus nexos con terceros, y del tipo de transacciones que realizan, será más fácil la detección de transacciones que resulten sospechosas. Esta política debe aplicarse tanto a operaciones pasivas como activas. Como afirma LAMAS PUCCIO: *“El contenido de la política denominada conozca a su cliente, consiste usualmente en la puesta en práctica de una serie de procedimientos previos y requeridos para la apropiada identificación de cada cliente en el momento en que abre una cuenta o inicia o mantiene una relación con el banco o la institución financiera, para los fines de prevenir las denominadas cuentas ficticias u otras actividades de fachada. El principal objetivo de esta política, es predecir con relativa certeza los tipos de transacciones que realizan cada uno de sus clientes, sobre los cuales se sospecha o presume tienen por finalidad legitimar o blanquear capitales de procedencia ilícita”*¹⁰².

100 (Cfr. André Cuisset. La Experiencia Francesa en la Movilización Internacional en la Lucha Contra el Lavado de Dinero. Ob. Cit. p. 69 y ss.)

101 (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo I. Introducción y Conceptos Básicos. Lima. Mayo 2011. Sección B, numeral 29 a)

102 (Cfr. Luis Lamas Puccio. Transacciones Financieras Sospechosas. Ob. Cit., p. 65)

B. Conocimiento del Mercado

Las empresas del Sistema Financiero diseñan sus productos y servicios para satisfacer necesidades de los diferentes segmentos del sistema financiero, Por tanto, deben conocer los perfiles financieros de sus clientes, sus áreas de desempeño comercial, sus relaciones empresariales afines, lo que incluye predominantemente sus transacciones usuales. Este conocimiento permitirá efectuar comparaciones de las transacciones de clientes con perfiles financieros, comerciales o empresariales similares y detectar, de ser el caso, alguna transacción inusual o sospechosa. Igual práctica deben observar, en el área de su competencia y negocios, los otros sectores no financieros que pueden ser también afectados por prácticas de lavado de activos.

C. Conocimiento del Personal

Las empresas financieras y no financieras deben tener pleno conocimiento de su personal gerencial y operativo. Ello involucra una revisión y evaluación periódica de sus antecedentes personales, laborales, patrimoniales, así como de su condición social, capacidad económica o desempeño profesional. De esa manera se podrán prevenir, detectar y sancionar oportunamente conductas disfuncionales o corruptas que de algún modo puedan facilitar el uso de las entidades financieras y no financieras como herramientas para el lavado de activos. Como denuncia HERNANDEZ QUINTERO: *“Otro procedimiento utilizado es corromper a funcionarios de entidades financieras para que no reporten a sus propias auditorías o a las entidades de vigilancia y control estas operaciones, absteniéndose de exigir el llenado de los formularios respectivos a los usuarios y en el peor de los casos, consignando datos falsos”*¹⁰³.

D. Capacitación Permanente en Medidas contra el lavado de Activos

Las empresas deben diseñar programas de capacitación que con carácter permanente ilustren a sus empleados y funcionarios sobre las operaciones de lavado de activos, sus modalidades más frecuentes, así como sobre sus obligaciones y responsabilidades en la prevención de tales actos. Las empresas deben, pues, sensibilizar a su personal y estimularles hacia un compromiso que rechacen tales prácticas ilícitas. La evolución de esta política ha encontrado un importante aliado táctico con el surgimiento de los programas de cumplimiento y la configuración de mapas de riesgos de lavado de activos, que también deben ser difundidos entre los integrantes de las empresas en tanto se incluyen sistemas internos de control y sanción de los trabajadores que se aparten funcionalmente de sus obligaciones preventivas¹⁰⁴.

E. Registro de Transacciones Inusuales

Las empresas deben ejercer rigurosamente una actitud vigilante en el servicio a sus clientes, a fin de preservar la confianza en el sistema financiero y en los demás sectores económicos donde ellas operan. Es menester, por tanto, que el volumen y movimiento de fondos de sus clientes guarden siempre relación con su perfil financiero, comercial o empresarial, debiéndose revisar con especial cuidado aquellas transacciones complejas, poco usuales o no convencionales o aquellas que no tengan un propósito económico visible y lógico. En este dominio son de suma utilidad los listados y difusión de las señales de alerta afines a cada sector económico¹⁰⁵.

103 (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El Lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.33)

104 (Cfr. Santiago Mir Puig-Mirentxu Corcoy Bidasolo-Víctor Gómez Martín. Directores. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Ob. Cit., p. 367 y ss.)

105 (Cfr. Marcia E. Rodríguez- Javier H. Villa. Guía Práctica para Analistas Financieros. UNODC. Lima. 2012 p. 71 y ss.)

F. Reporte de Transacciones Sospechosas

Las empresas, sus funcionarios y empleados deben informar a las autoridades competentes de las transacciones que evidencien indicios de poder estar conectadas con dinero y otra clase activos de origen criminal. Al respecto, pues, deben establecer procedimientos eficientes y eficaces para la detección y comunicación oportuna de tales transacciones sospechosas. En relación con estas dos últimas políticas se reitera la utilidad del diseño de un sistema de señales de alerta que permitan sospechar con buen criterio sobre la existencia de actos o tentativas de lavado de activos. Sin embargo, un sector de la doctrina cuestiona esta política por considerar que en su afán de eficacia confunde roles operativos al incluir a instituciones privadas en la denuncia de potenciales acciones de blanqueo de capitales. Esta tendencia crítica es expuesta por ALBRECHT en los siguientes términos: *“Las legislaciones más recientes en casi todas las latitudes han obligado a colaborar en la persecución penal al menos al sistema bancario, a efecto de satisfacer determinados criterios legales, generalmente norteamericanos. A esta categoría pertenecen no sólo las ya reconocidas obligaciones de identificación de los clientes desconocidos-que se establecen para las transacciones de un monto determinado- sino ante todo, el deber de dar aviso a las autoridades, o a determinadas instituciones de movimientos monetarios sospechosos. El fin que persigue el establecimiento del deber de aviso, es hacer el seguimiento y análisis del proceso de las actividades que tienen indicios de blanqueo. En este sentido el aviso de una transacción sospechosa representa un vehículo con el cual no sólo se implica obligatoriamente a los particulares en la persecución penal, sino que igualmente adquieren validez aquellos criterios que indican cómo se conforma el indicio de lavado. Estos criterios indicadores surgen esencialmente a través de generalizaciones, propias de ciertos países y grupos de prácticas monetarias que se caracterizan como factores que originan la sospecha de lavado”*¹⁰⁶. Pese a tales posiciones críticas, la obligación del reporte de transacciones sospechosas se ha generalizado en el entorno internacional y nacional. Ella se ha constituido en la actualidad, como señala HURTADO POZO, en *“el pilar del sistema”* preventivo¹⁰⁷. Es más, algunos sistemas jurídicos como el peruano criminalizan y reprimen la omisión del cumplimiento de estas obligaciones, como se observa en el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106 y que analizaremos posteriormente.

G. Constituir Órganos Internos de Supervisión y Control Preventivo

Las empresas deben constituir órganos especializados que dinamicen y actualicen los programas y prácticas de prevención del lavado de activos. Asimismo, estos órganos deben gozar de autonomía operativa para supervisar el cumplimiento de las políticas preventivas y el reporte oportuno de las transacciones sospechosas detectadas a las autoridades competentes. Uno de estos órganos es el Oficial o Agente de Cumplimiento. Sobre su perfil se precisa lo siguiente: *“El nivel y la jerarquía de este funcionario han de ser tales que le permitan tener acceso a todas las áreas de la entidad, así como contar con suficiente poder de decisión y autonomía, de manera que pueda determinar las medidas que se debe adoptar. Por las características propias del cargo este funcionario debe poseer las calidades morales, la probidad, la determinación, el carácter y el valor civil que le permitan ejercer su función”*¹⁰⁸. Además, en la última década se ha incorporado también al organigrama preventivo la figura del Analista de Riesgos, a quien corresponde evaluar y elaborar matrices que midan el grado de contingencias estructurales o funcionales, así como las vulnerabilidades potenciales que pueden ser aprovechadas para la realización de operaciones de lavado de activos en una empresa financiera o no

106 (Cfr. Hans-Jörg Albrecht. Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, ps.75 y 76)
107 (José Hurtado Pozo. Compendio de Derecho Penal Económico. Parte General. Curso Universitario. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2015, p.213)

108 (OEA-CICAD. Programa Hemisférico de Capacitación para la Prevención y Control del Lavado de Activos. ¿Qué es el Lavado de Activos? ¿Cómo Enfrentarlo?. Cartilla. Lima. 2000., p. 4-1)

financiera. La primera de las nuevas Recomendaciones (2012) del GAFI señala que *“Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo”*.

La trascendencia de estas medidas en los sistemas internos de prevención de cada país, se ha hecho más notoria en los últimos tres años. Por ejemplo, en el caso concreto del Perú, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP aprobó por Resolución SBS N° 2660- 2015 del 14 de mayo de 2015, el Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. El artículo 3° detalla los alcances preventivos de esta normatividad administrativa:

“Las empresas deben implementar un sistema de prevención del LA/FT con componentes de cumplimiento y de gestión de riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos.

El componente de cumplimiento se encuentra conformado por las políticas y procedimientos establecidos por las empresas en el marco de la ley, la Ley General en lo que corresponda, el Reglamento y demás disposiciones sobre la materia, así como las medidas establecidas por la empresa para garantizar el deber de reserva indeterminado de la información relacionada al sistema de prevención del LA/FT.

El componente de gestión de riesgos de LA/FT comprende, entre otros procedimientos y controles detallados en el Reglamento aquellos vinculados a la detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas, con la finalidad de evitar ser utilizadas con fines vinculados con el LA/FT”.

Por consiguiente, como advierte CASTRO MILANÉS, actualmente, *“toda empresa debe tipificar sus riesgos, pues un riesgo no tipificado ni medido es un problema de control Interno”*¹⁰⁹. En tal sentido, el diagnóstico integral y la adecuada gestión de riesgos que corresponde implementar a los órganos estratégicos de las empresas, son también componentes esenciales para evaluar la relevancia penal de los programas de cumplimiento, sobre todo para medir una eventual responsabilidad penal y punibilidad concreta que pueda alcanzar a tales personas jurídicas si resultan afectadas por operaciones de lavado de activos. Como distingue GARCÍA CAVERO: *“El carácter defectuoso de un sistema de cumplimiento normativo no se prueba con la sola realización de un delito en el marco de la actividad empresarial. Tal situación sólo se podrá afirmar a partir de un análisis concreto de las medidas implementadas en el criminal compliance”*¹¹⁰.

H. Existencia de una Unidad de Inteligencia Financiera

Conforme al artículo 13° del Reglamento Modelo de la CICAD- OEA, *“cada Estado miembro creará o designará un organismo central, cuyo cometido será recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes los informes referidos a las transacciones financieras a que se refiere este Reglamento, cuando las mismas involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilícitud”*. Se trata, pues, de un organismo oficial cuyas funciones principales pasan por la recepción y el análisis de los reportes de transacciones sospechosas; así como por el control y promoción de los programas nacionales de prevención del lavado de activos. La existencia de la UIF quedó así definitivamente ligada con la obligación de reportar transacciones sospechosas-como antesala de una posible denuncia penal de tales operaciones- y con la supervisión técnica del cumplimiento de las demás medidas y obligaciones de prevención. Al respecto desde finales del siglo anterior ha sido frecuente encontrar siempre en los documentos oficiales, expresas referencias a su utilidad y competencias específicas: *“Universalmente se ha considerado indispensable que la aplicación de una norma que establezca el deber de informar transacciones sospechosas, se encuentre acompañada*

¹⁰⁹ (Heiromy Castro Milanés. La Investigación Financiera en Casos de Lavado de Activos. AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005, p. 260)

¹¹⁰ (Percy García Caverro. Criminal Compliance. Ob. Cit., p.102-103)

con la existencia de un organismo filtro, con facultades para receptor, analizar y transformar los datos recibidos en información de utilidad para las autoridades judiciales competentes” (Cfr. Presidencia de la Nación. Legitimación de Activos Provenientes de Ilícitos. SE.DRO.NAR. Buenos Aires, 1998, p.37) ¹¹¹.

En el Perú la Unidad de Inteligencia Financiera pese a su corta existencia, se ha constituido en un órgano determinante para el desarrollo y supervisión de los programas preventivos del lavado de activos. Es el artículo 3°, inciso 5 de la Ley 27693, modificado por la Primera Disposición Complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo 1106, el que le asigna la función y competencia de *“Comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectivos, se presume que están vinculadas a actividades de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley”*. Sin embargo, como lo denunciaron reiteradamente sus directivos, la eficacia operativa de este organismo resultaba afectada por limitaciones constitucionales y legales que le impedían acceder directamente al levantamiento del secreto bancario o a las declaraciones tributarias de las personas que aparecían comprometidas con un reporte de transacciones sospechosas. Tal restricción ha sido superada con las reformas introducidas el año 2016 en la Ley 27693 por el Decreto Legislativo 1249. En efecto con la adición del artículo 3-A en la ley citada la UIF-Perú puede ahora solicitar judicialmente el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

I. Promover la Autorregulación

Esta política implica la intervención directa y oficiosa de las entidades bancarias, empresariales y comerciales vulnerables, en la configuración de sistemas preventivos de operaciones de lavado de activos, al interior de sus respectivas corporaciones y actividades. Nuevamente se coloca en línea transversal el esfuerzo interno que deben desplegar las empresas financieras o no financieras de activar *criminal compliance* o metodologías similares de prevención. Un desarrollo de esta política se ha expresa, pues, en la elaboración o actualización permanentes de los reglamentos internos, códigos de ética institucionales y manuales de orientación sobre buenas prácticas bancarias y acuerdos interbancarios sobre implementación de programas comunes de prevención del lavado de activos. Al respecto, uno de los primeros productos en esta materia que se aplicó, por ejemplo, en el Perú, fue un Manual de Procedimientos de Prevención contra el Lavado de Dinero que redactó y difundió la Asociación de Bancos del Perú-ASBANC. Este documento establecía lo siguiente: *“La prevención de esta actividad ilícita -lavado de dinero- se da a partir de los tópicos tratados en este manual, los mismos que requieren ser complementados con normas de política y actuación internas de cada banco, dado que éstas últimas dependen de las condiciones particulares de cada banco: tecnologías, esquemas operativos, etc. Por lo tanto, estas sólo podrán ser desarrolladas en forma individual y particular”* ¹¹².

Posteriormente, se fueron elaborando y aprobando otros manuales y normas, buscando responder a las características particulares de los demás sectores en riesgo de operaciones de lavado de activos. Ese fue el caso de las *“Normas para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo Aplicables a los Agentes de Aduana y Dueños, Consignatarios o Consignantes Autorizados para Operar como Despachadores de Aduana”* ¹¹³. El artículo 3° de este dispositivo legal definía con meridiana precisión la función y utilidad preventivas de sus normas: *“El sistema de prevención del LA/FT tiene por finalidad permitir a los sujetos obligados gestionar sus riesgos de LA/FT, mediante la identificación, evaluación, control, mitigación y monitoreo de aquellos riesgos a los que se encuentran expuestos. La gestión de riesgos comprenderá, entre otros procedimientos y controles detallados en la presente norma, aquellos vinculados a la detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas”*.

¹¹¹ (Cfr. Presidencia de la Nación. Legitimación de Activos Provenientes de Ilícitos. SE.DRO.NAR. Buenos Aires, 1998, p.37)

¹¹² (Cfr. OEA – CICAD. Programa Hemisférico de Capacitación para la Prevención y Control del Lavado de Activos. Normas y Acuerdos Interbancarios. Lima, 2000, p.25)

¹¹³ (Aprobado por Resolución SBS N° 2249-2013 del 5 de abril de 2013)

Y, en mayo de 2015, se aprobó por **Resolución SBS N° 2660-2015**, el Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. En su artículo 3° se dispuso lo siguiente: *“Las empresas deben implementar un sistema de prevención de LA/FT con componentes de cumplimiento y de gestión de riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos”*

A partir, pues, de todas estas políticas de prevención del lavado de activos surgen obligaciones de cumplimiento imperativo para los empleados y funcionarios de los sectores vulnerables financieros y no financieros. Entre tales deberes preventivos adquieren especial importancia aquellos vinculados con el examen de las operaciones inusuales y el reporte de las transacciones u operaciones sospechosas. Al extremo que, como ya se ha indicado, su mero incumplimiento puede motivar en algunos sistemas jurídicos de la región, responsabilidades directas de carácter penal.

Ahora bien, en conexión con todas estas políticas y medidas preventivas se sitúan también otros instrumentos tácticos como el mapeo de los *“puntos vulnerables o calientes”*. Esto es, el señalamiento dentro de la geografía empresarial, de los espacios por donde necesariamente deberán transitar las operaciones de lavado de activos que se pretendan ejecutar en los sectores de riesgo financieros y no financieros. Resulta, por tanto, pertinente que sea en estos espacios y operaciones donde se concentren los programas, estrategias y técnicas de prevención con la finalidad de detectar e identificar oportunamente operaciones inusuales o sospechosas. Por ejemplo, en referencia a la intermediación financiera, los especialistas así como la experiencia criminalística acumulada identifican tres puntos tradicionales de vulnerabilidad y que son los siguientes:

- a. El punto de entrada de dinero metálico en los bancos (depósitos).
- b. Los flujos internacionales de dinero en metálico de un banco a otro (transferencias).
- c. Las transferencias de dinero metálico dentro o desde el propio sistema bancario (giros, etc.).

De igual utilidad y relevancia preventiva son las *“señales de alerta”*. Ellas representan una casuística básica de operaciones frecuentes de lavado de activos por cada sector de riesgo. Igualmente, ha sido la experiencia práctica que han acumulado los organismos especializados en el quehacer concreto de la prevención y control del lavado de activos, la que les ha permitido identificar aquellas situaciones y conductas anómalas detrás de las cuales, de modo potencial o latente, se puede estar iniciando o encubriendo un proceso de lavado de activos de origen ilegal. Y, en función de ellas, construir tipologías de alerta temprana que permitan que ante la presencia material de tales actos en la realización de las rutinas propias de los negocios u operaciones vulnerables las empresas y sus gestores u operarios estén en condiciones de calificarlos cuando menos como **inusuales**. Entre las más caracterizadas y frecuentes señales de alerta destacan las siguientes:

- a. Que la actividad del cliente no sea congruente con sus negocios habituales
- b. Que se aprecien características inusuales en las actividades realizadas.
- c. Intentos de incumplir con los requisitos de información o evadir el diligenciamiento de los formatos de registro y control.
- d. Actividades inusuales o irregulares en las transferencias de fondos.
- e. Que el cliente proporcione información insuficiente, falsa o sospechosa.
- f. Cuando el comportamiento funcional o personal de los empleados y funcionarios deviene en inusual con relación a su nivel operativo o evidencien mejoras económicas repentinas y no justificadas.

A este nivel cabe, pues, exhortar a que las señales de alerta sean siempre configuradas en atención a las actividades propias y a las características particulares de cada sector vulnerable. Esto es, las

señales de alerta que se configuren en el sector de las casas de cambio tiene que ser, obviamente, muy diferentes de las que son consideradas por el sector inmobiliario, como ambas lo serán de las corresponden para la actividad notarial o de intermediación financiera. Es más de la existencia de señales de alerta ad hoc para cada sector dependerá que sus funcionarios u operarios puedan entenderlas con facilidad, internalizarlas y cotejarlas oportunamente en sus tareas cotidianas. Se debe evitar, pues, el error de construir señales de alerta bajo el mismo patrón de aquellas propias de las señales de alerta para los notarios en el catálogo anexo a la Resolución SBS N° 5709-2012, y que mereció atinadas críticas del especialista GONZALES LOLI¹¹⁴. De allí que reiteremos la importancia de los listados sectoriales sobre señales de alerta elaborados por RODRIGUEZ y VILLA¹¹⁵.

Cabe señalar que el Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo del Perú, aprobado por Resolución SBS N° 2660-2015, del 14 de mayo de 2015, contiene una detallada *Guía de Señales de Alerta*¹¹⁶.

Un aspecto adicional en torno a las señales de alerta es su conexión con la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos. En efecto, para muchos ellas pueden llegar a adquirir la condición de **indicios contingentes** con capacidad probatoria indirecta de una operación de lavado de activos¹¹⁷. En este dominio cabe recordar que procesalmente los indicios *“son los hechos de los que se infiere de forma lógica la existencia de otros hechos. Se parte de un hecho indicador que debe estar probado, y a partir de ahí se deducirá un hecho indicado que debe ser probado. Como conclusión lógica de la interrelación de ambos hechos se podrá inferir una conclusión que constituye el indicio.*

Por ejemplo:

Hecho indicador: *El señor xx presenta un incremento patrimonial de \$YY.*

Hecho deducido: *El incremento patrimonial no se corresponde con las operaciones ordinarias del negocio y de su competencia.*

Conclusión: *El incremento patrimonial no está justificado*¹¹⁸.

Como bien advierte SAN MARTÍN CASTRO la prueba indiciaria *“no es un auténtico medio de prueba-cualquiera de estos puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal-, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que si lo tienen, así como la participación o responsabilidad en ellos”*¹¹⁹.

Es, pues, este espacio de hechos y probabilidades el que ha de permitir marcar en un caso concreto las semejanzas y diferencias entre las señales de alerta y los indicios de realización de un delito de lavado de activos. Efectivamente, la presencia plural, concurrente y compatible de varias señales de alerta, debidamente comprobadas, que aparecen vinculadas o derivadas a una modalidad o estructura de transacciones u operaciones financieras o no financieras de naturaleza inusual, pueden en un plano de lógica inferencia apuntar a la ejecución probable de un delito de lavado de activos o de su potencial autor.

¹¹⁴ (Jorge Luis Gonzáles Loli. La Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo y la Formalización Notarial. La Ley N°56. Setiembre de 2012. Publicación del Grupo Gaceta Jurídica, p.15)

¹¹⁵ (Cfr. Marcia E. Rodríguez- Javier H. Villa. Guía Práctica para Analistas Financieros. UNODC. Lima. 2012. p. 74 y ss.)

¹¹⁶ (Cfr. Anexo N° 5)

¹¹⁷ (Cfr. Luis Iamas Puccio. La prueba indiciaria en el Delito de Lavado de Activos. Instituto Pacífico. Lima. 2017, p. 171 y ss)

¹¹⁸ (Heiromy Castro Milanés. La Investigación Financiera en Casos de Lavado de Activos. AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005, p. 229)

¹¹⁹ (César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP-CENALES. Lima. 2015, p. 600)

Por tanto, las señales de alerta también pueden servir para la construcción e identificación de indicios contingentes, que, luego, permitan producir, en base a ellos, la prueba indiciaria de la comisión de delitos de lavado de activos en un proceso penal. Especialmente, la presencia de señales de alerta será relevante para imputar, por ejemplo, el conocimiento del origen ilícito de los activos que se ven involucrados en las operaciones inusuales o sospechosas. Es más, el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 lo autoriza expresamente: *“El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”*.

Y la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia también reconoce implícitamente esta capacidad indiciaria de las señales de alerta. Así, por ejemplo, el fundamento jurídico 33° del Acuerdo Plenario N° 3-2010-116, dedicado al delito de lavado de activos, destacó que *“En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa....Desde luego no es posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito”*.

También este Acuerdo Plenario, siguiendo modelos hispánicos, aporta en su fundamento jurídico N° 34 una amplia tipología de indicios que se construyen, justamente, a partir de la verificación de señales de alerta como el incremento repentino del patrimonio; los movimientos inusuales con elevadas cantidades de dinero; la inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen las altas ganancias obtenidas o las cuantiosas transmisiones dinerarias efectuadas; la ausencia de una explicación razonable sobre las adquisiciones y el destino que tendrían las mismas, así como sobre las operaciones anómalas reportadas; la conexión del cliente con actividades delictivas previas o con personas o grupos vinculados con ellas¹²⁰.

VIII. Los deberes especiales de prevención y diligencia

La normatividad preventiva del lavado de activos compromete directamente la intervención de los empleados y funcionarios de las unidades del sistema de intermediación financiera así como de los demás sectores vulnerables. En concreto se demanda de aquellos la plena observancia y cumplimiento de cinco deberes esenciales para la eficacia de los programas y acciones de prevención. Tales deberes con los siguientes:

A. El deber de identificar debidamente a los clientes

Es una obligación que conlleva acciones de registro y verificación sobre los datos de identidad del cliente, sobre sus principales actividades, sus conexiones internacionales y todo aquello que permita construir su perfil personal, comercial y financiero. Tal como lo ha especificado tradicionalmente la doctrina especializada *“Todo ello requiere conocer no sólo la identidad, sino también otra serie de datos relativos al cliente. Si bien la entidad puede estar al corriente de los antecedentes operativos*

¹²⁰ (Cfr. literales A,B,C,D y E)

*de un cliente, para conocer su actividad ha de proceder bien a solicitar informaciones adicionales del cliente mediante la práctica de preguntas relativas a la misma, o bien a llevar a cabo por sí misma investigaciones adicionales*¹²¹.

El deber de examinar diligentemente las operaciones que realizan los clientes. Esta exigencia operativa demanda que se busque compatibilizar las operaciones o negocios que el banco o las demás empresas vulnerables realizan con sus clientes, con el marco legal vigente, con los antecedentes operativos de aquéllos y con los requisitos y controles de prevención del lavado de activos. En ese contexto, es pertinente definir *“criterios generales de análisis de las operaciones realizadas con el banco, en concordancia con los dispositivos legales, a fin de determinar la coherencia de las mismas con la actividad del cliente”*¹²². Este deber se potencia operativamente cuando los clientes son personas expuestas políticamente. Al respecto es oportuno recordar lo dispuesto por la Recomendación 12 del GAFI:

“Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a las personas expuestas políticamente (PEP) extranjeras (ya sea un cliente o beneficiario final), además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente, que:

1. *cuenten con sistemas apropiados de gestión de riesgo para determinar si el cliente o el beneficiario final es una persona expuesta políticamente;*
2. *obtenga la aprobación de la alta gerencia para establecer (o continuar, en el caso de los clientes existentes) dichas relaciones comerciales;*
3. *tomen medidas razonables para establecer la fuente de riqueza y la fuente de los fondos;*
4. *lleven a cabo un monitoreo continuo intensificado de la relación comercial. Debe exigirse a las instituciones financieras que tomen medidas razonables para determinar si un cliente o beneficiario final es una PEP local o una persona que tiene o a quien se le ha confiado una función prominente en una organización internacional. En los casos de una relación comercial de mayor riesgo con dichas personas, debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen las medidas a las que se hace referencia en los párrafos (b), (c) y (d). Los requisitos para todos los tipos de PEP deben aplicarse también a los miembros de la familia o asociados cercanos de dichas PEP”.*

B. El deber de comunicar las transacciones sospechosas que sean detectadas

Como se ha expresado anteriormente el deber de comunicación sintetiza y desarrolla el principio de cooperación de las instituciones financieras y de sus directivos y empleados en la prevención del lavado de activos. Se trata de una acción que los bancos y sectores vulnerables, así como sus funcionarios y empleados deben ejecutar por propia iniciativa, cada vez que en su actividad detecten o identifiquen indicios razonables de conexión de una operación bancaria o negocio comercial con capitales de procedencia ilícita. Para este cometido la ley concede un amplio arbitrio a tales operadores para reconocer los indicios que cimienten la sospecha de prácticas de lavado en una transacción inicialmente inusual. Esta obligación, por tanto, demanda una destreza especial y el uso del buen criterio para evitar distorsiones o abusos. Por consiguiente, *“la obligación de información descrita de una manera tan general sólo puede ser eficaz cuando el concreto empleado*

121 (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Editorial Comares. Granada. 1999, p. 85)

122 (Cfr. OEA – CICAD. Programa Hemisférico de Capacitación para la Prevención y Control del Lavado de Activos. Normas y Acuerdos Interbancarios. Lima. 2000, p. 27)

*de banca está suficientemente formado y conoce las prácticas del blanqueo. Además, esta obligación exige a las instituciones financieras que presten una especial atención a cualquier hecho extraordinario*¹²³.

C. El deber de informar los datos que le sean solicitados por las autoridades competentes.

Este deber que impone el suministro de cualquier información que sea requerida por las autoridades competentes, involucra, en principio, una obligación general que alcanza a diferentes aspectos ligados a las operaciones, registros, controles etc. Sin embargo, también aparece ligado a dicho deber una dimensión específica y ordinaria que corresponde al registro de todas las operaciones que se realicen con dinero en efectivo y que alcancen determinado monto, generalmente US \$ 10,000 dólares americanos. Para muchos sujetos obligados este deber de registrar e informar operaciones dinerarias no es muy práctica y complica la actividad normal de los sectores financieros y no financieros involucrados, a la vez que tiende a saturar de documentación no siempre relevante para las autoridades de control preventivo del lavado de activos. No obstante, la obligación de brindar información se hace más trascendente cuando ella es requerida en el marco de investigaciones por delitos de lavado de activos, de allí que su incumplimiento en algunos sistemas jurídicos puede conllevar sanciones penales. Ese es el caso de la legislación peruana donde el artículo 6° del Decreto Legislativo 1106 considera delito el rehusarse a brindar la información requerida por la autoridad competente, retardar su suministro, o brindar la información de manera inexacta o con datos falsos.

D. El deber de abstenerse de ejercitar una operación sospechosa no comunicada

Esta obligación guarda relación con el supuesto al que la doctrina denomina una transacción sospechosa rota. Como lo destacó BLANCO CORDERO, la versión original de la Recomendación 19^a del GAFI de 1990, aconsejaba *“que, en caso de que se alberguen sospechas sobre la vinculación de una operación con el blanqueo, y no exista la obligación de comunicar a las autoridades, se ha de romper la relación de negocios con el cliente”*¹²⁴.

E. El deber de guardar secreto sobre los informes y reportes que se hayan realizado sobre un cliente

Se trata de una obligación de confidencialidad a la que quedan sujetos todos los empleados y funcionarios de banca y otras actividades no financieras vulnerables, que se relacionen con la detección y reporte de una transacción sospechosa a las autoridades competentes. El objetivo de esta disposición no es otro que evitar que el cliente comprometido con la operación cuestionada pueda ser advertido de las investigaciones que se adelanten como consecuencia del reporte realizado y trate de obstruir o debilitar su efectividad. En ese sentido sostiene LAMAS PUCCIO: *“Considerando la trascendencia e importancia que tiene la información que disponen las entidades financieras y de crédito en la prevención del blanqueo de capitales, como es obvio, estas no pueden comunicar a sus clientes o usuarios de que se trate, o a cualquier persona que no esté autorizada, que se ha transmitido información a las autoridades con arreglo a las disposiciones pertinentes, o que se está llevando a cabo una investigación sobre lavado de dinero”*¹²⁵. En relación con ello en la Recomendación 21^a del GAFI, se precisa actualmente lo siguiente:

123 (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p.59)

124 (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 109-110)

125 (Cfr. Luis Lamas Puccio. Transacciones Financieras Sospechosas. Ob. Cit., p.85)

“Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben:

1. *Estar protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si estos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aun cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal ocurrió o no;*
2. *Tener prohibido por la ley delatar (“tipping-off”) el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de transacción sospechosa (RTS) o información relacionada”.*

También guardan conexión con los deberes preventivos que deben observar los sujetos obligados, así como sus empleados y funcionarios, otras recomendaciones que formula el GAFI en su listado de estándares internacionales para el combate del lavado de dinero . En especial son de tener en cuenta las siguientes obligaciones contenidas en la Recomendación 10^a. sobre debida diligencia del cliente-DDC :

1. Identificación del cliente y verificación de la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes.
2. Identificación del beneficiario real y toma de medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario real, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que sabe quién es el beneficiario real. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y control del cliente.
3. Entender, y como corresponda obtener información, sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial.
4. Realizar una debida diligencia continua sobre la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen se correspondan con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos.

En el apartado D sobre Medidas Preventivas, las recomendaciones actuales del GAFI, también incluyen obligaciones especiales en torno a riesgos potenciales derivados de las prácticas, productos y negocios de la intermediación financiera moderna, como los relativos a la banca corresponsal, a los servicios de transferencia de dinero o valores, a las nuevas tecnologías y a las transferencias electrónicas¹²⁶.

Cabe recordar que según los casos y su relevancia para posibilitar o frustrar una operación probable de lavado de activos, el incumplimiento de estas obligaciones preventivas puede acarrear responsabilidades administrativas o penales para los empleados o funcionario involucrados. De otro lado, es importante destacar que en la actualidad las políticas, estrategias, medidas y obligaciones de prevención del lavado de activos comprenden también a determinados profesionales como los abogados, contadores o notarios. Por ejemplo, la legislación peruana sobre la materia compromete a 36 sectores, financieros y no financieros, con el cumplimiento de las obligaciones mencionadas. Y, especialmente, con el deber de reportar transacciones u operaciones sospechosas¹²⁷. Cabe destacar que en estas disposiciones se suele incluir también un detallado listado de señales de alerta que ayudan a la identificación de transacciones inusuales.

¹²⁶ (Cfr. Recomendaciones 12^a. A 16^a.)

¹²⁷ (Cfr. Artículo 11^o de la Ley 27693)

La necesidad, pues, de extender las obligaciones y medidas preventivas a otras actividades económicas o profesionales susceptibles de verse contaminadas con prácticas de lavado de activos, ha sido plenamente asumida por el derecho interno de la Estados. Por lo demás, en nuestra Región el artículo 22° del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA ya lo había demandado en los términos siguientes: *“La autoridad competente podrá extender la aplicación de las disposiciones relacionadas con las instituciones financieras contenidas en este Reglamento, que resulten pertinentes, a las personas que realicen actividades económicas tales como:*

- 1. La venta o traspaso de bienes raíces, armas, metales preciosos, objetos de arte, objetos arqueológicos, joyas, automóviles, barcos, aviones u otros bienes coleccionables; y la prestación de servicios relacionados con los viajes o el entretenimiento;*
- 2. Los juegos de azar y operaciones relacionadas a las mismas;*
- 3. La prestación de toda clase de servicios profesionales incluyendo los notariales y contables;*
- 4. Seguros, reaseguros y su corretaje;*
- 5. Inversiones y fondos de inversión;*
- 6. Las relacionadas con la comercialización internacional de bienes, servicios y transferencia de tecnología y la movilización de capitales;*
- 7. El financiamiento de organizaciones no lucrativas o no gubernamentales; o*
- 8. Cualquier actividad comercial que debido a la naturaleza de sus operaciones pudiera ser utilizada para fines relacionados con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”.*

La asimilación de las normas y deberes preventivos en la legislación nacional de los países ha sido paulatina, hasta alcanzar en el presente una simetría adecuada a los estándares internacionales. No obstante, su implementación operativa está todavía en proceso, lo cual afecta sus indicadores de eficiencia y eficacia. Esto último, suele ser detectado y observado en las rondas de evaluación mutua que son aplicadas periódicamente por el sistema regional del GAFISUD, el cual ha cuestionado de modo reiterado que las medidas preventivas sólo se aplican efectivamente en las instituciones financieras pero son aún flexibilizadas e incluso disfuncionales en los otros sectores no financieros.

Cabe añadir que estos indicadores negativos se potencian también en contextos emergentes e informales.

IX. La omisión de reporte de transacciones sospechosas

A. Objeto de la criminalización y de la tutela penal

Como ya se ha referido, desde la Convención de Viena de 1988 los sectores vulnerables a la realización de operaciones de lavado de activos, han sido involucrados como actores directos de la implementación de estrategias y programas de prevención internacionales contra esta clase de delitos.

Posteriormente, otros instrumentos normativos más especializados como las Recomendaciones del GAFI o el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, no sólo les han ratificado en dicho rol; sino que, también, les han asignado competencias concretas que partiendo de medidas de autorregulación y capacitación contra el lavado de activos, involucran, además, obligaciones de información e interdicción sobre toda transacción u operación que represente un riesgo potencial de acciones encubiertas de colocación, intercalación o integración de capitales de origen ilícito.

Por ejemplo, en el texto original de la Recomendación 14ª del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI se hacía referencia expresa a tales deberes en los términos siguientes: *“Las instituciones financieras deben prestar especial atención a todas las transacciones complejas, insólitas o significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales, que no tengan un propósito económico o legal evidente. En la medida de lo posible deben examinarse los antecedentes y el objeto de dichas transacciones, consignando las conclusiones por escrito, y poniendo estas a disposición como ayuda para los supervisores, los auditores y los organismos de aplicación de la ley”*.

Por su parte, en el citado documento regional de la CICAD-OEA se incorporaron también disposiciones similares en el artículo 20º, inciso 3. Y, luego, las nuevas Recomendaciones del GAFI de 2012, han mantenido la vigencia de las mismas obligaciones demandando, además, la necesidad de darles una configuración legal. En efecto, en la Recomendación 20ª se dispone lo siguiente: *“Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son el producto de una actividad delictiva, o están relacionados con la financiación del terrorismo, se le debe exigir, por ley, a que informen rápidamente de sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)”*.

En lo concreto, pues, se exige de los sectores vulnerables la práctica continua y diligente de actos de colaboración con las agencias estatales del sistema de prevención y control del lavado de activos.

Ello los convierte en sujetos obligados que deben cumplir con tales acciones de cooperación, sobre todo por la posición privilegiada que ocupan para el control operativo o para el bloqueo diligente de operaciones dirigidas a la legitimación de activos de origen ilícito o dudoso.

Uno de esos ámbitos de cooperación, tal vez el más delicado y trascendente, corresponde a la identificación y reporte de las transacciones u operaciones sospechosas.

Y, como también ya se ha mencionado, una de las principales obligaciones que surgen de las políticas internacionales sobre esta materia, es aquella vinculada con el control y la observación atenta de todas las operaciones y transacciones que se ejecutan en los sectores comerciales, financieros, o de servicios, a los cuales se considera potenciales circuitos para el lavado de activos.

La finalidad de todo ello no es otra que posibilitar la detección y la comunicación oportuna a las autoridades competentes, de aquellas operaciones o transacciones sospechosas de estar materializando actos de legitimación de capitales ilícitos. Con esta demanda y finalidad se fomenta, pues, la decisiva e indispensable interacción preventiva entre los empleados y funcionarios de los sectores vulnerables al lavado de activos, con las autoridades que tienen a su cargo la persecución, investigación y sanción penal de dicho delito. Se construye esa doble vía de prevención y control a la que alude con razón ASMAT COELLO: *“La política criminal internacional en materia de lavado de activos se ha ido centrado cada vez más en medidas de carácter preventivo y en la persecución del patrimonio de las organizaciones criminales, optando por la puesta en práctica de fórmulas de*

*acción coordinadas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador a través de la llamada doble vía de punición; involucrando al mismo tiempo, cada vez más, a sujetos o entidades privadas, especialmente del sector financiero*¹²⁸.

Se trata, entonces, de deberes especiales que demandan la actitud comprometida de todos los que pueden, en primera línea, neutralizar los intentos del crimen organizado por legitimar sus ingresos ilegales, mezclándolos con actividades económicas y financieras lícitas. Pero, además, estas obligaciones comprenden también el desarrollo de acciones concretas para vigilar, registrar y reportar las operaciones que creen fundadas sospechas de estar conexas con dinero ilegal.

El objetivo funcional de todo ello es evitar, en lo posible, que este tipo de transacciones logren ejecutarse o desplazarse hacia otros segmentos accesibles del mismo sector vulnerable. Como demanda DEL PONTE. *“Sin ninguna duda, en caso de sospecha suficiente de lavado, la actitud correcta es la comunicación. Si no, la interrupción del mandato y la entrega de los bienes inculcados a su tenedor hace prácticamente imposible su descubrimiento y confiscación*¹²⁹. En consecuencia, pues, el cumplimiento de esta obligación preventiva opera como el bien jurídico tutelado. El cual por su naturaleza eminentemente formal y operativa, responde perfectamente a las características propias de los delitos periféricos de mera desobediencia. Por tanto, algunos autores como ASMAT COELLO destacan que *“El objeto de tutela penal se relaciona exclusivamente con el ordenamiento regulador de medidas preventivas contra el lavado de activos, siendo este sistema normativo el que desposeen la obligación de reporte y el que va ser defraudado por el agente*¹³⁰.

De allí, pues, que sea correcto que la doctrina penal asimile a estos sectores, empleados y funcionarios a la condición equivalente de verdaderos garantes de los bienes jurídicos involucrados, así como del sistema contra el lavado de activos y de su efectividad preventiva. Sobre esto último afirmaba con precisión BLANCO CORDERO: *“Estas personas están legalmente obligadas a comunicar tales operaciones para evitar que se lleve a cabo un delito de blanqueo de capitales. Si los empleados o directivos infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión de los delitos de blanqueo de capitales que se produzcan. Se produce una identidad estructural desde perspectivas normativo-material configuración y eficacia de los programas de es entre la omisión del deber de comunicación y la realización activa del tipo. A las personas obligadas les corresponde el dominio sobre el riesgo típico de que se introduzcan en la economía legal los bienes de origen delictivo*¹³¹. Algo similar ocurre actualmente al debatir el caso de los órganos de gestión de personas jurídicas, en relación con los efectos penales del traslado de obligaciones preventivas del lavado de activos, hacia el órgano directivo responsable de la constatación y eficacia de los programas de cumplimiento¹³². Al respecto destaca DOPICO GÓMEZ-ALLER, luego de evaluar las tendencias europeas, la relevancia de los modos y alcances específicos de la delegación e incumplimiento de deberes específicos ligados a la prevención de delitos: *“Pues bien, también las personas con responsabilidades en la prevención y detección de delitos ostentan deberes en la medida en que los asumen del empresario. Y serán deberes de garante en la medida en que lo fuesen los del empresario*¹³³.

128 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. En Kai Ambos y Otros-Coordinadores. Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado. Jurista Editores. Lima. 2015, p. 407)

129 (Carla Del Ponte. Crimen Organizado y Lavado de Dinero. Narcotráfico, Política y Corrupción. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 173)

130 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 426)

131 (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales. Editorial COMARES. Granada 1999. p. 132)

132 (Compliance Officer)

133 (Cfr. Jacobo Dopico Gómez- Aller. Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción del Deber de Control: Una Aproximación Tópica. Santiago Mir Puig y Otros. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de Prevención, Detección y Reacción Penal. Ob. Cit. p. 345 y ss.)

B. Los modelos normativos

La importancia del rol de garante que se aplica a los sectores obligados ha determinado que varios sistemas jurídicos hayan decidido criminalizar o conminar los actos de incumplimiento con sanciones penales o administrativas. En ese contexto, en la actualidad podemos identificar hasta cuatro modelos normativos orientados a regular la relevancia y el tratamiento penal que correspondería aplicar a tales conductas omisivas. Veamos:

Para un primer modelo, las conductas omisivas del reporte o de la aplicación de controles contra el lavado de activos deben estar criminalizadas y sancionadas de manera especial y autónoma. Esto es, se debe configurar en torno a ellas un tipo penal de omisión propia. Ahora bien, cabe destacar que las legislaciones que adoptan este modelo mantienen notables diferencias en la construcción y alcances de sus tipos penales. Ello se advierte al comparar las normas respectivas de Colombia¹³⁴, Suiza¹³⁵ o Perú¹³⁶.

Un segundo modelo, rechaza la configuración de tipos penales particulares y opta por tratar a la omisión del reporte de transacciones sospechosas como un delito de lavado de activos realizable por omisión impropia. Es decir, conecta la práctica omisiva con los resultados de los tipos penales de conversión, transferencia u ocultamiento. En relación con ello se detectan dos situaciones: a) que el agente se limite a omitir la comunicación y de esa manera posibilite el ocultamiento de la acción lavadora; o b) que además de la omisión del reporte, el propio agente ejecute la transacción sospechosa de conversión o transferencia. Entre los países que han acogido esta modalidad reguladora se encuentra España¹³⁷.

El tercer modelo aplica un régimen legislativo que renuncia a la calificación penal de la omisión de reporte, considerándola únicamente como una infracción administrativa, susceptible de sanciones de igual naturaleza. Esta tendencia legislativa fue asumida por el Brasil¹³⁸ y también por Alemania¹³⁹. Algunos autores como HERNÁNDEZ QUINTERO consideran que esta última modalidad reguladora debe ser la que prevalezca: *“Insistimos en nuestra propuesta de que toda omisión de control relacionada con el punible de lavado de activos, sea juzgada por vía del Derecho Administrativo Sancionador y no por el Derecho Penal, siempre y cuando esa omisión no forme parte del plan delictual para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, caso en el que sus responsables deben ser investigados como coautores de un delito de lavado de activos o como cómplices del mismo”*¹⁴⁰.

En igual dirección ASMAT COELLO señala que *“La mera desobediencia a las obligaciones impuestas por el sistema administrativo de prevención del lavado de activos que no constituyen verdaderas operaciones de lavado de activos, son conductas que carecen de relevancia penal y constituyen a lo mucho infracciones administrativas que deben ser controladas y sancionadas en este ámbito”*¹⁴¹.

Y un cuarto modelo opta por la irrelevancia penal y administrativa de la omisión de reporte. Adopta esta tendencia Costa Rica. En efecto, su sistema normativo sólo sanciona administrativamente la no implementación de procedimientos que viabilicen la comunicación de transacciones sospechosas a las autoridades competentes¹⁴².

134 (Cfr. Artículos 325º y 325º A del Código Penal)

135 (Cfr. Artículo 305º ter del Código Penal)

136 (Cfr. Artículo 5º del Decreto Legislativo 1106)

137 (Cfr. Artículo 301º del Código Penal)

138 (Cfr. Artículo 12º de la Ley 9.613)

139 (Cfr. Artículo 17 I. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero-GwG del 13 de octubre de 2008)

140 (Hernando A. Hernández Quintero. Lavado de Activos: Características Generales y su Tipificación Penal en Colombia. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, p.235)

141 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 441)

142 (Cfr. Artículos 25º y 81º.b.2 de la Ley 7786, modificados por la Ley 8719 del 4 de marzo de 2009)

C. El caso peruano

La necesidad de promover y motivar una actitud decidida contra el lavado de activos, entre los sectores vulnerables a estas prácticas ilícitas y sus operadores, también ha tenido repercusiones directas sobre la legislación peruana. Es así que en torno a aquellos se ha ido configurando paulatinamente un conjunto de obligaciones y sanciones específicas, dirigidas a comprometer su colaboración diligente y proactiva en la prevención de esta clase de delitos.

Sin embargo, en la legislación peruana la consolidación formal de tales disposiciones preventivas fue en alguna medida tardía, al extremo que recién se concretó el año 2002 con la promulgación de dos leyes vinculadas con la problemática administrativa y penal del lavado de activos.

La primera de estas normas fue la Ley 27693, la cual definió las obligaciones de prevención, registro y reporte que debían cumplir los sectores vulnerables a operaciones de lavado de activos. Además, esta Ley colocó como autoridad supervisora de la observancia práctica de tales obligaciones a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú e incorporó, al interior de la estructura organizativa de los sujetos obligados, un órgano interno de apoyo especializado al que denominó Oficial de Cumplimiento.

La segunda Ley fue la 27765 o Ley Penal contra el Lavado de Activos, que estaba dedicada a la tipificación y represión de los delitos. Entre estos últimos figuraba como notable novedad la criminalización inédita de la omisión de reporte de transacciones y operaciones sospechosas (Artículo 4º).

Sobre la eficacia de estas normas es importante destacar que con el devenir de los años, la colaboración de los sujetos obligados, pero sobre todo del sistema de intermediación financiera, con las políticas y acciones contra el lavado de activos, ha adquirido una relativa efectividad práctica. En efecto, según lo evidencian diferentes estudios empíricos, realizados por organizaciones nacionales y extranjeras, un importante porcentaje de las operaciones de lavado de activos que han sido descubiertas en el país, deben su detección a los oportunos reportes y comunicaciones que se hicieron desde los bancos y otras empresas no financieras hacia las autoridades de control. Por ejemplo, sólo entre setiembre de 2003 y diciembre de 2005, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú había recibido 964 reportes de operaciones sospechosas, lo cual ya mostraba la trascendencia y utilidad de estos actos de colaboración¹⁴³. Sin embargo, en la actualidad el volumen de reportes se ha incrementado notablemente. Así, por ejemplo, la UIF-Perú informó que entre enero de 2007 y diciembre de 2015 se llegó a recibir un total acumulado de 31 312 reportes de operaciones sospechosas (ROS).

Sobre esa cifra se ha establecido también que *“la mayor participación por tipo de sujeto obligado está representada por los Bancos con un 39% y las Empresas de Transferencia de Fondos con 16 %”*¹⁴⁴. A mayo de 2017 esa se incrementó a 45 191 correspondiendo un 20% de los reportes presentados al Notariado Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística. Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Enero de 2007 a Mayo de 2017, p.4). Al respecto, OSCAR RIVERA, de la Asociación de Bancos del Perú-ASBANC, ya había destacado el 2012 esta tendencia participativa de los sectores obligados del modo siguiente: *“Como instituciones financieras reafirmamos nuestro compromiso irrestricto frente a las autoridades reguladoras y supervisoras, quienes constituyen la sólida base sobre la que se sostienen los sistemas de control y prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”*¹⁴⁵.

143 (Cfr. Datos citados en el Diario Oficial El Peruano. Edición del 2 de enero de 2006, p.3)

144 (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Información Estadística. Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Enero de 2007 a Diciembre de 2015, p.4)

145 (Oscar Rivera. Contra el Lavado de Activos. Diario Gestión. Edición del 1 de junio de 2012, p. 12)

No obstante, es todavía limitada la intervención de otros sectores vulnerables no financieros en el reporte de transacciones u operaciones sospechosas como el sector inmobiliario o los abogados. Al parecer, ello se debe a que estos sectores se encuentran aun atravesando procesos de adecuación de su regulación interna, así como de configuración de procedimientos especiales para el reporte o de familiarización técnica de sus operadores con las prácticas contra el lavado de activos. Por tanto, es de esperar que la línea de reportes desde sectores no financieros se fortalezca aún más en el futuro, sobre todo desde aquellas áreas objetivamente críticas en la actual economía emergente e informal peruana, como lo son la construcción inmobiliaria o la pequeña y mediana minería y que hasta hoy resultan sensiblemente deficitarias o ausentes del conteo estadístico sobre aplicación de tales deberes preventivos. Por lo demás, resulta evidente que en estos sectores se ha detectado últimamente un inusitado desarrollo de inversiones y beneficios económicos, cada vez más complejo e intenso, lo que los coloca como nuevos espacios expuestos a riesgos de transacciones u operaciones sospechosas de lavado de activos. Sobre todo porque como bien lo exponen los expertos, en definitiva *“el interés por detectar y ubicar esta clase de transacciones se sustenta no sólo en la posibilidad de identificar a las personas y empresas que esconden fondos y activos de procedencia dudosa, sino de neutralizar las fuentes de financiamiento con que necesita operar la delincuencia y el crimen organizado”*¹⁴⁶.

Hasta inicios del Siglo XXI la omisión del reporte de operaciones o transacciones sospechosas no constituía delito en el Perú. Dicha conducta sólo constituía una infracción administrativa en el sector de la intermediación financiera y que era sancionada conforme a las competencias de la Superintendencia de Banca y Seguros¹⁴⁷.

Por tanto, en aquel entonces, la advertencia formulada por el artículo 379º, inciso 3 de la Ley Nº 26702, en el sentido de que *“incurren en responsabilidad penal los empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados de empresas del sistema financiero que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 375º¹⁴⁸ y 378º¹⁴⁹, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos”* resultaba, en principio, inocua. En todo caso, tales incumplimientos sólo podían dar lugar a la configuración de delitos de falsedad documental¹⁵⁰ o de omisión de denuncia¹⁵¹. Cabe reconocer que la actitud neutral de la política criminal peruana de aquella época fue adecuada y prudente. Sobre todo, por lo aún novedoso que resultaban para su realidad social y legal, las normas y obligaciones de reporte estatuidas por la legislación bancaria e internacional. Por tanto, era aceptable y conveniente la decisión del legislador peruano de conceder a tales omisiones sólo el rango de una grave infracción administrativa. Posición normativa que también fue asumida en ese periodo por otros sistemas jurídicos de la región como el brasileño.

En consecuencia los primeros antecedentes formales del delito de omisión de reporte de transacciones sospechosas en el Perú, se remontan al artículo 4º de la Ley 27765 promulgada el año 2002. En dicha disposición legal se incluyó un tipo penal autónomo para reprimir de manera específica la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. Ello fue, sin lugar a dudas, un importante avance en la legislación latinoamericana contra el lavado de activos.

146 (Cfr. Luis Lamas Puccio. Inteligencia Financiera y Operaciones Sospechosas, en Jurídica Nº 235. Suplemento de Análisis Legal diario “El Peruano”. Edición del 27 de enero de 2009, p.6)

147 (Cfr. Resolución Nº 310-98 SBS, Nº 22)

148 (identificación de clientes y mantenimiento de registros)

149 (comunicación de transacciones sospechosas)

150 (Cfr. Artículos 427º y 428º del Código Penal)

151 (Cfr. Artículo 407º del Código Penal)

Especialmente porque esta clase de delitos respondía a los estándares de criminalización propuestos en diferentes instrumentos regionales. Por ejemplo, el artículo 20º, inciso 3º del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y que establecía lo siguiente: *“Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8º y 16º a 19º¹⁵² del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados Artículos”*. Pero además, porque aplicaba una nueva estrategia para consolidar las políticas preventivas contra el lavado de activos en la región. En efecto, en el derecho penal latinoamericano de la época no coexistía una disposición legal similar a la peruana. Únicamente en Colombia el artículo 247º B del Código Penal, reprimía una modalidad de omisión de control pero de proyección muy limitada y circunscrita a la inaplicación de procedimientos de supervisión sobre operaciones con moneda en efectivo, previstos en los artículos 103º y 104º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de aquel país¹⁵³.

En el derecho europeo sólo la legislación sobre la materia de Eslovenia desde 1994 regulaba una disposición más amplia que la peruana en su artículo 27º, pero considerando únicamente penas pecuniarias: *“Se castigará con una multa de, al menos, 1.000.000 de tolar a la persona física o jurídica que, en el desempeño de actividades independientes,*

- omita identificar al cliente que pretende promover una transacción, abra una cuenta o establezca una relación comercial permanente.
- omita suministrar a la Oficina [para la prevención del Blanqueo de Dinero] los datos requeridos dentro del tiempo prescrito.
- no mantenga los oportunos registros”

Modificaciones posteriores en el artículo 4º de la Ley 27765, como la introducida por el Decreto Legislativo 986, del 21 de julio de 2007, sólo incrementaron los límites de la penalidad conminada. De modo que su texto legal quedó redactado de la manera siguiente: *“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36º del Código Penal”*

En la legislación peruana vigente en la actualidad, corresponde al artículo 5º del Decreto Legislativo 1106, del 18 de abril de 2012, la tipificación y sanción penal de delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas. La descripción típica contenida en esta disposición es la siguiente:

“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal.

¹⁵² (Comunicación de transacciones financieras sospechosas)

¹⁵³ (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El Lavado de Activos. Ob. Cit., p.105 y ss.)

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”. Cabe señalar que las reformas introducidas en el articulado del Decreto Legislativo 1106, por el Decreto Legislativo 1249 del 25 de noviembre de 2016, no afectaron la redacción de la norma citada.

Como se puede inferir, el tipo penal ha conservado, en gran medida, la misma redacción y sanción que introdujeron las reformas ocurridas con el Decreto Legislativo 986. Claro está, con la notoria diferencia que supone la inclusión en el segundo párrafo del artículo 5º de una modalidad culposa del delito omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas. Esta última no muy bien recibida por la doctrina especializada que la considera un exceso de criminalización.

Por ejemplo, se ha señalado al respecto: *“La modalidad culposa del delito de operaciones y transacciones sospechosas, al igual que el tipo imprudente de blanqueo de capitales del CP español parece responder a un utilitarismo contrario a las garantías propias de un Estado democrático de derecho. Estos delitos no pretenden sancionar a quien opera con unos bienes cuyo origen delictivo no comunicó, debiendo hacerlo; o no conoció, debiendo haberlo hecho. Estos delitos pretenden garantizar el castigo del sospechoso respecto del cual no se pudo demostrar la preexistencia del conocimiento por deficiencias a nivel procesal”*¹⁵⁴. Hay graves errores en esta observación y que es pertinente esclarecer. En primer lugar, se trata de un delito periférico y formal al lavado de activos no de un delito propio de blanqueo de capitales. Luego, su objetivo de punibilidad no es reprimir a un lavador sino a un sujeto obligado a comunicar operaciones sospechosas de ejercitar prácticas de lavado que por falta de diligencia o exceso de confianza, incumple de modo negligente esa obligación. Tercero, no hay ningún problema procesal implícito en la decisión criminalizadora al extremo que ella no se proyecta hacia terceros sino exclusivamente sobre los sujetos obligados. Por último, la hipótesis normativa regulada en el artículo 5º del párrafo segundo del Decreto Legislativo 1106, no tiene ninguna conexión de origen o desarrollo con el derecho español de la materia por lo que resulta inapropiado trasladar los conflictos hermenéuticos de este sistema legal para tratar de entender o fijar límites a la disposición peruana.

Ahora bien, el objeto específico de la tutela penal en el contexto típico del artículo 5º del Decreto Legislativo 1106, queda representado, exclusivamente, por la validación del régimen legal u ordenamiento regulador de las medidas preventivas contra el lavado de activos. Y, especialmente, de aquellas que disponen la obligación del reporte de transacciones u operaciones sospechosas.

Es este sistema normativo el que va a ser defraudado por el agente, a quien se le coloca en la posición funcional de garante de su eficacia como bien se puede inferir del párrafo inicial del artículo 11º de la Ley 27693 : *“Los sujetos obligados a comunicar e informar deben prestar especial atención a las transacciones sospechosas e inusuales realizadas o que se hayan intentado realizar para cuyo efecto la UIF puede proporcionar cada cierto tiempo información o criterios adicionales a los que señale la presente Ley y su Reglamento”*.

Es más, para fortalecer tal posición de los sujetos obligados y, por tanto, el pleno cumplimiento del deber preventivo que les impone marco legal, la legislación también les otorga un sólido blindaje, siempre que con buen criterio ejerciten su obligación de reportar las transacciones u operaciones sospechosas que en su actividad detecten. En efecto, en el artículo 13º de la ley citada

¹⁵⁴ (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 426).

se dispone expresamente: *“Los sujetos obligados por la presente Ley, sus trabajadores, directores y otras representantes autorizados por la legislación, están exentos de responsabilidad penal, legal o administrativa, según corresponda, por el cumplimiento de esta Ley o por la revelación de información cuya restricción está establecida por contrato o emane de cualquier otra disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, cualquiera sea el resultado de la comunicación, esta disposición es extensiva a todos los miembros de la UIF, que actúen en cumplimiento de sus funciones”*. El componente antijurídico de la omisión del reporte queda, pues, con estas disposiciones, claramente identificado.

No son, por tanto, aceptables otras adscripciones a bienes jurídicos distintos como la *“funcionalidad de la Administración Pública”*¹⁵⁵. Esta inusual propuesta adolece de notables inconsistencias e incoherencias normativas. Por ejemplo, en los delitos funcionariales contra la administración pública regulados en el Código Penal peruano¹⁵⁶ se afecta el ejercicio de una posición de deber que es propia de quien es funcionario público y no el marco regulador específico de obligaciones preventivas y de autorregulación como las que corresponden al lavado de activos. Pero, además, en el caso de delitos cometidos por terceros contra la administración pública, estos deben obstruir o frustrar las prácticas funcionales de quienes tienen tal posición representativa del Estado¹⁵⁷.

Finalmente, el artículo 425° no otorga ni extiende ninguna posición funcional, ni expresa ni implícitamente, a los sujetos obligados a reportar transacciones sospechosas registrados por la Ley 27693¹⁵⁸, no siendo, por tanto, aplicables a ellos ninguna de las categorías señaladas por dicha disposición del Código Penal. Menos puede aceptarse la postura que considera que la omisión de comunicación de transacciones u operaciones sospechosas sólo acarrea consecuencias administrativas en el Perú. Simplemente porque esta afirmación de un sector minoritario de la doctrina no encuentra respaldo en la legislación vigente que contempla incluso penas conjuntas para tales casos¹⁵⁹.

También otro sector de la doctrina ha demandado que para otorgar mayor solidez y legitimación a la criminalización de estas omisiones, sean dolosas o culposas, se requiere evaluar mejor, caso por caso, su potencial eficacia lesiva. En tal sentido, se ha sugerido aplicar sobre tales supuestos la siguiente interpretación: *“(…) hay que exigir para la configuración del tipo penal que las operaciones o transacciones sospechosas no comunicadas constituyan realmente conductas de lavado de activos, de manera que se vincule la omisión del obligado a comunicar con el bien jurídico penalmente protegido”*¹⁶⁰.

Si bien esta propuesta hermenéutica resulta interesante, su concreción práctica afectaría la condición de delito periférico y de mera desobediencia que se le concede con fines preventivos a la omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en la legislación peruana desde la vigencia de la Ley 27765.

A continuación haremos un breve análisis dogmático, para explicar los principales contenidos y alcances del delito de omisión de reporte de transacciones sospechosas en la legislación penal peruana.

Como ya se ha mencionado, el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106 tiene una estructura interna que comprende modalidades de omisión dolosa y culposa, por lo que nuestra evaluación revisará por separado ambas opciones típicas.

155 (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2009, p. 150)

156 (Cfr. Artículos 376° a 424°)

157 (Cfr. Artículos 361° a 375°)

158 (Cfr. Artículo 8°)

159 (Cfr. José Antonio Caro John. Los Abogados Ante el Lavado de Activos: Recepción de Honorarios Sucios y Deber de Confidencialidad. Kai Ambos y Otros -Coordinadores. Lavado de Activos y Compliance. Ob. Cit, p. 237)

160 (Cfr. Percy García Caverro. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.520)

D. Delito de omisión dolosa

1. Tipicidad objetiva

En primer lugar, debemos señalar que el párrafo primero del artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 tipifica un delito de omisión pura o de propia omisión. Su texto legal es el siguiente:

“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”.

Como bien lo ha señalado la doctrina penal peruana, en esta clase de delitos *“la omisión es la no ejecución de un comportamiento que debe ejecutarse”*¹⁶¹. De allí que no resulta compatible con esta caracterización típica, la confusa explicación que formulaba al respecto ROLANDO RAMÍREZ al comentar una disposición equivalente a la prevista en el artículo que analizamos, pero que estaba contenida en el artículo 4º de la Ley 27765. Según la autora citada: *“en esta figura penal, el actor realiza el delito infringiendo una norma prohibitiva de manera omisiva. Es decir el actor comete el acto <<omitiendo>>, dejar de hacer aquello que ciertamente impediría el resultado”*. Al parecer esta confusa interpretación responde a que se asocia al delito que analizamos con una estructura típica de omisión impropia o comisión por omisión¹⁶². Por tanto, ella no es asimilable al modo como ha sido redactado el tipo penal del delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en la legislación vigente. Sin embargo, resulta muy útil la explicación ofrecida por ASMAT COELLO al distinguir las formas materiales que puede tener la omisión del reporte: *“A pesar de que el tipo penal está formulado como un comportamiento omisivo, se trata de un incumplimiento de un deber de comunicar, incumplimiento que empíricamente puede realizarse tanto por el medio de una acción comisiva como por medio de una acción omisiva. Así, si el obligado a comunicar no informa nada a la UIF, habrá omitido, y si informa de forma inexacta o imprecisa, habrá actuado, pero igualmente incumplido con el deber de comunicar la existencia de una operación sospechosa”*¹⁶³.

En segundo lugar, es pertinente precisar que se trata de un delito de omisión especial propio. Esto significa que el sujeto activo sólo puede serlo quien por sus competencias funcionales o profesionales se encuentra obligado legalmente a reportar operaciones o transacciones sospechosas. Se trata, pues, de una omisión que expresa también una infracción de deber. Para algunos comentaristas el autor del delito sólo puede serlo el oficial de cumplimiento en tanto a él compete administrativamente dirigirse a la Unidad de Inteligencia Financiera reportando la transacción sospechosa¹⁶⁴. No avalamos esta restrictiva lectura del tipo penal. El reporte no debe entenderse como la notificación formal de un suceso, sino, que debe abarcar también las distintas etapas de producción del suceso. Esto es, el hallazgo o detección de la operación desde sus momentos iniciales. Por tanto, el delito también involucra a quien al detectar la operación que ante él se ejecuta y con buen criterio calificarla de sospechosa omite dar cuenta de la misma al oficial de cumplimiento (si lo hubiera) o a quien haga orgánicamente sus veces. Por lo demás, el obligado no es el funcionario sino el sector al que él pertenece.

161 (Cfr. José Hurtado Pozo-Victor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 4ª. Edición. IDEMSA. Lima, p. 36)

162 (Cfr. Rosa Mercedes Rolando Ramírez. Lavado de Activos en el Perú y a Nivel Mundial. LEJ. Lima. 2005, p. 245- 246)

163 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 430)

164 (Cfr. Ídem, p. 428)

Es de precisar también que la calidad especial del agente no está categorizada en el propio tipo penal. Razón por la cual cabe considerar al artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 como una norma penal en blanco. Por consiguiente, tal como corresponde a esta clase de tipos penales, el injusto que en él se regula deberá concretarse mediante un acto de integración con una norma legal extrapenal. Sólo a partir de esta interacción normativa será posible identificar quienes pueden tener la condición potencial de autor y sujeto activo del delito. Y para el caso que analizamos la norma integradora es en lo esencial el artículo 3º de la Ley 29038 que incorporó a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. modificado por el Decreto Legislativo 1249. Es en esta disposición donde actualmente están identificados los sectores comprometidos como sujetos obligados con la aplicación de las medidas de prevención del lavado de activos, sobre todo la de emitir reportes de transacciones sospechosas (ROS) a través de su respectivo oficial de cumplimiento. La norma citada amplió la condición de sujetos obligados de 32 a 36 sectores, por lo que, según los casos, serán sus funcionarios u operarios competentes los que asumirán la condición potencial de sujetos activos del delito.

Se trata, pues, de un largo listado que involucra, a los siguientes sectores y actividades:

- Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y demás comprendidas en los artículos 16º y 17º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y los corredores de seguros.
- Las Empresas emisoras de tarjetas de crédito.
- Las cooperativas de ahorro y crédito.
- Las empresas que se dedican a la compraventa de divisas.
- Las empresas que se dedican al servicio postal de remesas y/o giro postal.
- Las empresas de préstamos y/o empeño.
- Los administradores de bienes, empresas y consorcios.
- Las sociedades agentes de bolsa, sociedades agentes de productos y sociedades intermediarias de valores.
- Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión y fondos colectivos.
- La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores.
- La Bolsa de Productos.
- Las empresas o personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
- Las empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción y/o la actividad inmobiliaria.
- Los agentes inmobiliarios.
- Las empresas que se dedican a la explotación de juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas, y/o juegos a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- Las empresas que se dedican a la explotación de apuestas deportivas a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- Las empresas que se dedican a la explotación de juegos de lotería y similares.
- Los hipódromos y sus agencias.
- Las agencias de aduana.
- Los notarios.
- Las empresas mineras.

- Las empresas que se dedican al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de artes y sellos postales.
- Los laboratorios y empresas que producen y/o comercializan insumos químicos y bienes fiscalizados.
- Las empresas que distribuyen, transportan y/o comercializan insumos químicos que pueden ser utilizados en la minería ilegal, bajo control y fiscalización de la SUNAT.
- Las empresas que se dedican a la comercialización de las maquinarias y equipos que se encuentran comprendidos en las Subpartidas nacionales N°84.29, N°85.02 y N°87.01 de la Clasificación Arancelaria Nacional.
- Las empresas que se dedican a la compraventa o importaciones de armas y municiones.
- Las empresas que se dedican a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos.
- Las empresas que se dedican a la financiación colectiva o participativa y que operan a través de plataformas virtuales.
- Los abogados y contadores públicos colegiados. Y también aquellas personas naturales o jurídicas dedicadas a:
- El comercio de antigüedades.
- Las organizaciones sin fines de lucro que recauden, transfieran y desembolsen fondos, recursos u otros activos para fines o propósitos caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos, sociales, recreativos o solidarios o para la realización de otro tipo de acciones u obras altruistas o benéficas.
- Los gestores de intereses en la administración pública, según Ley N° 28024.
- Los Martilleros Públicos.
- Las procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito.
- Las agencias de viaje y turismo y los establecimientos de hospedaje.
- Las empresas del Estado, que por la actividad que realizan no se encuentran en la condición de sujetos obligados, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades Provinciales.

Cabe señalar que un sector obligado de características propias, es el que corresponde a las denominadas Actividades y Profesiones No Financieras Designadas. La Recomendación 22ª del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI (2012), en su literal d, pone especial atención en el caso de abogados, notarios y contadores cuando estos se dedican a realizar transacciones para sus clientes que involucran las siguientes actividades:

- Compra y venta de bienes raíces.
- Gestión de dinero, valores u otros activos del cliente.
- Gestión de cuentas bancarias, de ahorros o valores.
- Organización de contribuciones para la creación, operación o gestión de empresas.
- Creación, operación o gestión de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

En torno a estos profesionales la Recomendación 23ª también dispone expresamente en su literal a) lo siguiente: *“Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos y contadores independientes que reporten las transacciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o para su cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores incluyendo la auditoría”*. No obstante, la Nota Interpretativa de esta Recomendación también precisa que *“Los abogados,*

notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que actúan como profesionales jurídicos independientes, no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional o el privilegio profesional legal”.

Al respecto las reformas introducidas por el Decreto Legislativo 1249, también han incluido a abogados y contadores públicos colegiados que de manera independiente o en sociedad, realicen o se dispongan a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:

- Compra y venta de bienes inmuebles.
- Administración de dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.
- Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.
- Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.
- Compra y venta de acciones o participaciones sociales en personas jurídicas.

Es importante señalar que la información que deben reportar los abogados y contadores públicos colegiados no comprende aquella que se encuentra sujeta a secreto profesional¹⁶⁵.

En torno a estos aspectos es de mencionar también que en el derecho comparado y en la jurisprudencia extranjera, la actividad profesional de los abogados frente a las medidas preventivas y penales contra el lavado de activos ha sido discutida ampliamente. Sobre todo, al analizar los casos donde ella se aparta de su natural condición de conducta neutral o inocua, propia de los denominados *negocios estándar*. Esto es, cuando los actos de patrocinio o asesoría que brinda un abogado pasen a ser, más bien, instrumentos, coberturas, o parte integral del propio proceso ilegal del blanqueo de capitales. Lo cual ocurrirá siempre que tales acciones de ejercicio profesional aporten directa o indirectamente al aseguramiento doloso de capitales ilícitos para un tercero¹⁶⁶.

Ahora bien, sobre el tratamiento dado en Alemania a la problemática descrita TIEDEMANN ha puesto de relieve lo siguiente: *“El problema general de las acciones típicamente profesionales o socialmente adecuadas se encuentra en el art. 261 StGB con una constelación especial, la de los pertenecientes a profesiones libres –médicos, abogados, criminalistas, asesores financieros- que aceptan honorarios, que provienen (pueden provenir) de hechos previos en el sentido del art. 261, párrafo 1. El Tribunal Federal Constitucional (TFC) ha puesto fin a una prolongada discusión con diferentes vías de solución en el marco del art. 261, párrafo 2, N° 1, a través de un auto con fuerza de ley, fundado en el principio de proporcionalidad y el principio del abuso. De acuerdo con este criterio, los abogados defensores <<únicamente pueden ser castigados por este hecho en la medida en que hubieran tenido un conocimiento seguro de su procedencia en el momento de aceptación de sus honorarios>>. Esta solución apoyada en el artículo 12 de la Constitución alemana (GG), que nosotros hemos sostenido desde hace mucho para todas las profesiones de asesoramiento jurídico, excluye la aplicación del tipo imprudente¹⁶⁷ a los abogados defensores, en cuanto a que no están obligados a investigar las fuentes de ingresos legales o ilegales de sus clientes”¹⁶⁸.*

En el Perú, hasta ante de la promulgación del Decreto Legislativo 1249, la doctrina afirmaba con razón que el delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas no alcanzaba normativamente a los abogados¹⁶⁹.

¹⁶⁵ (por ejemplo la vinculada a una defensa penal)

¹⁶⁶ (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*. Grijley. Lima. 2007, p.159 y ss.)

¹⁶⁷ (art. 261, párrafo 5)

¹⁶⁸ (Klaus Tiedemann. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Grijley. Lima. 2012, p. 265)

¹⁶⁹ (Cfr. José Antonio Caro John. *Los Abogados Ante el Lavado de Activos: Recepción de Honorarios Sucios y Deber de Confidencialidad*. Ob. Cit. p. 237)

Sin embargo, en la actualidad ellos tienen ya una clara condición de sujetos obligados a reportar las transacciones u operaciones sospechosas que se produzcan en su ejercicio profesional. Por tanto, los casos de omisión de reporte imputables a los profesionales del derecho como a los contadores públicos poseen relevancia penal.

Pero, al margen de servirnos para precisar el perfil del autor del delito, la legislación extrapenal también es requerida para interpretar debidamente la naturaleza y calificación de las operaciones o transacciones que la ley involucra como objeto del reporte omitido. En efecto, el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106 tampoco da mayores pistas ni precisiones acerca de lo que implica calificar una transacción u operación financiera, comercial, empresarial o contractual como sospechosa.

Tales incógnitas o dudas requieren, pues, despejarse en base a lo regulado por la normatividad conexas o afin al objeto de criminalización, rol que cumplen en la legislación peruana la Ley 27693¹⁷⁰ y su Reglamento.

Según el artículo 11° de la ley citada se deben entender como transacciones u operaciones sospechosas: *“...aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente...”*.

Por su parte, el Reglamento en su artículo 11°.2 brinda también una definición similar en los siguientes términos: *“Constituye operación sospechosa aquella operación detectada como inusual y que, en base a la información con que cuenta el sujeto obligado de su cliente, lo lleve a presumir que los fondos utilizados en esa operación proceden de alguna actividad ilícita por carecer de fundamento económico o legal aparente”*.

Pero, además, también el párrafo in fine de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1106 aporta una noción explicativa de transacción u operación sospechosa, señalando que son aquellas *“cuya cuantía o características no guardan relación con la actividad económica de sus clientes...o por las características particulares de las mismas puedan conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando...para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiación”*. Igualmente, en el literal k), del artículo 2°. del Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aprobado por Resolución SBS N° 2660-2015, se localiza una noción similar en los siguientes términos: *“operación realizada o que se haya intentado realizar, cuya cuantía o características no guarda relación con la actividad económica del cliente o que no cuenta con fundamento económico o que, por su número, cantidades transadas o las características particulares de estas, puede conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando a la empresa para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiación”*.

En cuanto a la conducta criminalizada, cabe precisar que su condición omisiva la vincula a un mandato específico. Como explica la doctrina: *“Mediante la norma preceptiva implícita al tipo legal que prevé un delito de omisión se ordena la ejecución de un comportamiento determinado; por tanto, se tiene la obligación de actuar”*¹⁷¹. Se trata, pues, de la acción esperada o conducta ordenada que omite el agente. En el delito tipificado por el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106, ella queda referida a la comunicación de las operaciones o transacciones sospechosas detectadas a la autoridad competente. Es decir, por el reporte circunstanciado y oportuno de la detección o hallazgo de una actividad de características inusuales e inexplicables económicamente, que ejecuta un cliente del sujeto obligado de manera ocasional o frecuente¹⁷².

170 (modificada por la Ley 28306)

171 (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 38)

172 (situación típica generadora del deber)

Con relación a lo señalado hay tres aspectos que deben también precisarse. El primero, que la Autoridad Competente a quien se debe reportar la operación o transacción sospechosa es la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

El segundo, que conforme a la normatividad vigente, el plazo límite, generalmente admitido, para cumplir con el reporte es de 30 días calendarios y posteriores a la calificación de la transacción u operación como sospechosa. Y, el tercero, que el agente haya estado en absoluta capacidad de hacer el reporte exigido. Como bien se demanda en la literatura especializada, la posibilidad de realizar la acción esperada es siempre el límite de los delitos de omisión, pues *“nadie está obligado a hacer lo imposible”*¹⁷³.

Ahora bien, con relación al segundo de los aspectos citados, llama la atención la magnitud del plazo concedido para el reporte a los sujetos obligados y que en el contexto regional resulta ser muy extenso. En efecto, en otros sistemas jurídicos como el brasileño se llegó a fijar dicho plazo en 24 horas¹⁷⁴. Tal vez una opción más compatible con la eficacia de estas comunicaciones aconseja que el límite temporal para el reporte no exceda de cinco días calendarios.

Por lo demás, el delito se perfecciona con el incumplimiento del reporte dentro del plazo señalado por la Ley. Su triple condición de delito periférico de peligro abstracto y de mera desobediencia no requiere más. El tipo legal se ha limitado a describir un delito *“cuya realización consiste en el simple hecho de no cumplir la acción que el ordenamiento jurídico espera que sea ejecutada”*¹⁷⁵. Y, por tratarse de un delito de omisión propia, la tentativa no es configurable. Al respecto cabe recordar que *“Los delitos de omisión propia son similares a los delitos de pura actividad, en la medida en que su consumación no requiere la producción de un resultado”*¹⁷⁶.

2. Tipicidad subjetiva

El delito requiere dolo. El agente omite cumplir con el reporte de modo consciente. Esto es, él conoce de su condición funcional o profesional, así como de la presencia de una operación o transacción que ha detectado y calificado como sospechosa o de cuya detección ha tomado conocimiento, por lo que tiene el deber legal de reportar tal hallazgo a la UIF-Perú¹⁷⁷. Como bien anota VILLAVICENCIO TERREROS, en esta clase de delitos será suficiente para la tipicidad subjetiva *“que el sujeto tenga conciencia de la situación típica de la conducta que realiza, de su capacidad para actuar y de otras circunstancias típicas. Con ello se mantiene en vigencia su mandato a realizar una conducta ordenada”*¹⁷⁸. Por tanto, es evidente que la concurrencia de un error invencible sobre la situación generadora del deber hará atípica toda conducta omisiva del agente.

Es pertinente destacar que para la plena configuración del supuesto típico del artículo 5º, el dolo del sujeto activo se agota con la sola conciencia de la práctica omisiva del reporte. La ley no exige para la configuración de la tipicidad subjetiva de este delito periférico, elementos subjetivos especiales que aludan a fines específicos, como sí lo ha hecho en el caso de los delitos nucleares de lavado de activos contemplados en los artículos 1º, 2º y 3º¹⁷⁹. Es correcta, entonces, la conclusión de GARCÍA CAVERO

173 (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 38)

174 (Cfr. Lei Nº 9.613 del 3 de marzo de 1998, Art. 11.II)

175 (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 39; Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 429)

176 (Idem., p. 39)

177 (En términos muy similares Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 434)

178 (Cfr. Felipe Villavicencio T. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima.2006, p.659)

179 (“evitar la identificación de su origen”)

acerca de que: *“El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas se limita a los casos en los que el conocimiento del autor se reduce al carácter sospechoso de la transacción u operación que realiza”*¹⁸⁰. No resulta atinada en cambio la observación que formula ASMAT COELLO de que *“en el art. 5 del D. Leg. 1106 se sanciona el incumplimiento de un deber de comunicación sin ni siquiera tener en consideración si la información era relevante para la detección de una operación de lavado de activos”*¹⁸¹. Al respecto cabe reiterar que estamos ante un delito periférico de utilidad preventiva y focalizado en sujetos obligados legalmente. Y, además, que el acto del reporte se sustenta en una detección y calificación de la operación no sólo como inusual sino como eminentemente sospechosa. Para esto último se exige la aplicación de un estándar tan técnico como empírico y razonado denominado buen criterio. El cual implica la asociación de señales de alerta, aplicación de comprobaciones pertinentes y revisión de registros o antecedentes. Es más, la base de imputación y tratamiento procesal de estos delitos requerirá necesariamente reconstruir el hallazgo de acara a la aplicación del buen criterio. De modo, pues, que la ausencia de reporte de una transacción u operación que no alcance condición sospechosa en función a la aplicación del estándar aludido es irrelevante para el derecho penal.

Finalmente, es también importante diferenciar este supuesto omisivo de aquel otro donde el sujeto obligado, que ejerce posición de garante del sistema preventivo, omite la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas que ha detectado y calificado como tales, para, con ello, conscientemente viabilizar o facilitar una operación de lavado de activos cuya ejecución conoce o puede inferir que se está materializando. En este último supuesto, la conducta omisiva desplegada constituiría por sí misma un delito de lavado de activos. El cual, según las circunstancias del caso, sería susceptible de ser penado conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1106, como realización por omisión impropia de delitos de conversión o transferencia.

Sobre esta materia cabe precisar también que la omisión dolosa del reporte puede usualmente conllevar a la concreción inmediata de una operación de lavado de activos. Por tal razón, el sujeto obligado con el incumplimiento de la acción esperada estará afectando también el deber que tiene de abstenerse de viabilizar o ejecutar una transacción de condición sospechosa. Su posición, pues, como autor de un delito de lavado de activos quedara también en estos casos confirmada; e, incluso, podría también, según los casos, aplicarse la circunstancia agravante específica que contempla el primer inciso del artículo 4º del Decreto Legislativo 1106¹⁸². Merece atención especial el caso del Oficial de Cumplimiento, cuyas funciones reguladas en el inciso 10.2.1 del artículo 10º, de la Ley 27693, lo colocan como el intermediario legitimado del reporte, que conociendo de una operación detectada o advirtiendo su presencia al realizar un examen de control rutinario, omite, dolosamente, comunicarlo o frustrar la culminación de la misma, posibilitando, en ambos casos, que la operación se concrete. En estos supuestos, cabe también imputar a dicho órgano un delito de lavado de activos, también en la modalidad de omisión impropia o comisión por omisión.

Al parecer en torno a todos estos aspectos hay plena coincidencia en la literatura peruana, la cual ha abordado el tema bajo un claro influjo de la doctrina española. Por ejemplo, ASMAT COELLO al referirse a ellos ha señalado: *“Así, pues, cuando el sujeto obligado omite comunicar la detección de operaciones o transacciones sospechosas de lavado, conociendo el carácter ilícito de los activos que se pretenden blanquear facilita la configuración del lavado, no cabe duda que estamos frente a un verdadero delito de lavado de activos, que se sancionará de conformidad con los arts. 1, 2 o 3 del D. Leg. 1106”*¹⁸³.

180 (Cfr. Percy García Caverro. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Ob. Cit., p.520)

181 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 434-435)

182 (“El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil”)

183 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 422)

Cabe anotar, finalmente, que la presencia de un error de prohibición sobre la existencia de la obligación jurídica de comunicar el hallazgo de una transacción u operación sospechosa, o sobre la concurrencia de una justificante como la de guardar secreto sobre la actividad financiera del cliente, deben ser apreciados con arreglo a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 14º del Código Penal. Esto es, si el error fuere vencible se reducirá la pena y de ser invencible se excluirá la responsabilidad del agente.

E. Delito de omisión culposo

El Decreto Legislativo 1106 renunció a la incorporación de delitos culposos de lavado de activos. Se mantuvo, pues, al margen de la tendencia contemporánea de criminalizar en este dominio conductas imprudentes o negligentes.

Pese a algunos cuestionamientos de la doctrina, en torno a la ausencia de tipos penales imprudentes de lavado de activos en el derecho penal peruano, nos parece, de momento, sensata y prudente tal decisión político criminal¹⁸⁴.

En efecto, la actual realidad socioeconómica peruana, como se ha mencionado anteriormente, se sustenta aún en altas cuotas de informalidad y prácticas paralelas que deben ser, en principio, corregidas con políticas de inclusión y conciencia tributaria. Lamentablemente, los esfuerzos desplegados en este dominio son todavía insuficientes y mantienen todavía al margen de ellos a grandes sectores de la población económicamente activa. Por consiguiente una criminalización culposa repentina de actos de conversión, transferencia o tenencia de activos de origen ilícito, puede promover efectos perversos y no del todo compatibles con los objetivos de control de esta clase de delitos.

Por consiguiente, si el Estado peruano decide en el corto plazo sancionar modalidades culposas de lavado de activos, tal como lo exigen los actuales estándares internacionales, se debe comenzar selectivamente e incidiendo sólo en los sectores mejor informados y vulnerables.

En atención, pues, a tales razones, estimamos, de momento, atinada la opción seguida por la legislación penal peruana contra el lavado de activos, de incluir sólo un supuesto de delito culposo pero para los casos de omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas. Esto es, involucrando a sujetos obligados plenamente conscientes de las prácticas criminales del lavado de activos y comprometidos con deberes y procedimientos de prevención para los cuales están también adecuadamente capacitados.

Según la exposición de motivos del Anteproyecto de la Comisión de Expertos, que sirvió de fuente al Decreto Legislativo 1106, la incorporación de una modalidad culposa del delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas, fue concebida como una importante innovación en la legislación peruana contra el lavado de activos. Sobre todo porque el legislador consideraba *“necesario promover una mayor diligencia de los sujetos obligados en el control de sus operaciones y actividades, a fin de evitar que la negligencia o el exceso de confianza pueda asimilar operaciones que debieron ser calificadas como sospechosas y comunicadas a la autoridad competente”*

Principales características típicas: Tradicionalmente, como advierte VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en la legislación penal la criminalización de *“casos de culpa o imprudencia por omisión son muy restringidos”*¹⁸⁵. Sin embargo, esta presencia limitada y residual de los delitos de omisión culposa no

184 (Dino Carlos Caro Coria y Diana Marisela Asmat Coello, El Impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 en la Delimitación y Persecución del Delito de Lavado de Activos. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordiadores. Imputación y Sistema Penal. ARA Editores. Lima.2012 p.309 y ss.)

185 (Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. COMLIBROS. Medellín.2009, p. 696)

los hace menos importantes para el control de determinadas conductas como las que corresponden a la identificación, interdicción y comunicación de transacciones u operaciones sospechosas de estar activando procedimientos de lavado de activos.

Si bien los países que han optado por criminalizar de manera específica delitos de omisión de controles o de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, lo han hecho preferentemente a través de la configuración de estructuras típicas dolosas, en la actualidad también se detecta en el derecho extranjero una tendencia legislativa que estima pertinente incorporar fórmulas legales culposas para reprimir penalmente tales prácticas omisivas. Se argumenta a favor de esta opción normativa, la búsqueda de un objetivo político criminal de motivación preventiva, consistente en promover una actitud más atenta, diligente, decidida y oportuna entre los sujetos obligados, para el debido ejercicio de sus competencias contra el lavado de activos. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación de Costa Rica que ha optado por sancionar penalmente al *“propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras supervisadas, así como el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización que, por culpa en el ejercicio de sus funciones apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico”*¹⁸⁶.

Sin embargo, también se han formulado objeciones a la introducción de este tipo de disposiciones penales. Por ejemplo, se ha sostenido que ellas constituyen un exceso del legislador y una extensión desmedida del derecho penal. Al respecto ADRIASOLA ha afirmado lo siguiente: *“Esa expansión surge nitidamente en aquellas legislaciones que castigan el lavado incluso por negligencia o imprudencia.*

*En otras palabras, la tipicidad imprudente del lavado de activos es un refuerzo penal para sustentar el cumplimiento de obligaciones administrativas de contralor y denuncia que el modelo le impone a los sujetos privados....No es una política criminal aceptable y debe ser dogmáticamente rechazada”*¹⁸⁷.

Y, para otros especialistas, estas modalidades culposas pueden debilitar la operatividad y eficacia preventiva general de las fórmulas dolosas. Asimismo, esta clase de normas pueden complicar la actuación eficiente de las agencias de supervisión y control, al imponerles complejas exigencias de verificación técnica para dilucidar el proceder negligente del sujeto obligado, lo cual conlleva el riesgo de que se asimilen, con frecuencia, omisiones dolosas como expresiones límite de un obrar meramente culposo del sujeto activo del delito. Hacia finales del siglo pasado BLANCO CORDERO ya había advertido sobre esta clase de efectos perversos: *“Esto es especialmente importante desde el punto de vista de los empleados de banca, quienes desarrollan sus actividades en un punto de encuentro entre el circuito financiero ilegal y el legal. Estos podrían eludir sin problemas la responsabilidad por el blanqueo alegando su desconocimiento del origen delictivo de los bienes.”*¹⁸⁸.

En el Perú la preocupación legal por introducir sanciones punitivas para las omisiones culposas del reporte de transacciones u omisiones sospechosas, se reflejó, inicialmente, aunque de manera indirecta, en el Proyecto de Ley Nº 1084/2001 de octubre de 2001. En efecto, en el artículo 406º C de dicha propuesta legislativa se establecía lo siguiente: *“El que ejerciendo funciones de regulación, supervisión, vigilancia o control de cumplimiento dentro de organismos reguladores o empresas del sector financiero, de seguros o bursátil incurriera en negligencia o descuido inexcusable en aplicación de las reglas técnicas y acciones de control será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de 129 a 365 días-multa”.*

186 (Cfr. Artículo 73º de la Ley 7786)

187 (Gabriel Adriasola. El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una Autonomía Desmedida. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, ps. 26 y 27)

188 (Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Editorial Comares. Granada. 1999, p. 180)

Pero, al margen del antecedente citado, la legislación peruana fue rechazando sistemáticamente la adopción de estructuras culposas. Posición que, además, quedó evidenciada en la redacción del artículo 4° de la Ley 27765. Sin embargo, esta actitud cambió radicalmente desde los inicios del proceso de elaboración del Decreto Legislativo 1106. Es así que sin mayores reticencias este texto legal incorporó un tipo penal culposo de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en el párrafo segundo del artículo 5º con el siguiente tenor:

“La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”.

Esta actitud legislativa permitió advertir, como lo puso de relieve SALCEDO MACHADO, que *“la intensificación de la fuerza normativa de las disposiciones administrativas de prevención viene siendo traducida en sede penal”*¹⁸⁹.

Pero, además, resultó también compatible con lo dispuesto por la Primera de las Disposiciones Complementarias Finales del mismo Decreto Legislativo 1106. En ella se hacía un claro énfasis acerca de la necesidad de mejorar el control de las operaciones sospechosas: *“Las instituciones sometidas a control y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones se produzca el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de la minería ilegal, así como de cualquier otra actividad de crimen organizado o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.*

Los sujetos obligados establecidos a través de la Ley 27693 deberán reportar bajo responsabilidad de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Inteligencia Financiera cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación”.

Por tanto, actualmente en el derecho penal peruano es relevante y punible toda omisión culposa del reporte oportuno e idóneo de aquella clase de transacciones u operaciones sospechosas.

Ahora bien lo abierto del tipo culposo determina la pertinencia dogmática de marcar los modos posible de realizarlo. Lo que puede ocurrir de diferentes maneras, las cuales, sin embargo, siempre mostrarán al sujeto obligado obrando de manera negligente y sin tener en cuenta su competencia u oportunidad para el cumplimiento del deber legal que tiene frente al hallazgo de una transacción sospechosa que debe comunicar a la autoridad competente¹⁹⁰. Por ejemplo, cuando el sujeto obligado no estima prioritaria la realización del reporte y el plazo legal se vence sin que este tenga lugar; o cuando aquel por exceso de confianza delega en un tercero incompetente la comunicación

189 (Rocío del Pilar Salcedo Machado. La responsabilidad Penal de los Órganos de Gobierno de las Entidades Financieras en la Comisión del Tipo Base de Lavado de Activos. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37. Julio 2012, p. 147. Nota a pie de página 8)

190 (Unidad de Inteligencia Financiera del Perú)

que él debía hacer y esta no es formulada o se hace tardíamente; y, también, cuando el reporte que elaboró el sujeto obligado no es admitido por las autoridades, por la consignación indebida o incompleta de los datos requeridos o por una deficiente aplicación de los procedimientos formales de comunicación que se debían observar¹⁹¹. En todos estos supuestos, como lo destaca la doctrina especializada, resulta evidente que *“el autor no infringe el deber de cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de la acción ordenada”*¹⁹². Como bien apunta ASMAT COELLO: *“En el supuesto de omisión culposa, podría pensarse que el obligado a comunicar no conoce el carácter sospechoso de la operación en la que interviene, pero que debería haberlos conocido si hubiese seguido los parámetros administrativamente establecidos o los manuales de prevención incorporados a las organizaciones que pertenece. Sin embargo, dado que el tipo objetivo, es el mismo que se aplica para la omisión dolosa, también en la actuación culposa el agente debe haber detectado la operación sospechosa. Seguidamente, la culpa solamente podrá estar referida a la existencia de un sistema inapropiado para hacer llegar a la UIF los reportes de operaciones sospechosas”*¹⁹³.

Sin embargo, también es pertinente tener en cuenta la posición concreta del agente frente al deber de cuidado. Al respecto SALCEDO MACHADO señala con acierto lo siguiente: *“Consecuentemente, la determinación de la relevancia penal del incumplimiento de las obligaciones administrativas de prevención estará sujeta a la concurrencia de criterios claros: la existencia de un deber de cuidado basado en una concreta posición de garante, su capacidad para generar un riesgo no deseado y la producción de un resultado lesivo como consecuencia del incremento del riesgo ocasionado por el incumplimiento de los deberes de cuidado”*¹⁹⁴.

Se trata, pues, mayormente, de casos de culpa con representación donde el agente actúa sin tomar en cuenta los cuidados propios que corresponden a las circunstancias especiales en las cuales se materializará su conducta omisiva. Esto es, *“al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente muestra una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar”*¹⁹⁵.

Sin embargo, en tales contextos, es importante destacar que conforme al texto legal de la disposición peruana que comentamos, la omisión culposa punible parece estar siempre ligada al deber de reportar el hallazgo de la transacción sospechosa¹⁹⁶, mas no a la falta de diligencia en la detección de la operación o a su imperfecta calificación como inusual o sospechosa. Las negligencias, fallas o indecisiones que se den a este nivel serían en principio atípicas y sólo acarrearían sanciones administrativas. No obstante, ello no queda del todo claro por lo que no es aceptable a priori una exclusión implícita y absoluta de otros supuestos más próximos a situaciones de culpa sin representación, los que deberán dimensionarse en el caso concreto para deslindar su relevancia penal. Algunos ejemplos de estas omisiones, que se ubicarían en el límite de lo punible para la legislación peruana, han sido propuestos por BLANCO CORDERO en los siguientes términos: *“La responsabilidad por imprudencia respecto del blanqueo efectuado a través de operaciones legalmente previstas en el art. 5.2 del reglamento, tendrá lugar cuando el empleado omite el examen cuidadoso de las mismas y, en consecuencia, la comunicación. Así por ejemplo, el empleado que no comunique una operación respecto de una cuenta en la que se realizan ingresos en efectivo*

191 (no se incorporó la información pertinente al asumir que los datos consignados eran suficientes, o se contabilizó el plazo legal en días hábiles y no calendarios, o se remitió el reporte a una instancia diferente de la señalada legalmente)

192 (Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 696)

193 (Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 435)

194 (Rocío del Pilar Salcedo Machado. La responsabilidad Penal de los Órganos de Gobierno de las Entidades Financieras en la Comisión del Tipo Base de Lavado de Activos. Ob. Cit. p. 149)

195 (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 39)

196 (“La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida...”)

por un número elevado de personas sin nada que lo justifique, puede incurrir en responsabilidad penal por imprudencia si la operación constituye un blanqueo, pues infringe el deber objetivo de cuidado. Ya hemos indicado las dificultades con las que cuenta para examinar él mismo la operación al no disponer de informaciones adicionales, por lo que debería en tales casos comunicar al órgano interno de control para que examine la operación. En tal caso, la comunicación interna sería un requisito para el cumplimiento de la obligación de examen, constituiría un presupuesto básico de tal obligación. También puede generar responsabilidad por imprudencia la actuación del órgano interno o del representante ante el Servicio Ejecutivo cuando no examina cuidadosamente tal tipo de operaciones una vez comunicadas por el empleado”¹⁹⁷.

Estando, pues, a los diversos problemas dogmáticos y prácticos que pueden derivarse del delito de omisión culposa de reporte de transacciones u operaciones sospechosas, es lamentable que los comentaristas especializados muestren, aún, un nulo o escaso interés por el análisis técnico de esta peculiar criminalización¹⁹⁸. No siendo suficiente descalificar su idoneidad técnica o político criminal¹⁹⁹.

F. Penalidad

La penalidad conminada en la legislación peruana para el delito doloso de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas reúne tres penas principales que deben ser impuestas conjuntamente. Tales penas son las siguientes: privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; multa de ciento veinte a doscientos cincuenta días - multa; e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años y con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Es evidente que en esta clase de delitos la pena de inhabilitación se encuentra plenamente justificada, dada la calidad especial del autor y por la infracción de deberes propios del ejercicio de la función o profesión que este desempeña.

En el caso del delito culposo de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas la ley también incluye dos penas principales de aplicación conjunta. Para esta modalidad delictiva las penas son multa de ochenta a ciento cincuenta días - multa e inhabilitación no menor de un año ni mayor de tres con iguales incapacidades que las previstas para el caso doloso. Estimamos pertinente que el legislador peruano en esta primera experiencia punitiva, no haya incluido penas privativas de libertad para esta omisión culposa. Lo cual, por lo demás, fue también destacado en la exposición de motivos del Anteproyecto que elaboró la Comisión de Expertos y que sirvió de fuente al Decreto Legislativo 1106: *“Dado lo novedoso de esta criminalización en nuestro medio, se ha considerado prudente, por el momento, no aplicar en estos casos penas privativas de libertad sino penas de multa e inhabilitación”*.

X. Delito de rehusamiento, retardo y falsedad de información

A. Antecedentes de la criminalización

Una importante debilidad de los sistemas de prevención, control y represión del lavado de activos en las economías emergentes de la región, ha sido y lo sigue siendo el acceso y compilación de información de calidad necesaria para el adelantamiento o contrastación de inspecciones, investigaciones y procesos penales por esta clase de delitos.

¹⁹⁷ (Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 206)

¹⁹⁸ (Cfr. Jorge A. Pérez López. Lavado de Activos y aspectos Sustantivos del Decreto Legislativo N° 1106, p. 65; Marcial Paucar Chappa. La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106, p. 75; Edith Hernández Miranda. Comentarios sobre la Regulación Sustantiva del Delito de Lavado de Activos: A propósito del Decreto Legislativo N° 1106, p.86. Ver todos en Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 35. Mayo de 2012)

¹⁹⁹ (Cfr. Diana Marisela Asmat Coello. Sobre el Delito de Omisión de Comunicación de Operaciones Sospechosas en la Legislación Peruana de Lucha contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 435-436)

Esta deficiencia, que suele afectar la eficacia y la eficiencia de las unidades operativas especializadas del Ministerio Público, de la Policía, de la Unidad de Inteligencia Financiera o del Poder Judicial, se manifiesta, sobre todo, como una reiterada, premeditada o negligente falta de colaboración por parte de los sectores supervisados, organismos e instituciones públicos o privadas, cuando son requeridos oficialmente para suministrar información útil para las pesquisas, análisis e informes que aquellas autoridades deben realizar en el marco de sus competencias específicas. Por ejemplo, durante el proceso de elaboración del Plan Nacional peruano de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, se hizo notar de modo especial como una vulnerabilidad de las agencias de represión penal que redundaba negativamente sobre su estándar de eficiencia operativa: *“La duración excesiva de las investigaciones preliminares de delitos de LA, ocasionada en parte por la demora de ciertas instituciones públicas y del sector privado en dar respuesta a requerimientos de información de la fiscalía”*²⁰⁰. Como una alternativa de coerción para promover un suministro oportuno de la información solicitada se comenzó a sugerir la criminalización de toda práctica obstruccionista o de incumplimiento que se materialice en torno del requerimiento oficial.

La alternativa descrita fue también acogida, luego, en otros instrumentos estratégicos contra el lavado de activos como el Plan de Acción para el Fortalecimiento de la UIF-Perú de 2012. En este último documento se consideró formalmente incluir en la legislación penal un nuevo delito que criminalice la frustración dolosa de los requerimientos de información. Por tanto en él también se demandaba la pronta *“Modificación del Código Penal para establecer una sanción por incumplimiento de entrega de información de forma oportuna a solicitud de las autoridades competentes. Esto específicamente con la finalidad de asegurar el acceso oportuno a información por parte del Ministerio Público”*

Posteriormente la Comisión designada por Resolución Ministerial N° 0025-2012-JUS, consideró pertinente incluir en la nueva legislación contra el lavado de activos, un delito con periférico con las características sugeridas por los documentos antes mencionados.

El tipo penal propuesto fue el siguiente: *“El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o la brinda falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”*. En relación con él, la exposición de motivos fundamentaba su inclusión señalando, justamente, que *“estas conductas dolosas vienen debilitando la eficacia y oportunidad de las acciones contra el lavado de activos, por lo que su criminalización se justifica plenamente”*.

Finalmente, en el artículo 6° del Decreto Legislativo 1106 quedó regulado este inédito delito en los términos siguientes:

“El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) de artículo 36 del Código Penal.

²⁰⁰ (Cfr. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Superintendencia de Banca, Seguros y Administración de Fondos de Pensiones. Lima. Mayo 2011, p. 26)

Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal.”

Hasta donde hemos podido rastrear la legislación latinoamericana no cuenta actualmente con un delito periférico de tales características, pese a que, como se ha mencionado, la falta de obediencia a las demandas de información útil para el oportuno y eficiente desempeño de las agencias de prevención y represión del lavado de activos continúa siendo una práctica frecuente en varios países. En todo caso, a falta de una disposición penal similar a la peruana se pueden aplicar aquellas genéricas sobre desobediencia a la autoridad y que suelen incluirse en los Códigos Penales como delitos contra la Administración Pública cometidos por terceros.

Sin embargo, como en el caso de los delitos de omisión de reporte de transacciones sospechosas la experiencia peruana con este delito muestra aún registros de aplicación muy bajos. En efecto, según información del Ministerio Público del Perú actualmente sólo se encuentran en trámite, a nivel nacional, 7 investigaciones por esta modalidad de delitos periféricos.

B. Naturaleza jurídica y objeto de tutela penal

El artículo 6º del Decreto Legislativo 1106 regula un tipo penal alternativo que comprende diferentes conductas, las cuales tienen en común el ser modalidades específicas de actos de desobediencia a la autoridad.

Cabe señalar que esta clase de delitos no es ajena a la sistemática interna del Código Penal peruano como se puede apreciar en los artículos 168º, segundo párrafo que sanciona el incumplimiento de resoluciones emitidas por autoridad competente; el 242º donde se reprime el rehusarse al suministro de información económica, industrial o mercantil requerida por la autoridad o suministrarla de modo inexacto; y 245º que hace punible el omitir o negar información solicitada por la autoridad de control financiero o proporcionar datos falsos.

Se trata, pues, como en tales casos, de un delito de mera actividad que se materializa como una reacción pasiva de no acatamiento o incumplimiento de lo dispuesto o requerido por la autoridad competente, así como también en el acatamiento distorsionado y fraudulento de la orden o solicitud recibida.

No resulta correcta la apreciación negativa que hace un sector de la doctrina penal peruana, en torno a que la inclusión de este nuevo ilícito produciría algún tipo de confusión con otros delitos, como los tipificados en los artículos 368º sobre desobediencia a la autoridad o 427º sobre falsedad documental; ni mucho menos es admisible, por lo expuesto precedentemente, que su configuración específica sea innecesaria²⁰¹.

Sobre todo porque se trata de un tipo penal especial frente a tales ilícitos generales y porque, además, la realidad actual, emergente e informal, de países como el Perú hacen pertinente el fortalecimiento de las capacidades operativas de indagación de las agencias de prevención y control de los delitos de lavado de activos. Por lo demás, en favor de una criminalización propia también

²⁰¹ (Cfr. Edith Hernández Miranda. Comentarios sobre la Regulación Sustantiva del Delito de Lavado de Activos: A propósito del Decreto Legislativo N° 1106. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 35. Mayo 2012, p.87)

se ha pronunciado otro sector de la doctrina peruana en los términos siguientes: *“se advirtió con claridad la necesidad de crear un delito de rehusamiento específico para los delitos de lavado de activos, diferente del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad...”*²⁰².

En cuanto al objeto de protección penal el legislador a través de esta criminalización pretende tutelar el poder de imperio o mando de que gozan los representantes oficiales de la administración pública, para el cumplimiento de sus competencias y atribuciones de investigación y juzgamiento de operaciones de lavado de activos. Por tanto, cabe admitir, siguiendo a ABANTO VÁSQUEZ, que como en otros delitos de desobediencia a la autoridad, con este delito también se perjudica directamente *“la efectividad de las autoridades funcionales”*²⁰³. Es más, esto último, conforme a los antecedentes ya reseñados, constituyó siempre su razón esencial.

C. Tipicidad objetiva

Como se ha reiterado, el objetivo político criminal de esta conducta delictiva periférica, no es otro que promover el cumplimiento pleno y oportuno de las solicitudes de información o afines que demanden las autoridades vinculadas a la investigación o juzgamiento de delitos de lavado de activos.

A diferencia de los delitos tipificados en los artículos 242° y 245° del Código Penal peruano, los cuales identifican como sujeto activo potencial a determinadas personas que ejercen una función de gestión o dirección empresarial (director, gerente o administrador), el artículo que comentamos no regula condiciones similares. Por lo que, en principio, cualquier persona puede ser autor del delito.

Sin embargo, hay dos presupuestos esenciales que deben concurrir para adquirir la condición potencial de sujeto activo. En primer lugar, que se dirija contra ella el requerimiento de información que formula la autoridad. Y, en segundo lugar, que se tenga la capacidad y competencia suficientes para suministrar la información solicitada. No obstante, será usual que sean los órganos de gestión o representación los involucrados por dicho pedido cuando este se dirija hacia personas jurídicas. El sujeto pasivo será siempre el Estado representado funcionalmente en la autoridad pública competente que demanda la información y que se encuentra a cargo de la investigación o juzgamiento de operaciones de lavado de activos.

Ahora bien, las conductas criminalizadas son cuatro. Las dos primeras han sido configuradas como estructuras de omisión propia, mientras que las otras dos restantes responden a fórmulas comisivas.

Se trata de los siguientes supuestos típicos:

Rehusar el suministro de la información requerida. Se configura esta hipótesis delictiva a partir de toda resistencia activa o pasiva que práctica el sujeto activo, la cual permite inferir una deliberada oposición a que se proporcione la información que ha sido solicitada expresamente por la autoridad competente. Comentando esta actitud punible PEÑA CABRERA señalaba que el agente *“se niega sin fundamento legal sólido”* a brindar dicha información²⁰⁴.

Es pertinente destacar que la ley no ha regulado ninguna condición objetiva de punibilidad que deba verificarse para viabilizar la configuración del delito como, por ejemplo, que se tenga que formular algún tipo de apercibimiento formal posterior al rehusamiento.

202 (Marcial Paucar Chappa. La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 35. Mayo 2012, p. 75)

203 (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores. Lima. 2001, p. 125)

204 (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Delitos Económicos. Ediciones Jurídicas. Lima. 1994, p. 295)

Retardar el envío de la información solicitada. A diferencia de la conducta anterior, este supuesto delictivo se materializa siempre como un acto de obstrucción directo o indirecto al cumplimiento de la demanda informativa planteada por la autoridad, la cual, además del objeto y naturaleza de los datos requeridos, debe especificar un plazo determinado de cumplimiento. En efecto, el retardo implica un incumplimiento de la oportunidad debida y esta sólo puede darse a conocer con el señalamiento de un plazo concreto y expreso que debe constar en la solicitud que formula el ente oficial respectivo.

Prestar la información demandada de modo inexacto. Se criminaliza una acción fraudulenta destinada a llevar a error a la autoridad requirente. El agente desarrolla un *modus operandi* de acatamiento del requerimiento oficial, pero que en realidad encubre un obrar dirigido a frustrar la expectativa de la autoridad en torno a la extensión, calidad y utilidad de la información que debe suministrarse. Aquel, pues, cumple, en principio, el mandato de información en la oportunidad debida, con un contenido aparentemente integral y preciso. Sin embargo, sólo se trata de una respuesta parcial y distorsionada que por tales calidades no satisface en realidad las necesidades de la indagatoria que le fue planteada. Como señala la doctrina en estos casos: *“el sujeto activo accede a prestar información a la autoridad competente cuando se le haya requerido, pero inexcusablemente su informe no es exacto. Maliciosamente oculta aspectos económicos, industriales o mercantiles...”*²⁰⁵, o de otra índole que le resultan perjudiciales o que prefiere mantener en reserva.

Brindar información falsa. Esta modalidad amerita un desvalor mayor pues no sólo conlleva desobedecer al mandato recibido, sino que, también, manifiesta una reacción inescrupulosa frente a él. En efecto, el sujeto activo adopta una práctica desafiante ante la autoridad, al remitirle como respuesta a sus requerimientos una información carente de veracidad absoluta o relativa. Esto es, en su respuesta a la autoridad el agente falsea la realidad de las cosas, construye documentación sustentatoria inexistente, etc. La mala fe del autor del delito se trasluce y conduce todas las opciones que este tiene para responder a los datos, informes y complementos que le fueron solicitados.

Como advierte LAMAS PUCCIO esta clase de comportamientos delictivos justifican plenamente su criminalización *“como una forma directa de proteger la veracidad, confiabilidad y temporalidad de toda información que se brinde...”*²⁰⁶, sobre todo porque ella ha de ser trascendente para las pesquisas y sanción de operaciones de lavado de activos.

Como se mencionó anteriormente, en el párrafo primero del artículo 6° se ha regulado, pues, un tipo penal alternativo, por lo que la tipicidad objetiva será plena con la sola realización concreta de cualquiera de los supuestos típicos descritos. Ahora bien, dada la conexión entre los actos penalizados y el contexto funcional en el que ellos tendrán lugar, es posible que el mismo agente realice de modo simultáneo o sucesivo dos o más de tales conductas. Por ejemplo, puede retardar el envío de la información y además suministrarla de manera inexacta o con contenidos falsos. Si bien ello no generará un concurso real de delitos, sí deberá de ser apreciado como un indicador de mayor antijuricidad para la oportunidad de individualizar la pena aplicable al autor del hecho punible.

Un componente normativo común a todos estos delitos será la desobediencia total o parcial del requerimiento. Lo cual involucra, necesariamente, un presupuesto formal que estará constituido por el pedido u orden que emitirá la autoridad competente para que se le suministre la información que necesita. Es indispensable que ambos se configuren con el detalle pertinente que permita identificar con precisión su contenido específico y su destinatario concreto o, cuando menos, que de su redacción o modo de expresión tales componentes puedan ser determinables. Como sostiene ABANTO VÁSQUEZ las órdenes y solicitudes que formule la autoridad *“no pueden ser vagas o genéricas”*²⁰⁷.

205 (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Delitos Económicos. Ob. Cit., p. 295)

206 (Luis Lamas Puccio. Derecho Penal Económico. Segunda Edición. Librería y Ediciones Reunidas. Lima.1996, p.257)

207 (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Ob. Cit., p. 126)

D. Tipicidad subjetiva

El delito que se examina exige la presencia del dolo para la realización de sus cuatro modalidades. Lo cual implica que el agente debe tener conocimiento del requerimiento, de sus alcances, así como de su propia condición de destinatario del mismo. Y, también, de la obligación legal que tiene de darle cumplimiento en un plazo definido. Asimismo, él debe obrar con la voluntad de incumplir y desobedecer total o parcialmente el requerimiento. En consecuencia el dolo que se demanda para estos casos será *“siempre directo pues se exige una voluntad dirigida al incumplimiento de la orden”*²⁰⁸.

Es admisible el error de tipo en torno a cualquiera de los componentes objetivos relativos, por ejemplo, al sentido y oportunidad del requerimiento o sobre las opciones de cumplimiento que corresponden al autor.

E. Consumación del delito

El delito se perfecciona cuando el sujeto activo no cumple con suministrar dentro del plazo fijado la información que le fue requerida por la autoridad. Sea que la conducta adquiera la forma de negativa, retardo, inexactitud o falsedad la tentativa es configurable y punible. Al respecto la doctrina ha sostenido lo siguiente: *“El delito en examen se consume en el momento en que el sujeto activo se niega de cualquier manera a dar la información a la autoridad; o, en su caso, en el momento en que la información inexacta llega a poder de la autoridad que la requirió, sin que sea necesario que haya leído el informe. La tentativa es posible, pues puede suceder que la negativa sea por escrito pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, el documento que encierra la negativa no llega a poder de la autoridad competente; o, el informe inexacto es redactado, pero por motivos distintos a la voluntad del agente no llega a poder de la autoridad competente”*²⁰⁹.

F. Circunstancias agravantes

El párrafo segundo del artículo 6° del Decreto Legislativo 1106, contempla dos circunstancias agravantes específicas. Cada una de ellas ha sido construida en base a indicadores vinculados a la naturaleza y dimensiones de los delitos de lavado de activos en cuya investigación o juzgamiento surge la necesidad informativa que requiere la autoridad. Por consiguiente, será menester evaluar la presencia material o cuando menos potencial de dicha conexión para poder imputar al sujeto activo la configuración de la circunstancia agravante y la correspondiente eficacia de la misma sobre la pena que deberá imponérsele.

La primera de estas circunstancias agravantes específicas toma en cuenta la relación existente entre los delitos de lavado de activos objeto de investigación o juzgamiento, con el dinero, bienes, efectos o ganancias de la minería ilegal o de la criminalidad organizada.

Por consiguiente, deberá tratarse de los delitos tipificados en los artículos 307°A, 307°B, 307° C, 307°D y 307° E del Código Penal peruano; o de los delitos señalados en el artículo 2° de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado.

La segunda circunstancia agravante se ha construido sólo en base al valor equivalente de la operaciones delictivas de lavado de activos, que son objeto de las pesquisas o acción judicial, las cuales deben haber generado *“dinero, bienes, efectos o ganancias” por un valor “superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias”*.

208 (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Ob. Cit., p. 134)

209 (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Ob. Cit., p.296)

Ahora bien, tratándose de agravantes dolosas será menester que el autor del delito conozca las relaciones de las investigaciones administrativas o judiciales, con prácticas de lavado de activos conexas a los delitos mencionados (minería ilegal o de criminalidad organizada) o al valor económico referido (superior a 500 UIT). Ello, por tanto, demanda que en el requerimiento que formule la autoridad conste una alusión expresa o implícita a tales aspectos. Si el agente ignora la presencia de ambos componentes específicos de agravación su penalidad no podrá ser incrementada.

G. Penalidad

La penalidad conminada para este delito periférico reúne tres penas conjuntas y que son las siguientes: privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; multa de cincuenta a ochenta días - multa; e inhabilitación no mayor de tres años con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal peruano. Por tanto para esta última pena el mínimo debe ser de seis meses.

En caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas, la penalidad prevista también será conjunta y estará integrada por pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; multa de ochenta a ciento cincuenta días - multa; e inhabilitación no mayor de cuatro años con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Se entiende que en estos supuestos la pena de inhabilitación mínima debe ser de tres años.

XI. Delito de transporte y traslado de dinero o títulos valores

A. Antecedentes

A diferencia de los dos delitos anteriores, el que analizaremos a continuación no es un delito periférico al delito de lavado de activos sino una modalidad especial de este último. En economías emergentes e informales esta clase de delito especial adquiere una presencia frecuente al resultar adaptable y compatible con las prácticas comerciales y empresariales que tiene lugar en estos entornos, las cuales, mayormente, se realizan sin participación de la intermediación financiera y en no pocos casos sin protocolizarse notarialmente. De allí la pertinencia de su criminalización específica en algunos sistemas jurídicos de la región como el peruano y el dominicano.

Ahora bien, como antecedentes cabe recordar que el transporte o traslado físico y clandestino de dinero circulante hacia un país extranjero, fue históricamente la manifestación más básica del delito de lavado de activos. En ese contexto, la aparición y el desarrollo posterior de metodologías o tipologías de estructuración, más o menos sofisticadas, como la utilización de “pitufos” o el empleo de servicios de remesa internacional o tarjetas de débito o prepago inteligentes, han sido variantes renovadas de esas primarias modalidades de alejar el producto líquido del delito de sus fuentes ilícitas de producción.

El denominado contrabando de dinero ilícito, constituyó, pues, por algún tiempo, una práctica usual del crimen organizado para ocultar sus ganancias ilícitas y evitar sobre ellas todo riesgo de detección y decomiso. Por lo demás, esta modalidad delictiva, como señala ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, es *“un método muy común, sin sofisticación y con pocos riesgos. Como consecuencia del volumen de cargas y de personas que transitan en las fronteras, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan los países, limitándose el control sólo a una pequeña parte”*²¹⁰.

Por tales razones, en la actualidad tales procedimientos ilícitos continúan aplicándose con frecuencia en varios países de Centroamérica como Honduras donde el año 2010, según ARCE ACUÑA, las autoridades incautaron *“unos cinco millones de dólares a personas que transportan*

210 (André Luis Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.43)

*dinero en efectivo hacia Panamá y posteriormente Sudamérica y que han sido contratadas por narcotraficantes pagándoles unos 10 mil dólares por cada viaje*²¹¹.

En el Perú, estas prácticas delictivas comenzaron a visibilizarse el 25 de octubre de 2012. En esa fecha la policía, por primera vez, intervino en el aeropuerto internacional Jorge Chávez a dos ciudadanos colombianos en tránsito hacia Colombia, *“cuando transportaban más de 200 mil dólares en efectivo, dentro de sus estómagos. Adicionalmente, durante la revisión de sus pertenencias, se halló que cada uno tenía 9.220 dólares, en total 18.440 dólares más”*. El dinero lo habían acondicionado en cápsulas. Uno portaba a su interior 111 cápsulas y el otro 97. En cada uno de estos empaques se encontró acondicionados *“10 billetes doblados de 100 dólares, lo que hacía mil dólares en cada cápsula. En total se encontraron 208 mil dólares, más los 18 mil 440 dólares en sus maletas”*²¹².

A estas formas ingeniosas de trasladar dinero de origen ilegal se les han asignado curiosas denominaciones. Por ejemplo, a la modalidad aplicada en el caso ocurrido en el Perú se le llamó de las *“Alcancías Humanas”*. Sin embargo, también coexisten otros modus operandi como el de *“la Momia”* donde el portador lleva el dinero adherido a su cuerpo y sujeto con fajas o cintas adhesivas que quedan cubiertas por sus vestimentas; o del *“Doble Fondo”* donde el dinero se lleva escondido en un compartimento debidamente acondicionado del equipaje del portador²¹³.

Debido a todo ello es que la configuración de procedimientos de control, registro y develamiento del tránsito personal internacional de divisas (formularios de registro o declaraciones juradas), se convirtió, justamente, en una de las primeras estrategias y medidas que se diseñaron para prevenir e interditar el desplazamiento subrepticio de dinero en efectivo o de títulos valores al portador de un país a otro. Uno de cuyos efectos más caracterizados fue la universalización de la obligación de hacer conocer en todo paso transfronterizo, las cantidades de numerario o instrumentos negociables que se portan, cuando su valor exceda del umbral equivalente a diez mil dólares norteamericanos.

En el Perú estas prácticas de supervisión se venían aplicando en el ámbito de la administración aduanera, pero con una clara finalidad de control estrictamente fiscal. Esto es, quedaba como un efecto indirecto y mediato de la aplicación de tales procedimientos la prevención e interdicción del ingreso o salida de dineros de ilícita procedencia. Sin embargo, las posibilidades de criminalización primaria o secundaria de las infracciones a dicho régimen de control aduanero permanecieron, por mucho tiempo, alejadas de las decisiones del legislador peruano. Debido a ello se fue generando un sinuoso espacio de impunidad que recién fue advertido como alerta, durante el proceso de elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. En efecto, entre las acciones para la realización del Objetivo Específico 3° de este documento de planeamiento estratégico, se puso de relieve la necesidad de configurar disposiciones legales más adecuadas para la prevención y el control de tales conductas de traslado de dinero, a la vez que para precisar mejor las competencias administrativas²¹⁴ y penales²¹⁵ en este dominio. Específicamente se propuso lo siguiente: *“Aprobar un proyecto de Ley que precise las funciones y competencias en materia de control de transporte transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables”*.

Por consiguiente, la posterior inclusión en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, de un nuevo hecho punible, criminalizando el desplazamiento físico de dinero o instrumentos financieros negociables emitidos *“al portador”* de origen ilícito, como un delito especial de lavado de activos, fue parte de la implementación de la citada estrategia constituyendo una acertada y oportuna decisión.

211 (Angie Andrea Arce Acuña. El Delito de Blanqueo de Dinero. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 28. Julio 2011, p. 228)

212 (César Romero. Más de 200 mil dólares llevaban en cápsulas dentro del estómago. Noticia reseñada en el diario La República. Edición del 11 de noviembre de 2012, p.29)

213 (Cfr. Ángel Arroyo. Perú: Un paraíso para las mafias de lavado de dinero. Nota periodística publicada en la Sección Actualidad del diario PERU 21. Edición del 16 de diciembre de 2012, p. 2)

214 (SUNAT, UIF)

215 (Policía Nacional, Ministerio Público)

Cabe señalar que la descripción típica original de este novedoso delito especial fue modificada por el artículo 5° del Decreto Legislativo 1249, en noviembre de 2016. La redacción actual del artículo 3° es como sigue:

“El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

Es pertinente agregar que esta importante disposición penal de la legislación peruana, ha sido complementada por una regulación normativa especial sobre el tránsito de divisas en efectivo e instrumentos negociables al portador, la cual se encuentra contenida en la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 28306, que fuera también reformada por el artículo 4° del Decreto Legislativo 1249. Se trata de una compleja y extensa disposición que señala en su numeral 6.4 lo siguiente:

“La no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” en el plazo establecido – 3 días hábiles de producida la retención - se considera indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos. En estos casos, la UIF-Perú informará al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones”.

La inclusión autónoma de este innovador delito especial, ha permitido que la legislación peruana armonice mejor con las políticas que sobre la materia viene promoviendo el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI, desde la publicación de sus Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo en el año 2001. En efecto, en su texto original, la IX Recomendación Especial disponía lo siguiente: *“Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación.*

Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados.

Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación.

En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberán adoptar medidas, incluyendo las legislativas, de conformidad con la Recomendación 3 y con la Recomendación Especial III, que habilitarían el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos”.

Posteriormente, las renovadas Recomendaciones GAFI, de febrero de 2012, no sólo ratificaron esta política internacional sino que afinaron sus alcances y efectos. En tal sentido, la actual Recomendación 32, sobre el control de los Correos o Mensajeros de Efectivo²¹⁶, demanda lo siguiente:

²¹⁶ (Cash couriers)

“Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de efectivo e instrumentos negociables al portador, incluso a través de un sistema de declaración y / o sistema de divulgación.

Los países deben asegurar que sus autoridades competentes tengan la facultad legal para detener o retener efectivo o instrumentos negociables al portador que se sospecha que pueden estar relacionados con el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, o delitos determinantes, o que son falsamente declarados o revelados.

Los países deben asegurar que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias estén disponibles para hacer frente a las personas que realizan una falsa declaración (s) o divulgación (s). En los casos en que la moneda o instrumentos negociables al portador estén relacionados con la financiación del terrorismo, lavado de dinero o delitos determinantes; los países deberían adoptar medidas, entre ellas las legislativas, de conformidad con la Recomendación 4, lo que permitiría la confiscación de la moneda o instrumentos”

Sin embargo, actualmente en el derecho penal latinoamericano no todos los países cuentan con tipos penales similares al que ahora incluye la legislación peruana y cuyas características examinaremos más adelante. Es así que en algunos sistemas jurídicos como el dominicano, se ha optado, más bien, por reprimir el ingreso o egreso de dinero en efectivo o títulos valores al portador que no sean declarados o que sean declarados falsamente, si su monto o cotización excede a los diez mil dólares norteamericanos. Ese es el sentido y función encomendada al artículo 8°, literal a) de la Ley 72-02, el cual precisa: *“Será igualmente reprimida...: a) La persona nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional, por vía aérea, marítima o terrestre, portando dinero o títulos valores al portador o que envíe los mismos por correo público o privado, cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América (US\$10/000.00) u otra moneda extranjera, o su equivalente en moneda nacional no lo declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto”*

Cabe señalar que conforme a la experiencia criminalística acumulada en otros países de la región, diferentes factores geográficos, de integración económica, de libre tránsito migratorio o de descontrol fronterizo, determinan que las prácticas de ingreso o egreso transfronterizo de divisas o instrumentos financieros negociables, se constituyan en las tipologías predilectas para la comisión de este delito. Por ejemplo, según ANDRÉ LUÍS CALLEGARI: *“En Brasil este método es muy utilizado debido a la facilidad de pasar a la frontera de otros países como Uruguay, Argentina y Paraguay. Como el número de cargas que cruza la frontera ha aumentado mucho en los últimos años debido a Mercosur²¹⁷, es prácticamente imposible el control de lo que cruza por las fronteras. El otro factor que favorece el transporte de dinero en metálico es la gran extensión territorial, pues hay extensiones sin cualquier control de las autoridades, como haciendas con aeropuertos clandestinos”.*

Estos factores también concurren en el caso del Perú constituyendo sus principales vulnerabilidades para la realización de estas formas delictivas.

Respecto a los procedimientos que se aplican para la movilización transnacional de flujos de dinero en efectivo, provenientes de la criminalidad organizada, son muy ilustrativas las referencias empíricas dadas por BERNARDO PILLOT, sobre el desplazamiento y transporte del dinero ilegal que obtienen los cárteles mexicanos dedicados al tráfico ilícito de drogas en los Estados Unidos, y su traslado hacia México a través de las zonas de frontera entre ambos países. Según el citado investigador, para ello se ha estructurado una funcional y eficiente cadena de acopio y movilización que asegura el flujo de los dineros ilícitos y que, además, descarga en terceros todos los riesgos o pérdidas de la operación.

217 (Integración de los países de América del Sur)

Esta estructura operativa está compuesta por diferentes células y órganos que van cumpliendo roles propios y diferentes durante todo el proceso de desplazamiento físico de las divisas. Las decisiones y tareas se adoptan y ejecutan a través de los siguientes órganos de los cárteles mexicanos²¹⁸:

El jefe financiero, que es el órgano responsable de los aspectos financieros y fiscales de la organización criminal, por lo que a él corresponde supervisar el cobro y el transporte del dinero en efectivo en Estados Unidos y hacia México; además, tiene la misión de fijar los objetivos, políticas, procedimientos operativos y oportunidades de intervención de toda la cadena de suministro del dinero en efectivo. También, supervisa a los que fungen como contadores de las células que actúan en los Estados Unidos, México y otros países, administra y analiza el flujo de efectivo, los costos y estados financieros, la contabilidad general, facturación y el pago de los sobornos que sean necesarios.

El jefe operativo, quien es un integrante de alta confianza de la organización criminal y que generalmente radica en los Estados Unidos. A él le toca rendir cuentas al jefe financiero y es el responsable de las ventas al por mayor de las drogas. A él corresponde, además, dar cuenta de la recuperación del dinero en efectivo obtenido de dichas ventas, para lo cual supervisa una región que abarca varias ciudades norteamericanas donde operan los jefes de célula. Le compete, igualmente, acordar los contratos de transporte del dinero en efectivo con los coordinadores de transporte, con quienes también coordina los movimientos regionales que se harán con dicho dinero.

El coordinador de transporte dirige a los operadores del transporte (transportistas) para acordar las mejores opciones de envío, control de riesgos, velocidad del desplazamiento y oportunidad de ejecución del servicio. Se le asigna, por tanto, la tarea de organizar una red de operadores de transporte. Él también será el responsable del dinero en efectivo que pueda ser decomisado o se pierda (apropiaciones o robos) durante el proceso del traslado. Para el desplazamiento del numerario recibe las órdenes del jefe financiero o jefe operativo, las cuales transmite para su ejecución a los operadores del transporte con los que debe mantener una comunicación permanente para garantizar que ejecuten debidamente el traslado del dinero en efectivo. En ese quehacer debe negociar la tarifa del pago que se hará por el servicio, lo cual se acuerda con el jefe operativo y lo operadores del transporte. Se asume que dicho costo equivale al 14 o 16 % del volumen de dinero en efectivo que será trasladado. Generalmente se prefiere para el traslado el empleo de vehículos²¹⁹, pues tienen mayor facilidad para mezclarse con el tránsito pesado de las carreteras norteamericanas y las inspecciones mínimas de salida.

El jefe de célula asume la responsabilidad del cobro y acopio del dinero en efectivo que se obtiene por la venta de las drogas en una ciudad o región en los Estados Unidos. En algunas ocasiones se debe encargar también de la organización y administración de dichas ventas. Este órgano tiene que rendir cuentas al jefe operativo a quien informa regularmente sobre los negocios realizados e ingresos obtenidos. Él también supervisa las células de dinero en efectivo que son las que van recepcionando y consolidando los flujos de las ganancias ilícitas. Le toca decidir la ubicación de las casas de seguridad²²⁰ y llevar la cuenta del dinero en efectivo que estas guardan. Para efectos del traslado de tales ganancias ilegales coordina, a través de los miembros de la célula, la oportunidad en que los operadores de transporte recogerán el dinero, así como el paso del transporte a través de la frontera con el jefe de plaza y la red de transportadores-couriers para su ingreso final a México.

218 (proceso de transporte interno)

219 (autos, camiones, vehículos deportivos, tractores)

220 (locales para la custodia del dinero en efectivo hasta su traslado)

Ahora bien, en algunas ocasiones todo el proceso de traslado del dinero en efectivo hacia México se realiza mediante servicios independientes que son contratados por los cárteles²²¹.

Estos servicios son suministrados por un agente financiero (contratista independiente)²²², quien estará a cargo de coordinar todo el movimiento del dinero en efectivo desde territorio norteamericano.

Este intermediario acuerda sus condiciones y operaciones directamente con los jefes principales o con los jefes financieros de las organizaciones criminales. Él, además, los representará externamente ante los jefes operativos de los cárteles mexicanos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso interno de integración y custodia de las ganancias ilegales en los Estados Unidos. Deberá, pues, de mantener una comunicación constante con los coordinadores y operadores de transporte, pues él también conocerá dónde están ubicadas las casas de seguridad que guardan el dinero en efectivo que será movilizado. No obstante, el agente financiero puede contar con una red propia, también independiente, de coordinadores y operadores de transporte con los cuales coordinará la ejecución de las diferentes operaciones de movilización del dinero en efectivo. Su perfil operativo requiere, por tanto, que mantenga también buenas relaciones y contactos con entidades bancarias así como empresas dedicadas a brindar servicios de envíos de remesas de dinero. Igualmente debe estar en aptitud de ofrecer transacciones de transferencia informal de dinero similares a las del sistema hawala conocido en español como dando-dando.

Por consiguiente, pues, concluye BERNARDO PILLOT, hay dos procesos de traslado de dinero en efectivo desde Estados Unidos hacia México. Uno interno que practican los propios cárteles mexicanos y otro externo a cargo de los agentes financieros. En ambos modelos se exige que las operaciones se realicen del modo más fragmentado posible y aplicando un sistema de seguridad basado en el compartimentaje. Esto es, limitando al máximo los circuitos de información y las relaciones directas a lo indispensable para activar los roles funcionales de los diferentes escalones y operadores.

Según datos del Departamento de Estado norteamericano entre US\$ 19 y US\$ 29 mil millones de dólares son enviados anualmente a través de esas modalidades hacia México²²³.

B. Regulación peruana

El antecedente en el Perú del artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, lo encontramos en el artículo 2° de la Ley 27765 y que fue reformado por el Decreto Legislativo 986 del 22 de julio de 2007. En esta disposición se reprimía a quien transportaba dentro del territorio de la República o introducía o retiraba del mismo dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conocía o podía presumir.

No obstante, su fuente directa fue el artículo 3° del Anteproyecto que el año 2012 elaboró una Comisión Especial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Según la exposición de motivos de este documento prelegislativo: *“Se ha introducido en el artículo 3° del Anteproyecto, un nuevo delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, para cubrir un notable vacío en la legislación vigente que sólo otorgaba a esta conducta la condición de infracción fiscal”*

221 (proceso de transporte externo)

222 (contratista independiente)

223 (Datos reelaborados en base a los contenidos de la separata resumen de la conferencia de Bernardo Pillot sobre Transporte Transfronterizo de Dinero en Efectivo, realizada en Lima el 15 de mayo de 2012 en el Taller Subregional en Materia de Lucha contra el Financiamiento del Terrorismo: Principales Riesgos Actuales, organizado por la Superintendencia de Banca Seguros y AFP)

El delito especial regulado por el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106 contempla tres conductas punibles y que son las siguientes:

Transportar o Trasladar: El transporte o traslado de dinero o instrumentos financieros negociables emitidos al portador, implica el desplazamiento o movilización física de esta clase de activos de un lugar a otro, pero siempre dentro del territorio nacional. Estas conductas pueden realizarse, indistintamente, durante las etapas de colocación, intercalación o integración. Por tanto, el agente puede ejecutarlas con activos en proceso de lavado o que ya se encuentren bajo una apariencia de legitimidad.

El objetivo o las razones específicas del transporte son intrascendentes para que la conducta adquiera plena tipicidad. Tampoco son relevantes para la configuración del delito la distancia recorrida o por recorrer, el destino final del tránsito ni el tipo de medio de locomoción que para el desplazamiento emplee el agente. Por la condición especial de esta modalidad del delito de lavado de activos, su objeto de acción debe ser exclusivamente dinero o instrumentos financieros negociables emitidos al portador. Sin embargo, puede tratarse de numerario nacional o extranjero. En cuanto a los instrumentos financieros negociables emitidos al portador, estos pueden ser de cualquier clase legalmente admitida.

Hacer Ingresar: Implícitamente el legislador con esta modalidad típica alude a un acto de importación o ingreso de los activos designados al país. El ingreso de las divisas o de los instrumentos financieros negociables emitidos al portador, puede materializarse por vías formales o con actos de ocultamiento; esto es, puede desarrollarse dentro de un acto de control aduanero o a través de prácticas subrepticias de contrabando.

Hacer Salir: Se trata de un acto de extracción, formal o ilegal, de dinero o instrumentos financieros negociables emitidos al portador, del territorio nacional. También son comprendidos en este delito los activos de tales características que circulan en tránsito por nuestro territorio hasta superar sus fronteras. El destino final de los activos es también, en estos casos, irrelevante para la tipicidad, así como las razones o motivos de su retiro del país.

Cabe destacar que la actual redacción del artículo 3°, especifica que todas las conductas típicas se configuran tanto cuando el delincuente transporta, traslada, hace ingresar o salir del país el dinero en efectivo o los instrumentos financieros negociables emitidos al portador de origen ilícito, llevándolos consigo o cuando lo hace por cualquier medio²²⁴.

Con relación a la tipicidad subjetiva, el delito especial del artículo 3° del Decreto Legislativo 1106 requiere dolo. Por consiguiente, el sujeto activo debe ejecutar los actos que hemos descrito de manera consciente y voluntaria.

El dolo con el cual actúa el agente puede ser directo o eventual. Por tanto, al realizar el transporte, traslado, ingreso o egreso del país del dinero en efectivo o de los títulos valores, el sujeto activo conoce o debe presumir que estos tienen un origen ilícito. La legislación peruana exige, pues, que, cuando menos, el agente haya debido inferir de las circunstancias concretas del caso que las operaciones que realiza o en las que se ve involucrado, se ejecutan con el producto o con las ganancias de actividades criminales. Al respecto, el párrafo segundo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, modificado también por el artículo 5° del Decreto Legislativo 1249, establece lo siguiente: *“El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos*

²²⁴ (Por ejemplo en el “equipaje no acompañado, menaje de casa, carga, encomiendas entre otros” según enuncia la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1249)

que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal.

El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”.

Ahora bien, se requiere además del dolo de la concurrencia de un elemento subjetivo especial de aquellos a los que la doctrina considera como modalidades de tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, el artículo 3°, conecta la acción dolosa del agente con un objetivo que se coloca subjetivamente más allá del solo transporte, traslado, ingreso o egreso del país del dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos al portador de origen ilegal. La normatividad, exige, también, que el agente persiga, además, una finalidad ulterior a la mera realización de tales conductas y que se describe como *“evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”*.

La incorporación de este complemento del dolo del agente es positiva y permite excluir, por atípico, cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza como el que se presenta con frecuencia en la conducta de los terceros de buena fe²²⁵. Cabe anotar que en el derecho penal de la región, la adición de estos elementos subjetivos distintos del dolo se ha ido generalizando en los últimos años, con la voluntad de circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio²²⁶ o la administración de justicia²²⁷. Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72º de la Ley costarricense 7786 de 1998 y el artículo 400 bis del Código Penal mexicano.

La disposición legal peruana demanda, pues, que el proceder doloso del agente esté siempre preordenado a promover o viabilizar el proceso del lavado del dinero o instrumentos financieros negociables emitidos al portador de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tiene que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica bastará que esa finalidad coexista en la realización de los actos de transporte, traslado, ingreso o egreso del país, aunque no se logre alcanzar materialmente dicho objetivo.

En atención, pues, a lo expuesto, conforme a la disposición legal peruana, sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o una justificable buena fe sobre el origen ilícito del dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador, los actos de transporte o traslado serán atípicos al carecer del dolo y de la tendencia interna trascendente que el tipo penal requiere.

El delito especial tipificado en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, es de peligro abstracto y por ende de mera actividad. En consecuencia su consumación es en principio instantánea y se perfecciona con la sola realización de cualquiera de los actos tipificados. No obstante, la tentativa es para un sector de la doctrina configurable en algunos casos como el transporte frustrado por averías del vehículo destinado apura ello y ya cargado con dinero de origen ilegal; o cuando dicho vehículo no alcanza a iniciar su recorrido por ser intervenido por agentes policiales antes de partir.

²²⁵ (Por ejemplo, extranjeros que ingresan por primera vez a territorio peruano)

²²⁶ (receptación)

²²⁷ (encubrimiento real)

Finalmente, en torno a la penalidad conminada para el delito especial analizado, ella es conjunta y se compone de dos penas principales que son las siguientes:

- Pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
- Pena de multa de ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Cabe agregar que en el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106, se han incluido circunstancias agravantes y atenuantes específicas que también alcanzan al delito especial que ya se ha examinado. La redacción legal de dicho artículo es la siguiente:

“La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

- 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.*
- 2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.*
- 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.*

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1º, 2º y 3º del presente Decreto Legislativo”.

Ahora bien, la aplicación del tipo penal referido a este delito especial de lavado de activos, encontró en sus inicios algunas dificultades hermenéuticas y prácticas debido a la coexistencia de otras disposiciones legales o administrativas, que regulaban el régimen de declaración y la modalidad formal de ingreso o egreso personal por puntos de frontera del territorio nacional, de divisas o instrumentos financieros al portador. Sin embargo, la redacción actual de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 28306 ha regulado de manera clara y específica el régimen y las competencias funcionales que deben observarse en este dominio. Sobre el contenido de sus principales disposiciones cabe destacar lo siguiente:

La obligación de declarar todo porte de dinero en efectivo superior al monto de 10 000 dólares o a su equivalente en moneda nacional o extranjera; o en instrumentos financieros negociables al portador.

Asimismo, la prohibición de ingresar o salir del país portando consigo dinero en efectivo por un monto superior a 30 000 dólares o su equivalente en moneda nacional o extranjera; o en instrumentos financieros negociables al portador.

Los montos superiores deben ingresar o salir del país siempre a través de empresas legalmente autorizadas por la SBS para realizar tales operaciones.

Se establece la potestad de la Superintendencia de Administración Tributaria-SUNAT para realizar los procedimientos y actas de retención de los montos no declarados o excedentes, así como para imponer las multas correspondientes a la infracción cometida.

También se dispone que el Ministerio Público debe participar y suscribir el acta de retención. Paralelamente podrá realizar actos propios de sus atribuciones funcionales penales. Por ejemplo, el Ministerio Público podrá disponer la incautación del dinero o de los instrumentos financieros negociables al portador intervenidos. En estos casos no procederá la retención temporal por parte de la SUNAT, debiendo este organismo de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú²²⁸ de la ocurrencia para fines estadísticos.

El dinero en efectivo o los instrumentos financieros negociables al portador que sean retenidos, quedaran en custodia en el Banco de la Nación hasta que recaiga sobre ellos pronunciamiento pertinente del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Se regula un procedimiento de acreditación del origen de los activos retenidos y que estará a cargo de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. UIF-Perú. Si no se acredita su origen lícito en un plazo de 3 días hábiles desde que se produjo la retención, se considera que tales bienes constituyen indicio de delito de lavado de activos o de otros delitos concurrentes.

Es de precisar que en el numeral 6.6 se establece que las obligaciones y prohibiciones antes mencionadas *“no serán aplicables a los instrumentos financieros negociables diferentes a los emitidos al portados, independientemente de su valor; no obstante, los mismos deberán ser obligatoriamente declarados al momento de su ingreso o salida del país”*.

Finalmente se establece que la devolución de los activos retenidos sólo procederá cuando no se haya iniciado investigación fiscal y siempre que se haya acreditado su origen lícito ante la UIF-Perú. Asimismo, cuando se haya archivado la investigación fiscal incoada o se haya emitido resolución judicial favorable a la devolución. Sin embargo, cuando que no se haya cumplido con la sanción administrativa correspondiente procederá descontar su monto equivalente al momento de realizar la devolución de los bienes retenidos, para lo cual se dispondrá que aquel sea transferido a la SUNAT.

Cabe anotar, finalmente, que las primeras aproximaciones estadísticas, realizadas por el Departamento de Análisis Operativo de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, sobre la frecuencia y tipología de las infracciones al régimen administrativo de ingreso o egreso de dinero en efectivo al país; así como de la eficacia de los procedimientos de acreditación de origen lícito, registraron los siguientes datos cuantitativos, todos ellos correspondientes al periodo comprendido entre el 20 de junio de 2012 y el 30 de junio de 2013:

- La SUNAT realizó un total de 75 intervenciones que involucraron un monto bruto de US\$ 4 629 327 dólares y sobre el cual se aplicó una retención equivalente a US\$ 4 091 916 dólares.
- Ante la UIF - Perú sólo 17 casos acreditaron la procedencia lícita de los montos dinerarios intervenidos; en 27 casos no se acreditó origen legal; 5 casos se encontraban en proceso de acreditación y en 26 casos las personas involucradas no se presentaron a acreditar la legitimidad del dinero retenido.

²²⁸ (UIF-Perú)

Ahora bien, los indicadores de eficacia y utilidad para la legislación peruana contra el lavado de activos del delito especial de transporte y traslado de dinero o títulos valores, han mejorado en los últimos dos años. Para el año 2015 datos del Ministerio Público han registrado un total de 62 investigaciones por esta tipo de hecho punible. Cabe mencionar que este delito alcanzó especial relevancia como consecuencia de las políticas y acciones de interdicción de la minería ilegal que ha venido aplicando el Estado, lo cual generó la salida de ingentes sumas de dinero en efectivo y de oro de origen ilegal, desde las áreas críticas de Madre de Dios en la zona sur oriental del Perú hacia la costa del país para buscar refugio en el extranjero. No cabe duda, pues, que la aludida criminalización se puede constituir en una importante herramienta de control del lavado de activos en países emergentes e informales, a la vez que una fuente complementaria de recursos financieros para las agencias comprometidas con la prevención, investigación y sanción del lavado de activos en la región. Resulta, por tanto, pertinente demandar de *lege ferenda* su inclusión en la legislación penal de los demás países americanos que no cuenten con tipos penales similares.

CAPÍTULO IV

El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislacion, Doctrina y Jurisprudencia

Javier Zaragoza Aguado

**Fiscal de Sala del Tribunal Supremo
Ex Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional
Ex Fiscal Jefe de la Fiscalía
Especial Antidroga**

Subíndice

I. Introducción	299
A. Concepto. Bien jurídico protegido. Normativa nacional e internacional.	299
B. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. Objeto del delito.	304
1. La acción típica.	305
2. Los subtipos agravados del art. 301.1.	312
3. Objeto del delito.	312
4. Participación en el delito fuente y compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente. El autoblanqueo	313
5. La cuestión de la prescripción.	320
6. Delito continuado.	322
7. Consumación.	322
8. Situaciones concursales.	323
9. El delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos.	326
10. El principio de universalidad.	329
C. La comisión culposa del delito de lavado de activos. La normativa de prevención y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente.	330
D. La prueba del origen criminal y del conocimiento del origen ilícito.	338
1. La determinación del origen criminal.	340
2. El conocimiento del origen ilícito.	343
3. Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia	347

II. La nueva regulación del comiso de bienes en el código penal y en el derecho comparado	361
A. Introducción.	361
B. Concepto y naturaleza jurídica.	363
C. Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales	366
D. Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal.	370
E. Ámbito objetivo de aplicación.	371
F. Ámbito subjetivo de aplicación.	375
G. El comiso de bienes de valor equivalente.	380
H. El comiso ampliado de bienes.	381
I. El comiso y el principio acusatorio.	385
J. El procedimiento de decomiso autónomo de bienes.	386
K. Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso.	391
L. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes del pronunciamiento o la firmeza de la sentencia.	392
M. La oficina de recuperación de activos.	394
N. La administración judicial de bienes y empresas.	396
O. Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo asociado a dicha actividad criminal: el Fondo de Bienes Decomisados.	397
P. Nuevas orientaciones y tendencias en derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal.	400

Subíndice

III. Legislación vigente	406
A. Nacional	406
B. Comunitaria	406
C. Internacional: Consejo de Europa	408
D. Internacional: Grupo de Acción Financiera-GAFI	408
E. Internacional: Naciones Unidas	408
F. Internacional: Org. de Estados Americanos CONVENCIÓN Interamericana contra el Terrorismo, hecha el 3 de junio de 2002.	409
1. Ratificación y ejecución de los instrumentos de la Naciones Unidas.	416
2. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado.	417
3. Congelamiento y decomiso de activos terroristas.	417
4. Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo.	417
5. Cooperación internacional.	417
6. Sistemas alternativos de envíos de fondos.	417
7. Transferencias por cable.	418
8. Organizaciones sin fines de lucro.	418
9. Correos de efectivo.	418

I. Introducción

Art. 301:

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.
3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.
4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.
5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código.

A. Concepto. Bien jurídico protegido. Normativa nacional e internacional.

El nuevo Código Penal ha refundido en un solo artículo -el 301- toda una pluralidad de comportamientos delictivos que en el texto punitivo anterior eran descritos y sancionados de forma separada en diversos preceptos y hasta en diferentes títulos¹. Y si en su primitiva redacción amplió considerablemente el ámbito de los actos punibles al establecer como hecho ilícito antecedente o subyacente toda infracción criminal grave, la reforma efectuada por ley orgánica 15/2003 fue

¹ Arts. 344 bis h a 344 bis j) como delitos contra la salud pública dentro del título dedicado a los delitos de riesgo, y 546 bis f) como delito de receptación especial en el título de los delitos contra la propiedad.

todavía más lejos al incluir como delito subyacente en el art. 301 cualquier delito, término que ha sido sustituido por el más genérico de “actividad delictiva” tras la reforma llevada a cabo por ley orgánica 5/2010.

Los términos “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” son neologismos que sirven -en formulación técnica ya arraigada en nuestro ordenamiento jurídico y asumida en todos los foros internacionales- para designar aquellas conductas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia a estas actividades el uso de vocablos tales como “lavado de dinero” o “lavado de activos”² o “reciclaje”³, o incluso “legitimación de capitales”⁴.

La expresión “lavado de dinero” fue, al parecer, acuñada en los Estados Unidos de América durante el decenio de 1920 cuando ciertos grupos de delincuentes organizados trataron de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero que sus negocios turbios generaban. Para ello, esas bandas criminales adquirían negocios de servicios pagaderos en metálico, y frecuentemente optaban por comprar lavanderías, servicios de lavado de coches, empresas de expendedores automáticos, etc. La finalidad era mezclar fondos legales e ilegales, y declarar sus ingresos totales como ganancias de su negocio tapadera. Al hacerlo combinaban en una sola etapa las tres fases del ciclo normal del blanqueo de dinero: se distanciaba el dinero del delito⁵, se ocultaba en un negocio legítimo⁶ y finalmente afloraba como ganancias de una empresa legal que justificaba la cantidad de dinero declarada⁷. Así trataban de evitar una posible inculpación por evasión de impuestos, arma esta que fue esgrimida a comienzos de la década de los años 30 contra peligrosos delincuentes para los que no prosperaba ningún otro cargo⁸.

A pesar de que su configuración como conducta delictiva en los ordenamientos penales modernos es relativamente reciente, durante las últimas décadas se ha producido en el plano internacional una auténtica explosión normativa dirigida a conseguir que el blanqueo deje de ser una actividad impune, y a adoptar medidas apropiadas para prevenir este tipo de conductas, no solo las relacionadas con el tráfico ilegal de drogas como actividad delictiva generadora, sino también las vinculadas con otras graves actividades delictivas inmersas en el ámbito de la criminalidad organizada, con la corrupción y más recientemente con cualquier actividad delictiva.

La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de una moderna delincuencia caracterizada por un fuerte vínculo asociativo, una elevada profesionalización y una marcada planificación empresarial, arranca a finales de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional, unos de alcance universal, otros limitados al ámbito regional europeo, en los cuales se definen las líneas maestras de actuación que deben inspirar el proceso de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de homegeneizar la respuesta frente a esta criminalidad en aspectos tan importantes como la estrategia preventiva y represiva contra el blanqueo, el comiso o confiscación de los productos ilícitos o la cooperación internacional.

2 Del inglés “money laundering”.

3 Del italiano “riciclaggio”.

4 Término muy utilizado por algunas legislaciones iberoamericanas y quizás más acorde con nuestras propias raíces lingüísticas.

5 Fase de colocación.

6 Fase de ensombrecimiento.

7 Fase de integración.

8 Vid. el estudio titulado “Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero”. (Número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

Este cuerpo legislativo supranacional está integrado fundamentalmente por una serie de instrumentos normativos que, en algunos casos, han sido objeto de importantes modificaciones en los últimos años:

- la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de 12 de Diciembre de 1988⁹;
- la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena el 20-12-88;
- el Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito;
- el informe del Grupo de Acción Financiera Internacional aprobado en 1990 con 40 Recomendaciones sobre esta materia¹⁰;
- la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada finalmente en Palermo el 13-12-2000;
- la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) el 9-12-2003;
- el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 26-5-2005.

A todas ellas debemos añadir las disposiciones emanadas de los órganos de la Unión Europea con el propósito de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales:

- la Acción Común de 3-12-1998 sobre blanqueo de bienes de origen criminal;
- la Decisión Marco de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito;
- la Decisión Marco de 22-7-2003 sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas;
- la Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso ampliado de bienes;
- la Decisión Marco de 6-10-2006 sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso¹¹;. Finalmente debemos mencionar las Directivas relacionadas con esta específica materia:
- 1ª Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 91/308/CEE de 10-6-91 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales,
- 2ª Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001 que complementa la anterior;
- 3ª Directiva 2005/60 de 26-10-2005 sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (que deroga las anteriores); y finalmente
- 4ª Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo¹².

9 Más conocida como Declaración de Basilea.

10 Recomendaciones que, además de haber sido objeto de revisión en los últimos años, se han visto implementadas con las 9 Recomendaciones aprobadas en Octubre de 2001 y 2004 con el fin de prevenir la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales relacionado con esta actividad criminal.

11 Estas Decisiones Marco fueron en su día implementadas en la legislación española: la ley 18/2006 de 5 de Junio relativa a la eficacia de las resoluciones sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas desarrolla la Decisión de 22-6-2003; la ley 4/2010 de 10 de Marzo relativa a la eficacia de las resoluciones judiciales sobre decomiso de bienes hace lo propio con la Decisión de 6-10-2006; y la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código ha incorporado el decomiso ampliado de bienes siguiendo las directrices de la Decisión de 24-2-2005. Aunque finalmente el legislador ha optado por una regulación unitaria de todos los instrumentos mencionados mediante la ley 23/2014 de 20 de Noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (que incluye la orden europea de detención y entrega, resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad, resoluciones de libertad vigilada, resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, orden europea de protección, resolución de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, resoluciones de decomiso, resoluciones que imponen sanciones pecuniarias y exhorto europeo de obtención de pruebas).

12 Que deroga la Directiva de 2005.

La necesidad de cumplir los compromisos internacionales contraídos y de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los textos supranacionales, nos ha situado durante estos años en un permanente proceso de adaptación del derecho interno a través de continuas reformas legales -penales, procesales y administrativas-, todo ello con el objetivo de homogeneizar y uniformizar la prevención y la represión de tan graves manifestaciones criminales.

Entre ellas merecen ser reseñadas la Ley Orgánica 1/88 de 24 de Marzo de reforma del Código Penal; la Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales; el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de Junio; el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre; Ley 36/95 de 11 de Diciembre sobre creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados; la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre sobre represión del contrabando; la Ley Orgánica 5/99 de 13 de Enero sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; la Ley 12/03 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; la Ley 17/03 de 29 de Mayo reguladora del Fondo de Bienes Decomisados¹³; la Ley 19/03 de 4 de Julio –con el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 54/05 de 22 de Enero- que modifica la ley 19/93 para adaptar las normas de prevención de blanqueo a las previsiones establecidas por la Directiva 97/2001 de 4 de Diciembre sobre la incorporación como sujetos obligados de los contables externos, auditores, asesores fiscales, notarios, abogados, procuradores y otros profesionales independientes del derecho; la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre de reforma del Código Penal que ha modificado el art. 301 para considerar delito previo o antecedente cualquier delito; y por último dos importantes leyes que han visto la luz en el 2010: la ley 10/2010 de 28 de Abril sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo¹⁴, desarrollada por Reglamento aprobado por Real Decreto 304/2014 de 5 de Mayo, y la más reciente ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código Penal.

A tenor del art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril se consideran blanqueo de capitales las siguientes actividades:

- a. la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que están implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b. la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c. la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d. la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 describe en su art. 3 las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que obligatoriamente deben ser incorporadas a los ordenamientos penales nacionales y aquéllas otras cuya tipificación penal es facultativa.

¹³ que deroga la anterior ley 36/95

¹⁴ que deroga la ley 19/93

En el primer grupo, el art. 3-1-b) incluye las siguientes acciones:

1. La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a), o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
2. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el segundo grupo, el art. 3.1.c) incluye la conducta consistente en la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos¹⁵.

Puede afirmarse que las líneas fundamentales que inspiran la regulación del nuevo Código Penal – tras las reformas llevadas a cabo por las leyes orgánicas 15/2003, 5/2010 y 1/2015- son, en síntesis, las siguientes:

- a. el bien jurídico protegido de manera inmediata es esencialmente el orden socioeconómico¹⁶.
- b. se amplía el delito antecedente para tipificar cualquier conducta de blanqueo de bienes que tengan su origen en una actividad delictiva¹⁷.
- c. se mantiene la responsabilidad penal para los casos de imprudencia grave.
- d. la sujeción de tales conductas al principio de universalidad en su persecución y castigo.

El bien jurídico objeto de protección: Desde sus orígenes el blanqueo de dinero ha sido considerado como una actividad criminal pluriofensiva, pues son plurales los bienes jurídicos que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata.

Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato. El Proyecto de Código Penal de 1992 ya seguía esta línea, defendida por un importante sector doctrinal. Se argumentaba que la realidad criminológica actual, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada y de una complejísima delincuencia económica, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá que las clásicas de aprovechamiento y auxilio referidas a los delitos contra la propiedad.

Los propios textos jurídicos internacionales son todavía más expresivos en este sentido. En el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en Diciembre de 1988 se afirma que “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles”.

¹⁵ En idénticos términos define el blanqueo el artículo 6.1 de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada el 13-12-2000 y el art. 23 de la Convención de Mérida contra la Corrupción aprobada el 9-12-2003.

¹⁶ Puesto que el delito de blanqueo o lavado de bienes de origen ilícito se configura como un crimen contra el orden socioeconómico.

¹⁷ La reciente reforma del Código Penal llevada a cabo por ley orgánica 5/2010 ha sustituido la expresión “delito” por la de “actividad delictiva”. Con ello se trata de dejar meridianamente claro que en cuanto a la prueba del delito antecedente ni es necesario acreditar una condena previa, ni la existencia un procedimiento judicial por el delito subyacente, y ni siquiera un delito concreto o específico.

Y en los Preámbulos de las Directivas Comunitarias se destaca que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y la estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

La cuestión es que la moderna delincuencia organizada, distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos y fines, desarrolla a gran escala, con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas¹⁸ y que estas actividades generan fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros con las negativas consecuencias que eso comporta, y entre las cuales deben destacarse:

- la consolidación de esas organizaciones delictivas y la ampliación de sus actividades ilícitas.
- la contaminación del sistema financiero legal por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél.
- la financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, lo que supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos.

Dicho ésto, resulta fácil entender hasta qué punto el blanqueo de capitales cuestiona no solo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso, por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático. Como ya señalara SAVONA, a propósito del escándalo del BCCI (Banco de Crédito y Comercio Internacional), “la incorporación del dinero sucio contamina el sistema económico de los países en desarrollo, a la vez que constituye un grave riesgo para la comunidad internacional en su conjunto”.

B. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. Objeto del delito. La participación en el delito antecedente y la compatibilidad de la condena por el delito de lavado y el delito antecedente. El autoblanqueo. Prescripción. Delito continuado. Consumación. Situaciones concursales. El delito fiscal como delito antecedente. La universalidad en su persecución.

Dejando al margen la forma culposa que será objeto de un análisis independiente, debe ponerse de manifiesto como primera reflexión que la redacción que se utiliza en los tipos penales previstos en los apartados 1 y 2 del art. 301 mejora técnicamente la contenida en los arts. 344 bis h) e i) del anterior Código, a su vez fiel reflejo del art. 3 de la Convención de Viena de 1988, muy criticada en el terreno doctrinal y jurisprudencial.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 incorpora dos acciones al tipo básico del art. 301.1: poseer y utilizar. Las acciones consistentes en convertir, transmitir y adquirir ya existían en la redacción inicial del art. 301 aprobada por el CP de 1995.

¹⁸ Tráfico ilícito de drogas, trata de seres humanos, tráfico de armas, prostitución, la industria del secuestro y la extorsión, contrabando de automóviles y material tecnológico, corrupción, grandes fraudes, etc.

1. La acción típica

Se distinguen claramente en esta figura delictiva dos modalidades de encubrimiento: actos de favorecimiento real y actos de favorecimiento personal.

Los actos de favorecimiento que se describen en ese precepto son los siguientes:

1. Adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes procedentes de una actividad delictiva para ocultar o encubrir su origen ilícito.
2. Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre los bienes procedentes de un delito o de un acto de participación en el mismo.
3. Realizar cualquier acto con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.
4. Realizar cualquier acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en tales delitos.

En principio, podrían considerarse actos de favorecimiento real los enumerados bajo los números 1, 2 y 3, y actos de favorecimiento personal los comprendidos en el nº 4.

En las acciones incluidas en los tres primeros apartados debe concurrir inexcusablemente un elemento tendencial o teleológico: la finalidad o el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, requisito que nos va a permitir delimitar con precisión el alcance de la conducta típica evitando excesos claramente vulneradores del principio “non bis in idem” en determinadas situaciones de autoblanqueo.

Así, la citada sentencia señala que *“no nos encontramos, en consecuencia, ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio “non bis in idem” en los supuestos de autoblanqueo.*

Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por si mismo al bien jurídico protegido”.

Esta interpretación del tipo penal del blanqueo ya es doctrina jurisprudencial consolidada en sentencias dictadas con posterioridad por el Tribunal casacional¹⁹. Esta última sentencia –la de 12-11-2015- contiene algunas reflexiones interesantes en relación con el fin de protección de la norma, y que reducen objetivamente su ámbito de aplicación: *“La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye un elemento integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido. Doctrina jurisprudencial que precisa y delimita las conductas que integran la modalidad de blanqueo sancionada en el párrafo primero del art 301 CP, anunciada en la STS 1080/2010 de 20 de octubre, desarrollada en la STS núm. 265/2015, de 29 de abril, y ratificada de forma reciente en las STS 408/2015, de 8 de julio, STS 515/2015, de 20 de julio, STS núm. 506/2015, de 27 de julio y STS 535/2015, de 14 de septiembre, entre otras.*

Una vez incorporadas a la tipicidad del blanqueo por la reforma de 2010 las conductas de “poseer o utilizar” se impone necesariamente excluir de la sanción penal como blanqueo comportamientos absolutamente inidóneos para comprometer el bien jurídico protegido por no estar orientados ni a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes ni a ayudar a eludir la persecución del delito base. De otro modo la tipificación de la mera utilización o posesión de bienes de procedencia delictiva, sin más requisitos, conduciría a consecuencias absurdas, como ha destacado con acierto la doctrina, determinando una penalización desmedida, pues cualquier conducta de agotamiento de un delito con efectos económicos se podría sancionar como blanqueo, vulnerando el principio de lesividad material y el de proporcionalidad, así como la prohibición constitucional del “Bis in ídem” en los supuestos de autoblanqueo.”

La STS núm. 1.080/2010, de 20 de octubre ya exponía esta posición restrictiva, que evita interpretaciones desmesuradas del delito de blanqueo. Señala esta resolución que la cuestión planteada es *“si cualquier acto de “adquisición, conversión o transmisión” del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir, si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto “neutro” que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a la elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica penal.*

Y, en segundo lugar, más específicamente, si, cualquiera que sea la respuesta a la anterior cuestión, habría de excluirse la doble tipificación del acto de tal entrega de dicho bien de origen delictivo, cuando su entrega ya es también valorada para declarar cometido otro delito por razón de la misma”, cuestión esta última que trata de excluir de la sanción prevista en el tipo los denominados actos copenados.

Para responder a la primera cuestión acude la sentencia a la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal que considera que suscita dudas: *“La posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, de, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el*

¹⁹ SSTs de 20-7-2015, 27-7-2015 y 12-11-2015

elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo. Por tanto, tendría pena de seis meses a seis años incluso la mera entrega a un tercero ajeno al delito de un bien por muy escaso que sea su valor, por la exclusiva y simple circunstancia de proceder de un robo violento.

“No parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo. Ni se compeadece con la definición extrapenal”, se declara con claridad y contundencia en la sentencia comentada, inclinándose expresamente por el criterio de que la voluntad de ocultación o ayuda debe estar presente en todas las modalidades comisivas.

Para apoyar este criterio interpretativo se remite la resolución jurisprudencial a otros materiales legislativos, con el fin de indagar la “voluntas legislatoris”. Así señala que *“la Ley 19/1993 definía: A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior, o de participación en los mismos, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.*

Tampoco las definiciones dadas en el artículo 1.2 de la Ley 10/2010 coinciden con las conductas tipificadas en el artículo 301.1 del Código Penal, ni aún tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 5/2010. Son significativas las definiciones de aquella Ley que en el artículo 1.2.b) y, sobre todo, c) incluyen comportamientos no trasladados al Código Penal. Así la mera adquisición o posesión de bienes procedentes de actividades ilícitas no constituye el tipo del artículo 301.1, si no va acompañada de la finalidad que el precepto penal, a diferencia del administrativo, exige.

Con independencia de las divergencias con su traducción en el precepto penal, es claro que la finalidad ha de estar presente en todo acto de blanqueo. Incluyendo la adquisición, conversión o transmisión”.

Se remite asimismo esta resolución a la STS de 8 de abril de 2010, en la que se expresa con claridad que la finalidad de la tipificación delictiva debe estar presente en todo caso, al señalar que: *“No puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas. Político criminalmente disminuye el incentivo del comportamiento delictivo que sus autores no puedan disfrutar de lo ilícitamente obtenido logrando la apariencia de licitud que haga jurídicamente incuestionable dicho disfrute”.*

En definitiva, en la doctrina jurisprudencial puede encontrarse reflejada esta interpretación estricta del tipo delictivo del blanqueo, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado.

En el mismo sentido, cabe apreciar este criterio en la STS núm. 884/2012 de 8 de noviembre, que destaca la *“insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no,*

que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas”.

De modo que, concluye esta sentencia “(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito”.

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender: 1º) a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y, 2º) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas.

Con esta interpretación, especialmente aplicable a los supuestos de autoblanqueo, se evitan críticas doctrinales que en realidad son injustificadas, como las citadas en la reciente STS 809/2014, de 26 de noviembre, que señala que: *“en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática, tanto más con la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010, que puede conllevar en el sentir de la doctrina a “un resultado insatisfactorio”, “desmedido”, “cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales” que produce “perplejidad”, “extrañas consecuencias”, “absurdas”, así como “supuestos paradójicos” que nos colocan en los límites de lo punible y pueden rozar el “esperpento” o “alcanzar niveles ridículos”.*

Estas críticas llevan a la referida resolución a postular que *“al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, al que no pueden serle privadas las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas”.*

Esta restricción cuantitativa, en la que quedarían comprendidos actos cotidianos de escasa significación, incluso lo que se denomina “negocios de bagatela”, es sin embargo escasamente relevante. Lo determinante debe ser la aplicación del criterio anteriormente referido, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado.

La exigencia de que concurra alguna de esas dos finalidades en la ejecución de la acción típica como elemento esencial integrante del tipo penal para nada permite concluir que el autoblanqueo sea una actividad impune, sino por el contrario reconducir su aplicación a los casos claramente incluidos en el fin de protección de la norma.

Derecho comparado: La redacción típica de algunas legislaciones penales europeas es muy similar: El art. 324-1 del Código Penal francés, introducido por ley 392 de 13 de Mayo de 1996, define el blanqueo como el hecho de facilitar por cualquier medio la falsa justificación del origen de los recursos o de los bienes obtenidos por el autor de un crimen o de un delito, procurándole a éste un provecho directo o indirecto, y también el hecho de participar deliberadamente en cualquier operación de

colocación, encubrimiento o conversión de las ganancias que procedan directa o indirectamente de un crimen o de un delito; el parágrafo 261 del StGB alemán considera autor del delito de blanqueo a quien ocultare o encubriere el origen de los bienes procedentes de determinados hechos delictivos, imposibilitare o pusiere en peligro la investigación de la procedencia, la localización, el comiso o el secuestro de tales bienes, los adquiriere, poseyere o utilizare para sí mismo o para un tercero; los arts. 648 bis²⁰ y 648 ter²¹ del Código Penal italiano sancionan a quien sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito no culposo o ejecute en relación con los mismos otras operaciones que obstaculicen la identificación de su procedencia delictiva, y a quien emplee en actividades económicas o financieras dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito; la legislación de Portugal incluye las conductas de convertir, transferir, auxiliar o facilitar alguna operación de conversión o transferencia de los bienes o productos procedentes de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, ocultar o disimular su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales, o derechos relativos a tales bienes o productos, y adquirir, recibir bajo cualquier título, utilizar, poseer o conservar los citados bienes o productos.

Contenido material de las conductas típicas: La extensión del ámbito de punición de las conductas de blanqueo –que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 solamente eran relacionadas con las actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos- se había convertido en una exigencia ineludible, so pena de incumplir los compromisos internacionales contraídos por nuestro país. Por una parte, el Convenio de Estrasburgo de 1990 obligaba a adoptar esta solución respecto al producto de todos los delitos graves. Por otra parte, la Directiva Comunitaria 91/308/CEE y la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales habían extendido los controles administrativos establecidos en evitación de estas actividades no solo al narcotráfico, sino también al terrorismo y a la delincuencia organizada.

Prácticamente la totalidad de los países integrantes de la Unión Europea sancionan penalmente el blanqueo de capitales al menos cuando éstos proceden de delitos graves, y en algunos casos –como sucede con la legislación penal española- han extendido este delito a todos los bienes y capitales que tengan origen delictivo²², como sucede con las legislaciones penales de Bélgica²³, Francia²⁴, o Italia²⁵. Por el contrario, la legislación penal de Alemania²⁶ limita el delito de blanqueo a los casos en que el origen de los bienes sean crímenes, delitos de tráfico de estupefacientes, delitos cometidos por un miembro de una organización criminal o determinados delitos²⁷ cuando el autor actúe con habitualidad o en calidad de miembro de una organización constituida para la comisión continuada de tales hechos.

No se exige, a diferencia de la receptación, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, y por tanto no es necesario que el autor haya obtenido o se proponga obtener algún beneficio o ventaja. Esta es, sin duda, una de las diferencias más importantes y sustanciales entre esta figura delictiva y el tipo clásico de receptación, por lo que en principio cualquier conducta de auxilio para que una tercera persona obtuviere provecho estaría incluida en el nuevo tipo penal, que debe ser considerado norma especial también frente al delito de encubrimiento previsto por el art. 451 del nuevo CP.

20 Reciclaje.

21 Empleo de dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas de procedencia ilícita.

22 No sólo de delitos graves.

23 Art. 505 del Código Penal.

24 Art. 324-1 del Código Penal.

25 Arts. 648 bis y 648 ter del Código Penal.

26 Parágrafo 261 del StGB.

27 Parágrafos 246, 263, 264, 266, 267, 332 y 334

Así, la STS de 5-10-92 ha afirmado que *“en cuanto a la conducta no sólo se pena la receptación propia, aprovecharse para sí, sino también el auxilio para que un tercero se lucre”*; y la STS de 19-02-2002 precisa que el blanqueo de capitales sanciona unas conductas más específicas que el encubrimiento, cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1ª del art. 8 del Código Penal, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios. Por otra parte, tampoco es necesario que se determine el beneficio exacto que pudiese reportarle su actividad²⁸, si éste hubiere sido obtenido.

A los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes²⁹, conducta nuclear del tipo penal, se equiparan otra serie de conductas -adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión- cuya significación no plantea dudas y que no requieren para su consumación la efectiva ocultación o encubrimiento de los bienes aunque sí la intención o finalidad de ocultarlos o encubrirlos. El simple hecho de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión con el fin de ocultar o encubrir los bienes satisface plenamente las exigencias típicas del precepto. Ahora bien, en la práctica resultará inusual encontrar un supuesto en el que se pueda entender que los citados actos de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión no son “per se” actos de ocultación o encubrimiento. La STS. de 21-1-93, interpretando correctamente y en sus justos términos el alcance de la norma, subsumió en el art. 344 bis h) del anterior Código el hecho de facilitar unas cuentas corrientes para que fueran ingresadas las ganancias derivadas de la venta de drogas; la STS de 8-11-00 volvió a considerar como un acto de ocultación definido en el art. 301.1 del vigente Código a quién permite que en una cuenta corriente abierta a su nombre se hiciesen ingresos de dinero procedente del tráfico de drogas, retirándolos posteriormente como si fueran lícitos; también la STS de 19-2-02 ha considerado como actos constitutivos de blanqueo el depósito de un dinero de origen criminal en la caja de seguridad de una entidad bancaria y el ingreso de otra cantidad en una libreta de ahorros, con el fin de ocultar, obstruir y eludir las investigaciones e intervenciones judiciales y policiales.

La jurisprudencia ha considerado también como actos típicos conductas tales como los cambios de pesetas a dólares en entidades bancarias³⁰, prestarse a servir como testaferro en la titularidad de bienes ilícitos³¹, o gestionar la recuperación de dinero intervenido por las Autoridades y susceptible de decomiso³².

Por otra parte, la expresión “realizar cualquier otro acto” con el propósito de ocultar o encubrir los bienes constituye una especie de cajón de sastre donde tendrán cabida cualesquiera otras conductas no contempladas expresamente. Se trata de una fórmula, excesivamente abierta e indeterminada desde el punto de vista de la tipicidad, que el legislador ha utilizado en otras ocasiones y que comporta una auténtica excepcionalidad de la complicidad en beneficio de las formas de autoría. También se ha planteado la problemática referida a los “actos neutrales”, como acciones cotidianas socialmente adecuadas que solo en determinadas circunstancias son punibles. Así la STS de 1-2-2007, en relación con una conducta consistente en servir de testaferro para la compra de un inmueble, señala que para que sea una acción de participación punible debe tener un sentido objetivamente delictivo, y que en el caso concreto la acción del testaferro conlleva ocultamiento lo que aumenta el riesgo de comisión del delito. En idéntico sentido las SSTS de 11-12-2013 y 7-2-2014 señalan que los actos dejan de ser neutrales cuando suponen un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y esto sucede cuando la acción sea objetivamente delictiva por favorecer el hecho principal ejecutado con finalidad delictiva e implique un aumento del riesgo o supere los límites del papel profesional del cooperante, y cuando se ejecuta con conocimiento del contexto delictivo en el que se desarrolla.

28 STS. de 16-6-93

29 Art. 301.2

30 SSTs de 16-3-2004 y 15-11-2004

31 SSTs de 15-12-2004, 1-2-2007 y 7-2-2014

32 SSTs de 15-11-2004 y 6-2-2014

Queda, por último, la realización de cualquier otro acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos graves. Es una figura ambigua y confusa, asimilable en principio al favorecimiento personal previsto en el art. 451-3º. La STS. de 25-6-93 constituye un claro ejemplo de las dificultades interpretativas que se derivaban de la inclusión de esta conducta: consideró aplicable el art. 344 bis h) a un caso en el que una persona le indicó al poseedor de una determinada cantidad de droga el lugar del vehículo donde ocultarla momentos antes de ser registrado por agentes de policía. Bien es cierto que el art. 344 bis h), como consecuencia de una incorrecta transposición del art. 3-1-b) de la Convención de Viena, comprendía la realización de actos de participación en los delitos de los que procedían tales bienes, conductas que también eran susceptibles de ser encajadas en el art. 344 del anterior Código. Algunos autores anudan en todo caso a los bienes de origen ilícito la ejecución de esos actos con el propósito de ayudar al partícipe en el delito previo. Si así fuera, la acción debería recaer en todo caso sobre los bienes y, por lo tanto, la ayuda para eludir las consecuencias jurídicas derivadas de la participación en el delito antecedente difícilmente podría revestir otra modalidad que no tuviera como fin la ocultación o encubrimiento de tales bienes.

Sin embargo, cuando las conductas de blanqueo han sido pactadas de antemano y se encuentran insertas en un conjunto de actividades estructuradas por una organización dedicada tanto al tráfico, o en su caso a otras actividades delictivas graves, como al reciclaje de los beneficios de él derivados, podrán subsumirse en el precepto penal que tipifique aquellos hechos antecedentes.

Así lo entiende la citada STS de 21-1-93 que, tras indicar que los actos posteriores concertados previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan “ex post”, son reprochables “ex ante”, afirma que quien auxilie a los traficantes, facilitándoles de alguna manera las operaciones de tráfico, está de un modo indirecto, pero encadenado con la final facilitación del consumo, contribuyendo al favorecimiento de aquella actividad y del propio consumo, y que tal conducta constituye una forma propia de autoría subsumible en una de las alternativas típicas contenidas en el art. 368 del Código Penal.

La intervención o colaboración del sujeto activo, no ya en la primera fase del blanqueo³³, es decir, en la obtención directa del producto como beneficio inmediato de actos concretos constitutivos de delitos graves, sino en los sucesivos tramos o etapas del circuito económico³⁴, en los que aquél sufre múltiples y variados cambios con objeto de encubrir u ocultar su origen, está inevitablemente comprendida en el tipo, siempre que se conozca su primitiva procedencia, esto es, que se conozca genéricamente que estos bienes, efectos o haberes tienen su origen en actividades delictivas, sin que sea preciso que ese conocimiento sea exacto, detallado y pormenorizado respecto a la conducta delictiva realizada conforme a un consolidado criterio jurisprudencial.

Así pues, el blanqueo puede ser descrito como un proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez ocultados su origen geográfico y ocupacional. Esta definición, con ligeros matices, es similar a la sugerida por el Grupo Internacional de Acción Financiera³⁵ que dividió la operativa de blanqueo en tres etapas: colocación³⁶, diversificación o estratificación³⁷ e integración³⁸.

33 La de colocación.

34 Especialmente en las fases de diversificación e integración.

35 G.A.F.I.

36 Inmersión del dinero en efectivo en la economía legal o su salida clandestina del país en el que se genera.

37 Separación de la fuente mediante la creación de complejas estructuras de cobertura.

38 Reinserción de los fondos blanqueados en la economía legal.

Las diferentes posiciones doctrinales que tradicionalmente se presentaban en el tipo penal de la receptación propia en cuanto a la inclusión de las modalidades de receptación sustitutiva y de receptación en cadena carecen ya de interés, puesto que el objeto de la acción, es decir, los bienes, comprende el producto directo del delito y las ganancias. La nueva regulación del comiso, tanto el art. 127 como el art. 374, y el apartado 5 del art. 301 obligan a incautar y decomisar los efectos procedentes del delito y las ganancias de él derivadas cualesquiera que sean las transformaciones que hayan experimentado, y semejante prescripción normativa refuerza, sin duda, la tesis que se sostiene.

2. Los subtipos agravados del art. 301.1

El primero de los subtipos agravados se contiene en el párrafo 2º del art. 301.1 para los casos en que los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas descritos en los arts. 368 a 372 del Código, y conlleva la imposición de la pena en su mitad superior³⁹. Obviamente, no existe óbice alguno para considerar que esa agravación es aplicable también al art. 301.2, pues tanto las conductas descritas en este párrafo como las del anterior conforman el tipo básico.

Aunque se ha criticado la existencia de este subtipo agravado, debe reconocerse que el tráfico ilegal de drogas es la actividad criminal más rentable, la que más beneficios genera, y quizás por ello el legislador, consciente del elevado porcentaje que el dinero de la droga representa en el total de los capitales ilícitos, y del riesgo adicional que ello supone para el orden socioeconómico, haya entendido que la respuesta penal, para que tenga un contenido realmente disuasorio desde el plano de la prevención general, deba ser más rigurosa. Desde luego, la sanción penal agravada no es desproporcionada en comparación con las penas previstas para las conductas básicas del art. 368, para comportamientos insertos en lo que se conoce como “pequeño tráfico”.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 ha ampliado los subtipos agravados para imponer idéntica pena (en su mitad superior)⁴⁰ a aquellos actos de blanqueo en los que el origen de los bienes sea algunas de las actividades delictivas claramente vinculadas con la corrupción pública que a continuación se mencionan: cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁴¹, y sobre la ordenación del territorio. Sin duda, la constatación de un notable incremento de los casos de corrupción pública e institucional en nuestro país es razón más que suficiente para justificar esta agravación punitiva.

Ahora bien, la reforma no ha tenido en cuenta que el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del capítulo X del Título XIX ha desaparecido, pasando a incluirse tales conductas en los tipos penales considerados como corrupción en los negocios⁴², por lo que al no haberse modificado este precepto el subtipo agravado difícilmente podrá aplicarse cuando los bienes blanqueados tengan su origen en los actos de corrupción en los negocios.

3. Objeto del delito

El objeto de la acción son los bienes, cuya definición encontramos en los arts. 1-q) de la Convención de Viena de 1988 y 2-d) de la Convención de Palermo de 2000: “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos

39 Prisión de 3 años y 3 meses a 6 años, y multa del duplo al triplo del valor de los bienes.

40 (Por ejemplo, extranjeros que ingresan por primera vez a territorio peruano)

41 Cuyo art. 445 ya ha sido derogado por la ley orgánica 1/2015.

42 Arts. 286 bis a quater.

legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. En idénticos términos se pronuncian otros instrumentos jurídicos supranacionales, como el art. 1.b) del Convenio de Estrasburgo de 1990 y el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE de 10-6-91.

El concepto es tan amplio que no existe obstáculo alguno para incluir el producto directo del delito, las ganancias y las sucesivas transformaciones o mutaciones que aquellos experimenten en el tráfico jurídico. Se soslayan así los abundantes problemas interpretativos que, por el contrario, se plantean en la receptación propia al limitarse el objeto a los efectos del delito, porque doctrinalmente se ha venido considerando que en el término “efectos” se incluyen únicamente los productos obtenidos directamente del delito, y no los bienes que puede haber adquirido el sujeto activo del hecho delictivo principal negociando con el producto directo de aquel delito.

El art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril amplía el objeto del delito para incluir expresamente como tal la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública. La mención no es baladí, pues con ello se trata de favorecer la tesis de que el delito fiscal pueda ser considerado como actividad delictiva antecedente.

También el art. 3 de la Cuarta Directiva 849/2015 de 20 de Mayo sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo incluye expresamente el delito fiscal como una de las actividades delictivas antecedentes que dotan de ilicitud a los bienes que son blanqueados.

4. Participación en el delito fuente y compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente. El autoblanqueo

Tradicionalmente se venía entendiendo que, aun cuando el tipo penal no recoge expresamente para poder ser partícipe -a diferencia de la receptación propia y del encubrimiento- la circunstancia de no haber intervenido en el delito previo como autor o cómplice, en cierto modo mantenía su vigencia en el terreno dogmático como principio general, al igual que en la receptación propia, la impunidad del autoencubrimiento, es decir, que los actos de aprovechamiento de los efectos de un delito en cuya ejecución se ha intervenido son actos posteriores impunes por consunción en cuanto agotamiento del delito.

No obstante, la naturaleza autónoma y pluriofensiva de esta infracción criminal legitimaba la tesis de la viabilidad de la comisión de un delito de blanqueo por el partícipe en el delito antecedente en la generalidad de los casos, y por ende la punición del autoblanqueo, incluso en aquellos supuestos en los que los bienes objeto de la acción sean el producto directo de la actividad criminal antecedente: son dos acciones típicas distintas, autónomas entre sí y que infringen bienes jurídicos diferentes. La interpretación de nuestros Tribunales se ha posicionado claramente en esta dirección:

- a. La sentencia de 22-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴³ condenó a un individuo como autor de un delito contra la salud pública y de un delito de blanqueo, lo que demuestra la compatibilidad de ambas infracciones en determinados supuestos: en el caso concreto el individuo condenado había participado bajo las órdenes de otro condenado en seis operaciones de tráfico ilícito de hachís acaecidas entre el verano de 1992 y el mes de enero de 1995; y además accedió a figurar como titular jurídico formal en las compras de dos inmuebles en los años 1993 y 1994, cuyo precio fue satisfecho con dinero procedente del tráfico ilícito de hachís por el condenado bajo cuyas ordenes se encontraba, percibiendo una comisión por tal

43 Sección 1ª.

motivo. En igual sentido se manifestó la sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴⁴, que condenó a dos individuos por el delito de tráfico ilícito de drogas⁴⁵, y por el delito de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilegal de drogas⁴⁶.

- b. Por el contrario, la sentencia de 3-12-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴⁷, respecto a varios individuos que formaban parte de una organización que blanqueaba dinero y traficaba con heroína para las redes turcas, sostiene que los actos constitutivos de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, y que el autor del blanqueo debe ser ajeno a este delito. En el caso concreto la operación de tráfico de heroína se produjo en el mes de Junio de 1997, mientras que las actividades de blanqueo para la organización turca se desarrollaron entre los años 1993 y 1997, lo que excluye la tesis del autoencubrimiento respecto al delito antecedente sostenida por la Sala de instancia. Idéntico criterio ha mantenido la sentencia de 25-2-00 dictada por la misma Sección respecto a un individuo integrado en dos grupos organizados diferenciados que desarrollaban simultáneamente actividades de tráfico ilícito de cocaína, por un lado, y de blanqueo de dinero de operaciones delictivas de tráfico ilícito de cocaína no concretadas, por otro.

Sin embargo, la posición mantenida por el Tribunal Supremo es contraria a la tesis defendida en las sentencias reseñadas en el anterior párrafo: la STS de 10-1-00, en relación a un individuo condenado como autor de un delito contra la salud pública por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de blanqueo en 1992, señala que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga- con el de blanqueo procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones.

Siguiendo idéntica dirección la STS de 28-7-01, estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 3-12-99 antes mencionada, considera inadmisibles la aplicación a ese caso de la tesis del autoencubrimiento porque la actividad de blanqueo se produce en fechas anteriores a la comisión del delito contra la salud pública por el cual ha resultado condenado, y esgrime dos razones de peso: por un lado, que los hechos por los que se le condena no han supuesto para él ningún beneficio puesto que la incautación se ha producido antes de proceder a su distribución, y por otro lado, tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal comprende tanto la realización de actos de ocultación o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias como de terceras personas que hayan participado en la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos.

- c. También la STS de 18-9-01, resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la antes citada sentencia de la Audiencia Nacional de 12-7-00, sostiene la compatibilidad de ambas infracciones penales, en particular en aquellos casos en los que las operaciones de blanqueo se producen con anterioridad al hecho del tráfico ilícito de drogas, para añadir que la incompatibilidad sólo puede plantearse cuando el autor del delito de tráfico ilícito de drogas es acusado, además, por otro delito de blanqueo de dinero referido a los beneficios obtenidos en aquella otra infracción anterior, no cuando el origen del capital blanqueado se encuentra en otros hechos de tráfico de drogas diferentes de aquél por el que se condenó.

44 Sección 1ª.

45 Por su relación con la aprehensión de 84 kilogramos de cocaína el 28-10-97.

46 Al haber ejecutado en fechas anteriores, entre los meses de Enero y Octubre de 1997, operaciones de cambio de pesetas –por un importe aproximado de 50 millones- a marcos alemanes.

47 Sección 2ª.

Y en el mismo sentido, la STS de 28-11-01, confirmando la condena por un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico dictada por la Audiencia Nacional, en sentencia de 26-6-00, añade que es perfectamente posible la existencia de una organización que, en su estructura, comprenda tanto las actuaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes, como el blanqueo de dinero, y si se acredita la actuación de una persona en ambas actividades nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, de manera que no es necesario que la actividad de blanqueo aparezca desconectada del delito contra la salud pública ya que en la realidad las actividades serán confluyentes y preordenadas.

d. Las SSTS de 14-4-03 y 29-11-03 invocan el art. 6.2.b) del Convenio de Estrasburgo para concluir que si existe condena por un delito de tráfico ilícito de drogas y completa identidad entre el objeto económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico, y que consecuentemente no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito para quien a su vez ha sido castigado como autor del mismo. Y otras SSTS posteriores⁴⁸ insisten en que son actividades criminales autónomas y afectan a bienes jurídicos diferenciados.

La cuestión fue sometida a Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que en fecha 18-7-2006 ha adoptado como regla general el siguiente pronunciamiento: “el art. 301 no excluye el concurso real con el delito antecedente”.

e. Esta línea jurisprudencial del concurso real de delitos, salvo una discutible excepción a la que haremos referencia en el apartado siguiente, se ha confirmado en varias sentencias del Tribunal Supremo. Las SSTS. de 16-3-04, 15-11-04, 24-2-05, 27-4-05, 21-12-2005, 25-1-2008 y 6-7-2009. También la más reciente STS de 8-11-2012 considera que es un delito autónomo que tipifica conductas distintas en concurso real, y no una modalidad de absorción. En todos estos casos se aprecia la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la infracción criminal que, aun no constituyendo la fuente directa de los bienes objeto de la acción de blanqueo, ha sido determinante como prueba indiciaria para considerar probado el origen ilícito de tales bienes.

Y las SSTS de 24-3-2014 y 1-4-2014 insisten en la punibilidad del autoblanqueo antes incluso de la reforma de la ley orgánica 5/2010 y en el carácter típico del “blanqueo de lo ya blanqueado”, ya que tales acciones no hacen sino intensificar el injusto multiplicando los efectos nocivos para el sistema financiero.

f. Únicamente la STS de 30-9-05 sostiene una tesis mucho más apegada a la clásica interpretación del delito de blanqueo como una figura accesoria y regida por idénticos principios que la receptación tradicional. Así señala que el art. 301 “contempla dos órdenes de acciones: uno, el de las constitutivas de un tipo de delito mediante el que alguien obtiene ilegítimamente determinados bienes; y otro, el de las propias de quien, guardando con las primeras y su producto una relación de conocimiento, actúa sobre él con objeto de favorecer su puesta en valor o su aprovechamiento. Por tanto y consecuentemente, a esos dos órdenes de acciones corresponden dos órdenes de sujetos: el o los responsables del delito básico y el o los autores de los actos de receptación o afines, entre los que se encuentran los descritos en el art. 301.1 C.Penal.” “De lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 C.Penal en relación con ciertos bienes, debará darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos

48 21-12-2005, 25-1-2008 y 6-7-2009

de cierta manera a conciencia de ese status de ilegalidad”. Para concluir que “una inteligencia de ese precepto como la acogida en la sentencia llevaría al absurdo legal de que cualquiera que, de manera estable y durante un tiempo, hubiera realizado una actividad criminal y obtenido bienes de ella, sorprendido en la ejecución de alguno de tales actos, pudiera ser condenado en aplicación del art. 301.1 C. Penal por el hecho de gestionar en propio beneficio, cambiando o vendiendo, por ejemplo, el producto de otros no enjuiciados”.

- g. La reforma reciente resuelve definitivamente el problema al indicar expresamente en el art. 301.1 que la actividad delictiva antecedente de la que traen origen los bienes puede haber sido cometida por el propio blanqueador o por otra persona distinta, o como literalmente reza “cometida por él o por cualquiera tercera persona”. Y la ley 10/2010, en su art. 1.2 añade que “existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”.

Sin embargo, como indica acertadamente la STS de 29-4-2015, la punición del autoblanqueo ya era admitida jurisprudencialmente antes de la reforma llevada a cabo por ley orgánica 5/2010⁴⁹ con los siguientes argumentos:

- Desde el punto de vista legal:
 - a. Mientras en la receptación y en el encubrimiento el Legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo. Por el contrario, desde la reforma de 2010, se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.
 - b. Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el Legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente les conminan.
 - c. La mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.
- Desde el punto de vista valorativo hay que tomar en consideración:
 - a. Que la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles “salida”, para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al “retorno”, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico. De modo que el precepto que sanciona el tráfico de drogas no puede comprender íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.
 - b. El Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

49 Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de Julio de 2006 y SSTS núm. 960/2008 de 26 de Diciembre y núm. 313/2010 de 8 de abril, entre otras.

- c. Y sobre todo por entender, que este bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial, justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales.

Ha de señalarse, adicionalmente, que la pena establecida para el blanqueo de capitales puede llegar a superar la señalada para el delito antecedente, y no parece congruente que se sancione con mayor gravedad a quien solo blanquea ganancias procedentes de una actividad delictiva que a quien, además de dedicarse a dicha actividad, blanquea las ganancias obtenidas.”

Ahora bien, el elemento determinante que va a permitir diferenciar las conductas de autoblanqueo punibles de aquellas que no lo son es la exigencia típica de que la acción se ejecute con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado.

Con una interpretación correcta del tipo, como la que se expone y aplica en la presente resolución, las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, no están en absoluto proscritas, porque no constituyen actos incluidos en la conducta típica del delito de blanqueo. Y en ningún caso podrá considerarse autoblanqueo, por ejemplo, la posesión de un cuadro o una joya por el mismo que los ha robado o la utilización de un vehículo de motor por el mismo que lo ha sustraído. Ni comete un delito de blanqueo el joven que utiliza la piscina de un amigo, por ejemplo, aunque conozca que sus padres la han construido con ganancias delictivas, porque este tipo de conductas no incluyen intención o finalidad alguna de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a eludir las consecuencias legales de los delitos cometidos y, en consecuencia, no están abarcadas por la funcionalidad del tipo delictivo de blanqueo de capitales al que no puede otorgarse un ámbito de aplicación desmedido.”

La STS de 29-3-2016, reiterando la doctrina de la punición del autoblanqueo acuñada en la STS 849/2014, que contempla un supuesto similar, nos indica:

“...que al menos desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de julio de 2006, donde se acordó que: “el art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”, el criterio casi pacífico, salvo ocasionales digresiones, es la punición del autoblanqueo: 796/2010, de 17 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre; 884/2012, de 8 de noviembre; 997/2012, de 5 de diciembre; 884/2012, de 8 de noviembre, 974/2012, de 5 de diciembre, 279/2013, de 6 de marzo; entre otras varias.

La consideración del recurrente de la consideración de la compra del vehículo con las ganancias obtenidas por el tráfico de drogas como mero agotamiento del delito impune, tiene su sustento en la doctrina de los actos copenados impunes; que si bien carece de contenido y contornos nítidos, su proyección al supuesto de autos supondría que, aunque aisladamente considerado el hecho subsiguiente de la compra del vehículo sería subsumible en el delito de blanqueo de capitales, en cuanto integra el medio de asegurar o realizar el beneficio obtenido directamente perseguido por el hecho delictivo anterior, en virtud del principio de consunción, quedaría consumido por el delito inicial de tráfico de drogas, al cual sigue.

Aún cuando tráfico de drogas y blanqueo de capitales, atienden a tutelar bienes jurídicos diversos, se argumenta desde una consideración valorativa criminológica, que el legislador, al prever el marco

penal del tipo principal, habría tenido en cuenta la fisonomía habitual de las realizaciones típicas de los delitos correspondientes, de manera que aunque el hecho en este caso subsiguiente no se vea directa y formalmente reflejado en el tenor literal del delito prevalente, lo está contemplado de modo implícito, en función de la fenomenología criminal con que se presenta. Dicho de otro modo, aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no sea requisito del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo y su ulterior disfrute, resultan ya ponderados en la determinación de su pena pues fenomenológicamente integra un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma, junto con la pena correspondiente al hecho principal, infringiría la prohibición de doble desvaloración. No en vano, la mayor plasmación de los actos copenados, los encontramos en manifestaciones de actos de aprovechamiento, de aseguramiento y de autoprotección.

Pero consecuentemente, para poder hablar de acto copenado es absolutamente necesario, por una parte, que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole o naturaleza que permita afirmar que el legislador, a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el hecho principal, ha tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho; y por otra, que el legislador no haya decidido que ese acto de aprovechamiento, aseguramiento o de autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre otras razones, en atención a un especial protección de bien jurídico que conculcan, diverso del delito al que subsiguen, o por entender, que precisamente este bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, como por ejemplo al entenderlo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente con frecuencia subyace en la generación de riqueza ilícita y su retorno al circuito y flujo legal de capitales.

Así debemos ponderar en relación con el delito de blanqueo de capitales que:

- a. Mientras en la receptación y en el encubrimiento el legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo determinante, tal exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo; sino que además, desde la última reforma se sanciona expresamente esta conducta cometida por el autor del delito previo.
- b. Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la consideración de mayor gravedad del blanqueo para el legislador, resulta obvia si atendemos a la entidad de las penas que respectivamente les conminan.
- c. Ello deriva de la mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, que la receptación y el encubrimiento, como resulta así mismo de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como por contra se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.
- d. Consiguientemente, ninguna accesoriadad, ni siquiera limitada cabe predicar del delito blanqueo en relación con el delito precedente.

Ya resulta una interpretación extensiva, entender la consunción en sentido exclusivamente valorativo, para poder prescindir de la necesaria unidad de acto que configura el concurso de normas, pero excede ya de su ámbito, entender como precepto más amplio o complejo, el delito de tráfico de drogas, frente de determinados supuestos de blanqueo de capitales, donde además de tutelar el orden socioeconómico; dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia y eventual y muy parcialmente la salud pública, en cuanto bien

tutelado por el delito previo que haya generado el capital ilícito; pues en el ilícito de blanqueo, al margen de las dificultades que origina para la persecución del delito previo o para la efectividad de su decomiso, su característica principal no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles “salida”, para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al “retorno”, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico; de modo que el precepto del tráfico de drogas, ni aún desde la perspectiva valorativa analizada, comprende íntegramente el desvalor de varias de las distintas actividades de blanqueo.

Si bien no resulta determinante, sí es revelador, de la anterior conclusión, que resulta con frecuencia y así en el caso de autos, el acto copenado,⁵⁰ de mayor gravedad que el delito⁵¹ al que subsigue; el tipo del 368 para sustancias que causan grave daños a la salud se sanciona con pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo; mientras que el tipo del 301 cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se castiga con pena de tres años y tres meses⁵² de prisión y multa de duplo al triplo. Resulta de suma dificultad entender que en estos supuestos le legislador, sancionaba el tráfico de drogas con una pena determinada, previendo que en su consumación se perpetrarían actividades típicas sancionadas con mayor pena, que entendía embebidas en el marco penal del primer ilícito.

No parece congruente, que se sancione con mayor gravedad a quien solo blanquea ganancias del narcotráfico que a quien además de dedicarse a la actividad de tráfico de drogas, blanquea las ganancias obtenidas.

En definitiva, no existía inviabilidad típica para sancionar el denominado “autoblanqueo”, antes de la reforma operada en el artículo 301 CP, por la LO 5/2010, que ya lo menciona expresamente. Aunque el autoencubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto excede del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias.”

No obstante, se precisaba en dicha resolución que es cierto que resultaba de suma dificultad, aplicar determinadas actividades típicas del artículo 301 CP, al propio autor del delito previo o determinante; y así el propio informe del Consejo General del Poder Judicial respecto a los autores o cómplices de delitos patrimoniales y socioeconómicos; donde advertía del riesgo de conculcar la proscripción constitucional de bis in idem, en relación fundamentalmente con la actividad de “posesión”, al formar parte de la consumación en estos; de modo que en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática. Así que se proponen diversos criterios de restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscribas. Añade la STS 265/2015, de 29 de abril, con la cita de diversos precedentes, que la esencia del tipo lo integra la expresión “con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito”; finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo; el que adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto, para ser típico se exige que sea para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva.

50 Compsuptae.

51 Lex consumens.

52 A seis años.

En definitiva, como expresaba la STS 884/2012, de 8 de noviembre y resulta de la idea de “alejamiento”, antes indicada, “(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito”.

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Criterios luego reiterados por las SSTs 408/2015 de 8 de julio y 747/2015 de 19 de noviembre.

Incluso desde esta perspectiva, se llega a negar la naturaleza de autoblanqueo, cuando el enjuiciamiento recae sobre un patrimonio generado ilícitamente por operaciones de tráfico “anteriores” a las que motivaron la condena por tráfico de drogas: En estos supuestos no estamos ante una estricta situación de autoblanqueo pues los bienes sobre los que se actúa la forma típica no proceden del tráfico de drogas que motiva la instrucción y enjuiciamiento penal, sino de operaciones anteriores, es decir, un patrimonio desconectado de la concreta operación de tráfico que motiva la investigación. Cuando el patrimonio se ha generado a través de una conducta de tráfico de drogas permanente en el tiempo, este patrimonio de origen ilícito aparece desconectado de una concreta operación de tráfico que ha sido objeto de investigación, pues esa operación interrumpida por la acción policial no ha generado un patrimonio. En estos supuestos, la doble punición es procedente, pues el tráfico de drogas objeto de la condena es ajeno al patrimonio de origen ilícito que tiene su referencia en otras operaciones de tráfico⁵³.

En definitiva, al igual que la STS núm. 653/2015, de 3 de noviembre, donde en supuesto análogo, tras advertir que en la punición del autoblanqueo es necesario, delimitar con precisión la conducta típica para evitar supuestos de doble incriminación, concluye en un supuesto de adquisición de vehículos que el recurrente puso a nombre de su madre y de otras personas, “que la acción de adquirir y ponerlos a nombre de terceras personas es una acción típica del blanqueo pues realiza una conducta dirigida a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes”.

Es también de aplicación al delito de blanqueo lo dispuesto en el art. 300 del Código, pues el citado precepto extiende su ámbito de aplicación a todos los tipos penales recogidos en el capítulo. Así pues, la declaración de irresponsabilidad y la concurrencia de causas de exención de la pena respecto a autores y cómplices del hecho del que provengan los efectos no condiciona en absoluto la exigencia de responsabilidades por la participación en las conductas de receptación y blanqueo.

5. La cuestión de la prescripción

No puede aceptarse que para el cómputo de la prescripción se establezca como “dies a quo” el de la comisión del delito antecedente. Para llegar a esta conclusión, la STS de 10-2-03 se fundamenta en la autonomía del delito de blanqueo respecto a los delitos de los que proceden las ganancias blanqueadas, hasta el punto de no ser necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias—como ya sostuvo la STS de 10-1-00— cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente, por lo que la actividad de ocultar el producto ilícito mediante alguna de las acciones típicas del art. 301 adquiere sustantividad penal propia e independiente del delito del que proceden los bienes blanqueados.

⁵³ STS 286/2015, de 19 de mayo.

La STS de 25-2-2004 llega a la conclusión de que el delito de blanqueo casi nunca es un delito instantáneo, sino de carácter más o menos permanente, pues en la práctica se caracteriza habitualmente como una actividad delictiva continuada de manera que la ejecución de actos individualizados penalmente tipificados sobre un mismo dinero o bienes interrumpen claramente los plazos de prescripción. La resolución analiza un supuesto realmente singular: cuando se llevan a cabo las primeras operaciones de blanqueo respecto a un determinado bien no existía una norma penal que tipificase tales comportamientos, que se habían producido antes de la entrada en vigor del art. 546 bis f) que introdujo la ley orgánica 1/88 de 24 de Marzo. En la fundamentación jurídica se establecen las siguientes conclusiones:

- a. Este delito prácticamente nunca podrá manifestarse o exteriorizarse a través de un acto único, que alcance sus objetivos con una sola maniobra financiera o comercial; normalmente nos enfrentaremos a un complejo hecho delictivo, salpicado de múltiples operaciones de encubrimiento
- b. El delito no se agota hasta que, de una manera más o menos definitiva, los bienes y dinero de procedencia ilícita pasan a integrarse en el circuito financiero legal para lo que la utilización de entidades bancarias resulta, en la mayoría de los casos, un instrumento indispensable; por ello, la vigencia de la norma penal habrá que proyectarla sobre todo el conjunto de operaciones en las que los recurrentes participan, siendo irrelevante que el diseño de las mismas comenzara antes de la entrada en vigor de la ley penal

Mucho más recientemente la STS de 1-4-2014, en un supuesto en el que los fondos que procedían del narcotráfico fueron generados antes de la vigencia del art. 546 bis f) incorporado por ley orgánica 1/88, pero los actos constitutivos de blanqueo objeto del proceso fueron ejecutados tras la vigencia de esa ley, señala que no puede sostenerse que la reforma trajo una especie de efecto “balsámico” respecto del dinero procedente del narcotráfico que inundaba el mercado, para concluir que los fondos o bienes no pierden su origen criminal por el hecho de que no existiera una regulación penal específica que sancionara los actos de blanqueo.

Para la STS de 11-3-2016, el delito de blanqueo de capitales no es un delito permanente, pero partiendo de que *“solo cabe hablar de consumación del lavado y del delito cuando los fondos que son su objeto ingresan y pueden ya operar en la economía real regular, después de haber puesto la distancia necesaria respecto de la fuente ilícita de obtención, ocultándola”* ha entendido que no cabe apreciar aisladamente la prescripción de actos concretos de blanqueo, sino que debe examinarse la actividad de lavado en su integridad y apreciar la prescripción, si fuera procedente, tomando como fecha de inicio del cómputo del plazo la de la última acción de blanqueo ejecutada. Así se desprende de la STS 350/2014, de 29 de abril y de la STS nº 707/2006, de 23 de junio, en la que se dice que aunque el blanqueo no pueda considerarse un delito permanente, *“ello no quiere decir que en las transformaciones sucesivas de capitales, no deba contarse como fecha “a quo” la de la última transformación”*.

En el caso, en los hechos probados se describe una conducta en la que, desde 1995, en que se inicia la conducta de tráfico de drogas de la que proceden los ingresos ilícitos del recurrente, hasta los últimos actos considerados de blanqueo, ejecutados en el año 2012, los recurrentes han desarrollado continuadamente distintas actuaciones orientadas a la ocultación o el encubrimiento del origen delictivo del dinero con el que se adquirirían los distintos bienes, lo que permite considerar

que, aunque se trata de un solo delito y no de varios, su ejecución se ha producido a lo largo de ese extenso periodo de tiempo.

No es aplicable a estos hechos lo resuelto en la STS nº 893/2013, de 22 de noviembre, pues en esta sentencia se examinaba un supuesto en el que entre el primer acto de blanqueo y el segundo habían transcurrido diecisiete años, en los cuales no se había ejecutado ninguna actividad relacionada con el delito del que los bienes procedían, ni tampoco de blanqueo de los mismos. Se decía en esa sentencia que *“transcurrieron 17 años desde la operación de compra de la licencia de taxi hasta la reventa de la misma, sin que conste que en ese extenso periodo de tiempo se ejecutara ningún otro acto de blanqueo que permita hablar de una posible continuidad delictiva ni de una reiteración de actos que den pie para elucubrar con la existencia de un delito permanente”*.

A diferencia de este caso, en el presente no ha transcurrido el plazo de prescripción de diez años entre ninguno de los actos de blanqueo que se describen en el relato fáctico, por lo que no puede apreciarse la prescripción de la actividad de blanqueo en su totalidad ni tampoco la de ninguno de los actos de blanqueo aisladamente considerado.

6. Delito continuado

También se ha planteado el problema de la continuidad delictiva, en cuanto la actividad de blanqueo solo muy excepcionalmente se reconduce a la ejecución de un solo acto, y frecuentemente se ve reflejada en toda una dinámica delictiva caracterizada por la comisión de sucesivos y variados actos que encajan en el art. 301. Lo cierto es que el propio tipo penal se identifica con la ejecución o realización de actos en plural⁵⁴. Para una consolidada doctrina jurisprudencial⁵⁵ son tipos penales que incluyen “conceptos globales” y que se configuran sobre una pluralidad de hechos de modo que la ejecución de varias acciones punibles de contenido semejante no constituyen un delito continuado sino una sola infracción penal.

La STS de 11-3-2016 señala a este respecto que la ejecución de distintas conductas, que aisladamente constituirían actos típicos de blanqueo, aun cuando afecten a distintos bienes que proceden de una misma actividad delictiva sostenida en el tiempo, no dan lugar a varios delitos independientes de blanqueo, uno por cada acto típico, sino a un solo delito ejecutado mediante varias acciones homogéneas. En la STS nº 350/2014, de 29 de abril, se descartó la apreciación de un delito continuado en casos como el mencionado, afirmando que se trataría en realidad de *“un delito único con pluralidad de conductas homogéneas”*. En la misma línea, en la STS nº 120/2013, de 20 de febrero, se examinaba un caso en el que se describía una conducta delictiva desarrollada en el curso de nueve años, durante los cuales los acusados compraron escalonadamente diferentes fincas como sistema de blanqueo, y, además, realizaron progresivamente en ellas algunas construcciones relevantes como procedimiento también de ocultamiento del dinero adquirido mediante el tráfico de drogas, considerando la existencia de un único delito de blanqueo de capitales.

7. Consumación

En cuanto a la consumación, al igual que en la receptación propia, habrá que considerar que éste es un delito de resultado y no de mera actividad, por lo que admite formas imperfectas de ejecución, y que como en todos los delitos de enriquecimiento la consumación se produce con

⁵⁴ Al igual que otros delitos como los previstos en el art. 325 o 368 CP.

⁵⁵ SSTS 22-3-2002, 13-9-2004, 5-12-2012, 20-2-2013, 1-4-2014, 29-4-2014, 2-10-2015 y 11-3-2016 entre otras.

la mera disponibilidad o posibilidad de disposición de los objetos o bienes⁵⁶. En consecuencia, dado que la obtención real y efectiva de un beneficio por el culpable pertenece ya a la fase de agotamiento del delito⁵⁷, es independiente de la consumación el que se haya o no producido el definitivo aprovechamiento de los efectos de la infracción penal⁵⁸.

8. Situaciones concursales

Al objeto de delimitar el ámbito de aplicación de este tipo penal hay que comenzar por resolver el problema concursal con el delito de receptación propia, y ello mediante la aplicación de la regla de la especialidad prevista en el art. 8.1 del Código. Si la STS de 19-02-02 ya apuntaba en esa dirección considerando más específico el delito de blanqueo que el de receptación, la STS de 19-12-03 definitivamente afirma que el delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de manera que por las reglas de la especialidad y de la alternatividad, los hechos deben ser sancionados conforme al art. 301 del Código Penal. Según la citada sentencia los elementos que diferencian ambas conductas delictivas son los siguientes:

- a. El delito previo en el blanqueo de capitales debe ser cualquier delito grave⁵⁹, mientras que en la receptación se exige una mayor concreción, ya que ha de tratarse siempre de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico;
- b. No existe unanimidad sobre si el autor del delito previo puede ser autor o cómplice del delito de blanqueo de capitales⁶⁰, mientras que está expresamente excluido en el caso del delito de receptación;
- c. El delito de receptación exige siempre ánimo de lucro, lo que no es preciso en el blanqueo de capitales;
- d. En la receptación del art. 298 CP no está prevista la receptación sustitutiva, mientras que sí resulta posible en el blanqueo, mediante la sucesión en las transformaciones del bien de que se trate;
- e. La conducta típica de la receptación abarca la simple recepción de los bienes, mientras que en el blanqueo las modalidades son más amplias: adquisición, conversión y transformación; y
- f. La conducta típica de la receptación castiga al que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, agravándose la penalidad cuando se trafique con ellos, mientras que en el blanqueo de capitales la conducta consiste en adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

56 SSTS de 13-3-90, 22-6-90, 16-10-91 y 27-1-92 entre otras.

57 SSTS de 20-1-84, 25-4-85, 19-12-86, 30-5-87, 9-3-88 y 26-6-89 entre otras muchas.

58 STS. de 21-9-94.

59 Cualquier delito tras la reforma de la ley orgánica 15/2003.

60 La STS de 28-7-01 declaró esta posibilidad.

Para la STS de 29-4-2015 entre ambas conductas delictivas⁶¹, que precisamente se titula, “de la receptación y el blanqueo de capitales”.

Pero entre ambos delitos existen relevantes diferencias:

1. Ambos delitos presuponen un delito precedente que ha producido ganancias a sus autores, si bien la receptación exige que sea en todo caso un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, y el blanqueo puede tener como antecedente cualquier actividad delictiva, no estrictamente patrimonial, por ejemplo el tráfico de estupefacientes o la corrupción urbanística.
2. En ambos delitos se exige el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, pero en la receptación se exige además que el receptor no haya participado en la actividad delictiva previa ni como autor ni como cómplice, mientras que en el blanqueo las ganancias blanqueadas pueden proceder de la propia actividad delictiva del blanqueador.
3. Ambos delitos se refieren a una intervención postdelictiva, pero la actividad que se sanciona tiene una finalidad distinta. En la receptación lo que se prohíbe, esencialmente, es que el tercero se beneficie del resultado de la actividad delictiva previa, o ayude al autor a que se aproveche de los efectos del delito, pero en todo caso con ánimo de lucro propio. En el blanqueo lo que se trata de evitar es que los bienes de origen delictivo se integren en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, sin que se exija necesariamente ánimo de lucro en la operación específica de blanqueo.
4. Ambos delitos están sancionados con pena de prisión, con el mismo límite mínimo, seis meses, pero la pena máxima es superior en el blanqueo, seis años frente a dos años, y además la receptación contiene una limitación punitiva que no existe en el blanqueo: en ningún caso podrá imponerse una pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto.

Las mismas reglas de la especialidad y de la alternatividad⁶² deben servir también para resolver el concurso con el delito de encubrimiento del art. 451 CP.

Pero sin duda la cuestión más interesante que se ha suscitado en los últimos tiempos no es otra que la tributación de las rentas o rendimientos ilícitamente obtenidos o, dicho de otro modo, la compatibilidad de los delitos de naturaleza patrimonial y económica generadores de beneficios ilícitos con los delitos contra la Hacienda Pública y de la imposición de sanciones por ambas infracciones.

Las SSTS de 7-12-96 -caso Nécora- y 21-12-99 -caso Roldán- han apreciado la compatibilidad de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, y que sostener la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellos pudieran generar⁶³.

61 Receptación y blanqueo de capitales) existen semejanzas, y por ello el Legislador las regula en el mismo capítulo del Código (Capítulo XIV del Título XIII. Art. 8.1ª y 4ª CP.

63 Razonamiento sustentado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 3ª en el caso “Nécora”.

La STS de 28-3-01⁶⁴ ha precisado con más nitidez la anterior doctrina, estableciendo que la aplicación del concurso de normas, que permite la absorción del delito fiscal por el delito que es fuente directa de los ingresos, requiere la concurrencia de tres requisitos:

1. Que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior;
2. Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; y
3. Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

La STS de 15-9-2005 reitera esa doctrina con dos importantes conclusiones:

1. No cabe el concurso de normas del art. 8 CP cuando los ingresos no declarados tengan un origen delictivo de manera indirecta porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias; y
2. Sólo si el delito del que proceden los ingresos es objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, debiendo en otro caso ser sancionados de manera autónoma⁶⁵.

Particularmente interesante resulta la sentencia de 31-1-2003 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁶⁶, en el caso “Charlines” al haber apreciado nuevamente la compatibilidad punitiva del delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico y del delito fiscal consistente en la no tributación por tales beneficios obtenidos argumentando que “no nos encontramos ante un mismo hecho que se sanciona desde dos o tres perspectivas diferentes sino ante hechos distintos: uno, generador o fuente del ingreso, consistente en traficar con drogas⁶⁷ que no se juzga en este proceso; otro, consistente en ocultar ese dinero, transformarlo y reintroducirlo en el mundo económico financiero legal⁶⁸; y un tercero, consistente en ocultar a la Hacienda Pública los cuantiosos incrementos patrimoniales obtenidos a partir de inversiones realizadas, en todo o en parte, con dinero de ilícita procedencia o de la reinversión de ganancias ilícitas. Dicho de otro modo, los acusados realizan un conjunto de negocios jurídicos⁶⁹ con la finalidad de regularizar, reconvertir o legalizar bienes o dinero de procedencia ilícita. Esta actividad de gran complejidad incluye operaciones tendentes a la entrada en el sistema financiero del dinero ilícito⁷⁰, otras posteriores cuyo fin es borrar el rastro inicial⁷¹ y una final de integración del dinero ilícito en el patrimonio del sujeto activo mediante el retorno de los fondos en forma, generalmente, de activos financieros y bienes. Los delitos contra la hacienda pública son independientes de toda esa actividad desplegada para regularizar el dinero ilícito. Es más, el incumplimiento de las obligaciones fiscales es posterior e independiente a la obtención de los fondos ilícitos y se produce precisamente cuando estos retornan al patrimonio de los sujetos activos como si de dinero legal se tratara”.

64 Caso “Urralburu”.

65 Concurso real de delitos.

66 Sección 3ª.

67 Delito contra la salud pública.

68 Blanqueo.

69 Compras de lotería premiada, pagarés y propiedades, ventas, constituciones de sociedades, ampliaciones de capital, etc.

70 Fase generalmente denominada de colocación.

71 Diversificación.

9. El delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos.

La polémica jurídica alcanza una especial intensidad a la hora de determinar si el delito fiscal puede ser delito antecedente en relación con el delito de blanqueo de dinero. La respuesta tiene que ser afirmativa pues el art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo incluye entre los bienes procedentes de una actividad delictiva la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

También el art. 3 de la Cuarta Directiva 849/2015 de 20 de Mayo sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo incluye expresamente el delito fiscal como una de las actividades delictivas antecedentes que dotan de ilícito a los bienes que son blanqueados.

La STS de 5-12-2012⁷² analiza detenidamente esta cuestión y así lo estima al señalar que “existe en la actualidad una polémica en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional acerca de la posibilidad de que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales.

Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión:

- A. La posición que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina los fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador⁷³.
- B. La que considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, y

⁷² Dictada en el caso Ballena Blanca.

⁷³ Los argumentos contrarios, que fundamentan esta posición, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1) Argumento relacionado con el objeto material: la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal, y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan su origen en el mismo.

Estas expresiones sirven a parte de la doctrina a entender que el dinero negro o B no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito. El objeto material del delito de blanqueo está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz, exige una relación causal, del delito previo. El hecho de que traen causa los bienes debe ser típico y antijurídico. No puede apreciarse delito de blanqueo cuando el origen de fondos es conocidamente lícito, aunque en su ocultación se hayan utilizados medios típicos para el blanqueo.

Otros autores consideran que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión y no puede ser delito previo del blanqueo aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). No cabe, en este ámbito recurrir a una eventual causalidad hipotética en el sentido de considerar ilícita la ganancia por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un impuesto) la parte de patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo.

Se dice que una cosa es un incremento ilícito de patrimonio y otra que éste no disminuya por razón del incumplimiento de una obligación legal. No es posible imputar la ganancia a la omisión (ilícita) cuando natural u antológicamente puede hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene por causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ello, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago de un tributo. Ello podía dar lugar al delito fiscal (agravado, en su caso, por la interposición de personas) o incluso, al de alzamiento de bienes, cuando las maniobras de ocultación tienen como finalidad evitar la responsabilidad que en su caso pueda declararse por el delito fiscal.

2) Argumento relacionado con la conducta típica. La vulneración del principio non bis in idem. Se afirma que al menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el dinero a la Hacienda Pública, algo tiene que hacer con el dinero no declarado, o lo transmite, o lo convierte u “oculta su ubicación, conductas previstas en el delito del art. 301”, es decir, parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar e ingresar en las arcas del Estado, el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativa tributaria, se lo gasta en otros menesteres. En definitiva no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya encajan en el tipo art. 305 CP, y que pueden ser castigadas con penas de hasta 5 años prisión y multa del séxtuplo de lo defraudado.

3) Argumento político criminal. El delito de blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado...), y se ha convertido en instrumento de control y recaudación fiscal. Esto, según este sector doctrinal, supone un entendimiento político criminal del delito “incoherente y técnicamente inconsistente” y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación. Se alega también el error que supone asignar al delito de blanqueo la finalidad de evitar que el delincuente se beneficie del botín, pues ello supone una “clara confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del blanqueo y la del comiso de ganancias cuya significación y mecánica son radicalmente distintas.

partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse de origen delictivo constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo⁷⁴.

- 74 La postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo parte de una premisa básica cual es que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada. El delito de tráfico de drogas está en el origen histórico del blanqueo en la legislación penal española, y tradicionalmente se ha considerado que el bien objeto del blanqueo es distinto del bien objeto del tráfico de drogas, que son, precisamente, esas sustancias (SSTS. 1070/2003 de 22.7, 1426/2005 de 3.12).
- En la actualidad, superado todo límite respecto a la naturaleza del delito antecedente, no puede consentirse que esa lógica diferenciación entre el objeto del tráfico de drogas y el objeto del blanqueo, se extrapole para dejar impunes blanqueos de ganancias de un delito anterior cuyo objeto era también patrimonial.
- Por tanto, el primer problema es determinar el concepto de esos “bienes”. Los convenios internacionales diferencian entre “bien” y “producto”. Así los dos Convenios del Consejo de Europa relativos al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito firmados en Estrasburgo en 1990 y en Varsovia en 2005 (ésta última referida también a la financiación del terrorismo) al definir el blanqueo (artículo 6 del Convenio de 1990 y artículo 9 del Convenio de Varsovia) se refieren a blanquear “bienes que son producto del delito anterior” (“biens” y “produits” en la traducción francesa y “property” y “proceeds” en la traducción inglesa). Al ratificar España esos Convenios se recoge que el blanqueo se produce sobre “bienes” cuyo origen es un “producto” del delito.
- Pues bien, en la legislación nacional el artículo 301 habla de “bienes cuyo origen es un delito”, luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos.
- Este aparente problema se reconduce, al entender que los bienes objeto del blanqueo son los “ganancias” obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el “producto” del delito antecedente y que pueden ser “activos de cualquier naturaleza”.
- De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las “ganancias” obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.
- Por tanto son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:
- 1º) En el caso del delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada. No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota. En definitiva es la cuota la que se puede lavar.
- El argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio “ne bis in idem” no puede ser compartido, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.
- Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes” o bien “la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”. El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se generan al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, es decir el interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, como la delincuencia organizada cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.
- Realmente nos encontramos ante un delito pluriobjeto que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.
- En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.
- La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.
- Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.
- 2º) En segundo lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010– dice:
- “a los efectos de esta Ley” se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, “con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.
- Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.
- En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito “grave” como antecedente de un ulterior blanqueo, y desde la reforma LO. 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, hasta llegar a la reforma LO. 5/2010 de 22.6, en virtud de la cual el párrafo 1º del art. 301 utiliza la expresión “actividad criminal” en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior condena por blanqueo de capitales.
- Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.
- 3º) La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo
- Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.
- El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o “procedan” de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave.
- Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.
- La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están “contaminados”. Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación de causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que existe conexión causal y, por lo tanto,

La cuestión en el Derecho Comparado: Un análisis de la situación jurídica en otros países permite constatar que algunos tribunales ya se han pronunciado a favor de admitir que el fraude fiscal constituya delito previo del blanqueo.

a. Francia.- El delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales. El CP. art. 324.1 no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés⁷⁵, mediante sentencia de 20 de febrero de 2008, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo el autoblanqueo y que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales.

b. Bélgica.- El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2003, confirmó la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de blanqueo de capitales castigado en el artículo 505 CP. que penaliza el blanqueo, y admite que el delito fiscal es delito previo del blanqueo de capitales. Pero introduce la prohibición legal⁷⁶ de proceder penalmente cuando se trate del blanqueo de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario.

c. Alemania.- Se castiga el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal, pero con unas características especiales. Se excluye al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo, y en el apartado 3 del n° 1 del párrafo 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del blanqueo de capitales procedentes de delitos fiscales, disponiendo que

contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva —en este caso el delito grave (delito fiscal)— el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), —argumenta el sector doctrinal favorable— el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello no impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n° 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen —todavía— carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto, habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

75 Cour de cassation.

76 Inmunidad.

constituyen delito previo del blanqueo de capitales las infracciones previstas en los párrafos 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374⁷⁷ del Código tributario, también en ambos casos en relación con el párrafo 12, apartado 1, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado. La norma penal alemana concreta más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 del párrafo 261 StGB que, el primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada⁷⁸, según el párrafo 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos.

Por tanto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El fundamento, de acuerdo con el legislador alemán, reside en la apreciación de que, normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo.

d. Italia.- La doctrina se encuentra dividida, pero la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, sentencia 4563/2009 de 26.11, se ha pronunciado en el sentido de que el delito de blanqueo previsto en el art. 648 bis CP. no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo. Por ello, delito previo del blanqueo pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos⁷⁹, sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales.

e. Portugal.- El delito de blanqueamiento se encuentra en el art. 368.1 CP, introducido por Ley 11/2004 de 27.3, y entre los delitos previos a los que alude⁸⁰ está el fraude fiscal.

La posición favorable a la idoneidad del delito fiscal como actividad delictiva antecedente o subyacente del blanqueo de capitales es también sostenida por la STS de 29-4-2015, con algunos matices que es preciso destacar. Al considerar que todas las acciones objetivamente constitutivas de blanqueo deben ser ejecutadas con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito excluye que pueda ser punible como blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

10. El principio de universalidad

Los actos delictivos de blanqueo serán objeto de sanción si son cometidos, total o parcialmente, en el extranjero con independencia del lugar de comisión del delito del que provinieran los bienes, y además serán perseguibles y punibles tales conductas por los Tribunales españoles sea español o extranjero el sujeto activo del delito⁸¹.

77 Receptación fiscal de mercancías.

78 En banda.

79 Como la corrupción, los delitos societarios o quiebras.

80 Siguiendo el sistema de listado.

81 Ya que en el precepto no se establece ninguna limitación en cuanto a los sujetos activos.

A través de una norma penal sustantiva se han ampliado los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal previstos en el art. 23.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ha establecido una regulación mucho más restrictiva mediante la ley orgánica 1/2014 de 13 de Marzo para la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, al indicarse en el apartado 4 del art. 301 que el hecho será objeto de sanción tanto si es cometido, total o parcialmente, en el extranjero, como cuando el delito del que provengan los bienes se cometa igualmente en el extranjero⁸².

El sometimiento de estos delitos al principio de justicia universal, y por lo tanto al régimen procesal previsto por el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está justificado si tenemos en cuenta el carácter transnacional de esta delincuencia, la existencia de zonas o espacios en los que gozan de la más absoluta impunidad⁸³, y el hecho comprobado de que el blanqueo no es sino una parte de la actividad delictiva global de estas organizaciones criminales cuya persecución y castigo es vital para limitar su crecimiento y potenciación.

C. La comisión culposa del delito de lavado de activos. La normativa de prevención y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente

La introducción de un tipo imprudente fue una novedad tanto en el plano de la punición del tráfico de drogas como en el de la incriminación específica de la imprudencia. El párrafo 3º del art. 344 bis h) del anterior Código⁸⁴ la describía con los términos “negligencia o ignorancia inexcusables”. Por el contrario, el Código Penal en su art. 301.3 asume la descripción típica del Proyecto de 1992 al utilizar la expresión “imprudencia grave”.

Algunos autores, muy críticos con la versión culposa de este delito, han considerado que se ha ido demasiado lejos al sancionar estos comportamientos, pues ni siquiera la Convención de Viena de 1988 contemplaba la posibilidad de incriminar estas conductas en forma culposa. No así el Convenio Europeo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso del producto del delito abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90, que en su art. 6.3 faculta, aunque no obliga, a las Partes para tipificar como delitos las acciones de blanqueo en los casos en que el delincuente debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito. Sin embargo, nuestro país no es el único que ha optado por sancionar penalmente el blanqueo por negligencia: así, Alemania en el parágrafo 261 de su Código penal⁸⁵ admite el blanqueo cometido mediante imprudencia grave; y Luxemburgo en el art. 8 de la Ley de 7-7-1989 contempla la comisión imprudente de este delito al sancionar a quien por incumplimiento de sus obligaciones profesionales participe en cualquier operación de emplazamiento, encubrimiento o conversión del producto del tráfico ilícito de estupefacientes.

Lo cierto es que el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada aprobado en Junio de 1997 por el Consejo Europeo de Amsterdam contempla como una de las recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la Unión la penalización del blanqueo cometido por negligencia⁸⁶.

Esta figura culposa se diseñó en origen para que los sujetos obligados respondieran penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia hubiera facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada.

82 Arts. 4 de la Convención de Viena de 20-12-1988 y 1.2 de la Ley 10/2010 de 28-4.

83 Paraísos fiscales.

84 Introducido por ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre.

85 En vigor desde el 22-9-1992.

86 Recomendación nº 26.

Pero el tipo penal no limita el campo de los sujetos activos a quienes ostenten responsabilidades o desempeñen funciones en una entidad financiera, de manera que sujeto activo de la infracción culposa puede ser cualquier persona, a diferencia de lo que sucede con la financiación del terrorismo del art. 576, cuando es cometida por imprudencia grave, en el que únicamente puede ser sujeto activo quien esté obligado legalmente a colaborar con la autoridad en la prevención de la financiación del terrorismo⁸⁷.

Así, la sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁸⁸, en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenó a varios individuos como autores de un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico cometido por imprudencia grave por haber intervenido en algunas operaciones consistentes en la recepción de elevadas cantidades de dinero en pesetas, su ingreso en cuentas de las que eran titulares en entidades bancarias, la obtención a cambio de cheques bancarios en dólares a nombre de personas desconocidas, la alegación de actividades de importación de bienes no ejecutadas y finalmente la entrega de los cheques a las personas de quienes recibían el dinero en efectivo.

También la sentencia de 8-4-02 dictada por la misma Sala⁸⁹ en el procedimiento abreviado 53/96 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 ha apreciado responsabilidad penal por imprudencia a particulares no pertenecientes al grupo de sujetos legalmente obligados que ejecutaron cambios de divisas en entidades bancarias atendiendo a idénticos argumentos jurídicos, resolución ésta que ha sido confirmada en casación por la STS de 23-12-03.

La cuestión, no obstante, dista mucho de ser pacífica: mientras que la STS de 14-9-2005 confirma la tesis de que la infracción culposa de blanqueo de capitales no está limitada en cuanto a los sujetos activos, y la STS de 1-2-2007 condena por comisión culposa a un particular que intervino como testafierro en una adquisición de bienes, otras como la STS de 17-6-2005 argumentan que al construirse el delito imprudente sobre el incumplimiento de obligaciones legalmente establecidas únicamente quienes sean sujetos obligados –y no cualquier persona– podrán cometer tal delito, apuntando en esta misma línea la STS de 25-4-2007.

La STS de 27-7-2015 zanja definitivamente la cuestión aceptando que sujeto activo del delito de blanqueo por imprudencia grave puede ser cualquier persona, y que el tipo penal en cuestión no es un delito especial. Los fundamentos jurídicos de la misma dejan escaso margen a la duda al indicar que:

“El art 301 3º no hace referencia alguna al sujeto activo, por lo que ha de aceptarse que configura un subtipo que puede cometer cualquiera. Los tipos dolosos a los que se remite el imprudente son tipos comunes, por lo que sin diferenciación expresa del Legislador no parece congruente configurar específicamente la modalidad imprudente como delito especial.

Asimismo, en el art 576.4 de la LO 2/2015, de 30 de marzo, referido a la financiación del terrorismo, antes 576 bis, 2º⁹⁰, y para castigar la modalidad imprudente, se hace expresa referencia a las personas específicamente sujetas por la ley para colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, por lo que ha de concluirse, como señala la mejor doctrina, que cuando el Legislador quiere limitar el castigo imprudente a los sujetos específicamente mencionados en la LO 10/2010, lo hace expresamente.

87 Delito introducido por la ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal en el art. 576 bis, y reubicado en el art. 576 por la ley orgánica 2/2015.

88 Sección 1ª.

89 Sección 2ª.

90 LO 5/2010, de 22 de junio.

Y desde una perspectiva de la protección del bien jurídico, parece claro que todas las personas que omitan en el ámbito del blanqueo de capitales los más elementales deberes de cuidado⁹¹ colaborando con ello al encubrimiento del origen ilícito de unos bienes o a ayudar a los responsables de un delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, vulneran el bien jurídico protegido. Y, en el caso actual, debe reiterarse lo expresado con suma claridad en el ATS 790/2009, de 2 de diciembre, que acoge la posición del delito común: “Cualquier persona de un nivel intelectual medio es sabedora... de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta de un tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”. Por todo ello ha de concluirse que el delito de blanqueo imprudente es un delito común”.

De la lectura de los debates parlamentarios relativos a las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre -antecedente inmediato del precepto vigente-, parecía desprenderse que el legislador había construido esta conducta culposa pensando fundamentalmente en los miembros de las entidades financieras. Sin embargo, el art. 2 de la Ley 19/93 y de su Reglamento de 9-6-95 extendió el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo no solo las instituciones financieras tradicionales, sino también las personas físicas o jurídicas dedicadas a la actividad de cambio de moneda, y aquellas otras que ejerzan actividades profesionales o empresariales en las que sea habitual la utilización de billetes o títulos al portador tales como casinos de juego, inmobiliarias, comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, e inversión filatélica y numismática⁹². Entre los profesionales que estaban obligados a informar se encontraban los Notarios, y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles⁹³ respecto a los contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales, habiéndose dictado para los mismos la Instrucción de 10-12-99 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales⁹⁴.

La ley 19/2003 de 4 de Julio incorporó como sujetos obligados –siguiendo los dictados de la 2ª Directiva 2001/97/CE de 4 de Diciembre- a contables externos, auditores, asesores fiscales, notarios y profesionales independientes del derecho, indicando específicamente el art. 2.1.ñ) de la ley 10/2010 que los abogados, procuradores u otros profesionales independientes quedarán igualmente sujetos a las obligaciones establecidas por la legislación de prevención cuando:

1. Participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorro o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento y la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos⁹⁵, sociedades o estructuras análogas, o
2. Actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

Ahora bien, esta obligación de colaboración con las Autoridades tiene dos importantes limitaciones:

- el deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores conforme a la legislación vigente⁹⁶, y

91 Pues debe recordarse que solamente se sanciona la imprudencia grave.

92 Art. 2.2 del Reglamento.

93 Arts. 16.1 de la ley y 27 del reglamento.

94 B.O.E. de 29-12-99.

95 Trusts.

96 Reconocido por estatuto constitucional y legal.

- los abogados no están sujetos a las obligaciones establecidas en los arts. 7.3, 18 y 21 de la ley 10/2010 con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

El marco jurídico básico en esta materia está constituido actualmente por la ley 10/2010 de 28 de Abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la cual ha derogado la vieja ley 19/93 de 28 de Diciembre. También ha modificado la ley 19/2003 de 4 de Julio y la ley 12/03 de 21 de Mayo de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. El desarrollo reglamentario se ha producido por Real Decreto 304/2014 de 5 de Mayo.

El sistema de prevención del blanqueo de capitales –sobre el que se asienta la construcción imprudente del delito de blanqueo cuando se trata de sujetos obligados- se articula sobre dos soportes básicos:

1. La existencia de unos órganos de la Administración -la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Servicio Ejecutivo⁹⁷ - encargados, en particular éste último como órgano operativo, del control y del examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados antes citados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales.
2. El establecimiento de un cuadro de obligaciones⁹⁸, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad de dos ámbitos:
 - a. en el orden administrativo con la consiguiente imposición de sanciones que pueden llegar en casos muy graves a la revocación de la autorización administrativa que la entidad en cuestión necesita para operar.
 - b. en el orden penal cuando, bien por imprudencia grave, bien por haber intervenido de manera intencionada, se haya facilitado la operación del blanqueo.

La ley 10/2010 de 28 de Abril estructura los deberes legales que se imponen a los sujetos obligados en cuatro capítulos:

- El capítulo II bajo el título “De la diligencia debida”, que incluye unas medidas normales de diligencia debida en orden a la identificación de los clientes y de sus relaciones de negocio, unas medidas simplificadas de diligencia debida para determinados clientes, productos y operaciones, y unas medidas reforzadas de diligencia debida⁹⁹;

⁹⁷ SEPBLAC

⁹⁸ Identificación de los clientes, examen de operaciones sospechosas, conservación de documentos, comunicación de las operaciones que pueden ser constitutivas de blanqueo de capitales, envío de la información que les sea requerida, reserva frente a clientes y terceros, abstención en la ejecución de las operaciones, programas de control interno y formación de los empleados, y la más recientemente incorporada de declaración sobre el origen, destino y tenencia de fondos.

⁹⁹ Para relaciones de negocio y operaciones no presenciales, corresponsalia bancaria transfronteriza y personas con responsabilidad pública.

El art. 14.1 de la ley 10/2010 considera personas con responsabilidad pública las siguientes:

- a) Aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes por elección, nombramiento o investidura en otros Estados miembros de la Unión Europea o terceros países, tales como los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros u otros miembros de Gobierno, secretarios de Estado o subsecretarios; los parlamentarios; los magistrados de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales, con inclusión de los miembros equivalentes del Ministerio Fiscal; los miembros de tribunales de cuentas o de consejos de bancos centrales; los embajadores y encargados de negocios; el alto personal militar de las Fuerzas Armadas; los miembros de los órganos de administración, de gestión o de supervisión de empresas de titularidad pública.
- b) Aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes en el Estado español, tales como los altos cargos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado; los parlamentarios nacionales y del Parlamento

- El capítulo III regula las obligaciones de información¹⁰⁰;
- El capítulo IV describe las medidas de control interno, incluyendo formación de empleados, protección de empleados y directivos, etc.;
- y el capítulo V relativo a los medios de pago recoge la obligación de declarar determinados movimientos de medios de pago.
- Si bien la Ley configura, en principio, un sistema en el que la comunicación de las operaciones queda sujeta a la valoración del carácter sospechoso de las mismas por parte de los sujetos obligados, circunstancia ésta que en la práctica ha determinado que la cantidad y calidad de las informaciones transmitidas a las Autoridades hayan sido manifiestamente insuficientes, el Reglamento ha optado por un sistema mixto en el que, siguiendo las directrices de la recomendación número 24 del G.A.F.I., se establece la comunicación automática –con exclusión de los clientes habituales de los que se conozca la licitud de sus actividades- de algunos tipos de operaciones¹⁰¹:
- Las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, papel moneda, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera, salvo que se produzcan en la cuenta de un cliente; no obstante, cuando los sujetos obligados realicen envíos de dinero en los términos establecidos en el art. 2 de la ley 16/2009 de 13 de Noviembre d servicios de pago deberán comunicarlas cuando su importe sea superior a 1.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- Las operaciones por o con personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de éstas, en territorios o países designados a estos efectos mediante Orden del Ministro de Economía (paraísos fiscales), así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes cuando el importe sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- Las operaciones que supongan movimientos de medios de pago sujetos a declaración obligatoria de conformidad con el artículo 34 de la Ley 10/2010, de 28 de abril¹⁰².
- La información agregada sobre la actividad de envíos de dinero, definida en el artículo 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, desglosada por países de origen o destino y por agente o centro de actividad.

Europeo; los magistrados del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, con inclusión de los miembros equivalentes del Ministerio Fiscal; los consejeros del Tribunal de Cuentas y del Banco de España; los embajadores y encargados de negocios; el alto personal militar de las Fuerzas Armadas; y los directores, directores adjuntos y miembros del consejo de administración, o función equivalente, de una organización internacional, con inclusión de la Unión Europea.

c) Asimismo, tendrán la consideración de personas con responsabilidad pública aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes en el ámbito autonómico español, como los Presidentes y los Consejeros y demás miembros de los Consejos de Gobierno, así como los altos cargos y los diputados autonómicos y, en el ámbito local español, los alcaldes, concejales y demás altos cargos de los municipios capitales de provincia o de capital de Comunidad Autónoma de las Entidades Locales de más de 50.000 habitantes, o cargos de alta dirección en organizaciones sindicales o empresariales o partidos políticos españoles.

Conforme al art. 14.4 los sujetos obligados aplicarán las medidas establecidas en los dos apartados anteriores a los familiares y allegados de las personas con responsabilidad pública, indicando que a los efectos de este artículo tendrá la consideración de familiar el cónyuge o la persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, así como los padres e hijos, y los cónyuges o personas ligadas a los hijos de forma estable por análoga relación de afectividad; y se considerará allegado toda persona física de la que sea notorio que ostente la titularidad o el control de un instrumento o persona jurídicos conjuntamente con una persona con responsabilidad pública, o que mantenga otro tipo de relaciones empresariales estrechas con la misma, o que ostente la titularidad o el control de un instrumento o persona jurídicos que notoriamente se haya constituido en beneficio de la misma.

100 Examen especial de determinadas operaciones, comunicación de operaciones indiciariamente sospechosas, abstención de ejecutar operaciones en algunos casos, comunicación sistemática de algunas operaciones, colaboración con la Comisión de Prevención y sus órganos de apoyo, prohibición de revelación a clientes y terceros, conservación de documentos.

101 Art. 27 del Reglamento vigente.

102 Más de 10.000 euros si son entradas o salidas del territorio nacional, y más de 100.000 euros para los movimientos dentro del territorio nacional.

- la información agregada sobre la actividad de transferencias con o al exterior de las entidades de crédito, desglosada por países de origen o destino.
- las operaciones que se determinen mediante Orden del Ministro de Economía y Competitividad.

La STS de 27-4-2015 contiene pautas jurisprudenciales muy precisas para determinar el alcance y efectos del delito imprudente, y su distinción respecto al dolo eventual. Así señala que:

“Partiendo del respeto a este marco legal, inexcusable, ha de estimarse que actúa imprudentemente quien ignora el origen ilícito de los bienes por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que impone el art 301 3º. En efecto, es ampliamente mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la conclusión de que la imprudencia no recae sobre la conducta en sí misma, sino sobre el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes¹⁰³. Este criterio es congruente con el hecho de que en esta modalidad imprudente, la pena no se eleva aunque los bienes procedan de delitos de tráfico de estupefacientes, corrupción o contra la ordenación del territorio, lo que indica que la imprudencia no recae sobre la conducta, sino sobre el conocimiento de la procedencia.

La doctrina jurisprudencial acepta sin reservas la aplicación del dolo eventual en los delitos de blanqueo¹⁰⁴.

En los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia¹⁰⁵, realizando actos idóneos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. En la imprudencia se incluyen los supuestos en los que el agente actúa sin conocer la procedencia ilícita de los bienes, pero por las circunstancias del caso se encontraba en condiciones de sospechar fácilmente la ilícita procedencia y de evitar la conducta blanqueadora sólo con haber observado la más elemental cautela, es decir sus deberes de cuidado”.

La STS 257/2014, de 1 de abril señala que la infracción grave del deber de diligencia no está relacionada con el elemento tendencial –la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a las personas que hayan participado en las infracciones–, sino con el conocimiento del origen ilícito de los bienes que han sido objeto de transformación, en el presente caso, las importantes cantidades de dinero que financiaron adquisiciones mobiliarias e inmobiliarias.

También la STS de 15-4-2016 plasma también la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia grave, señalando que en los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia. En la imprudencia se incluyen los supuestos en los que el agente actúa sin conocer la procedencia ilícita de los bienes, pero por las circunstancias del caso se encontraba en condiciones de sospechar fácilmente la ilícita procedencia y de evitar la conducta blanqueadora sólo con haber observado la más elemental cautela, es decir sus deberes de cuidado¹⁰⁶.

¹⁰³ SSTS 286/2015, de 19 de mayo; 412/2014 de 20 de mayo; 1257/2009, de 2 de diciembre; 1025/2009, de 22 de octubre; 16/2009, de 27 de enero; 960/2008, de 26 de diciembre y 103472005, de 14 de septiembre, entre otras.

¹⁰⁴ SSTS: 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2017, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo; 202/2006, de 2 de marzo; 1070/2003, de 22 de julio; 2545/2001, de 4 de enero, etc.

¹⁰⁵ willful blindness

¹⁰⁶ STS nº 749/2015, de 13 de noviembre

Para satisfacer las exigencias del tipo no bastará el simple descuido o negligencia leve. Algunos autores, han entendido que la imprudencia grave equivale al estado supremo de omisión de la diligencia debida, y que no todas las obligaciones previstas por el articulado de la Ley 10/2010 tienen la misma entidad a estos efectos, por lo que la responsabilidad penal bien pudiera derivarse del incumplimiento cumulativo de tales obligaciones, o de la entidad de la obligación incumplida.

En esta línea, conviene precisar, que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos es capaz de generar responsabilidad penal. Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos¹⁰⁷, de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación, y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de la entidad en esta materia¹⁰⁸, cuya depuración solo será posible en el procedimiento administrativo sancionador previsto a tal efecto, ya que su falta de cumplimiento es intrascendente para integrar esa elemental ausencia de previsión determinante de la ejecución de un acto concreto de blanqueo de capitales. Son, en definitiva, obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal.

Por el contrario, el incumplimiento de los deberes que conforman el concepto de la “devida diligencia”¹⁰⁹, el examen especial de las operaciones sospechosas¹¹⁰, la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo¹¹¹, abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación¹¹², la confidencialidad de la operación¹¹³, o la obligación de declarar el origen, tenencia y destino de fondos por importe superior a la cantidad legalmente establecida¹¹⁴ sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente, ya que se trata de obligaciones cuyo incumplimiento en el ámbito administrativo se considera infracción grave o muy grave.

Ahora bien, como excepción a tenor del art. 22 de la ley los abogados no están sujetos a las obligaciones establecidas en los arts. 7.3¹¹⁵, 18¹¹⁶ y 21¹¹⁷ con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender al mismo en procedimientos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.

Incluso prescindiendo de los clásicos supuestos en que el empleado de una entidad financiera actúa en connivencia con los delincuentes¹¹⁸, y en los que la responsabilidad siempre es exigible a título doloso, puede ocurrir también que el incumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por la Ley 10/2010¹¹⁹.

107 Art. 25.

108 Arts. 26 a 33.

109 Arts. 3 a 14.

110 Art.17.

111 Arts. 18 y 20.

112 Art. 19.

113 Art. 24.

114 Art.34.

115 No entablar relaciones de negocio ni ejecutar operaciones.

116 Comunicar operaciones indiciariamente sospechosas.

117 Envío de información a las Autoridades.

118 El ejemplo paradigmático de esta vinculación lo encontramos en el caso del BCCI-Banco de Crédito y Comercio Internacional-, entidad que fue sometida a una exhaustiva investigación llegándose a determinar la implicación de sus más altos directivos en el blanqueo de grandes sumas de dinero procedentes del narcotráfico.

119 Antes ley 19/93) genere responsabilidades a título de dolo eventual. Me estoy refiriendo a aquellas obligaciones cuyo incumplimiento constituye “per se” una infracción administrativa muy grave (art. 51.1.a), b) y c) de la ley.

Así pues, si alguno de los sujetos obligados enunciados en el art. 2 de la Ley posee indicios u obtiene la certeza de que una operación concreta está relacionada con el blanqueo de capitales y:

- a. no comunica al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la citada operación o
- b. no se abstiene de ejecutar la operación o
- c. revela al cliente o a terceros que se ha transmitido al Servicio Ejecutivo información sobre la citada operación, o que se está examinando su vinculación con el blanqueo de capitales, de manera que tales circunstancias propicien que el cliente o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados, parece evidente que la responsabilidad exigible al sujeto activo de tal comportamiento no lo será en razón de la falta de previsión que se le pueda imputar como definitoria de la culpa, sino que deberá serlo a título de dolo eventual.

Como contrapartida a todo lo dicho, el cumplimiento de las obligaciones de comunicación establecidas legal y reglamentariamente no genera ninguna clase de responsabilidad para los sujetos obligados, directivos o empleados. Con gran rotundidad, los arts. 22 de la ley y 15 del reglamento eximen de cualquier responsabilidad siempre que las comunicaciones se hayan producido de buena fe declarando expresamente que “no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa”.

Algunas legislaciones, por razones de eficacia, y sopesando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto o de mera actividad: sancionar como delito la omisión de control o el incumplimiento de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores financieros con independencia de su resultado, de sus consecuencias o del origen de los fondos.

Así, el art. 305-ter del Código Penal suizo castiga “*al que, en el ejercicio de su profesión acepte, reciba en depósito o ayude a situar o transferir valores patrimoniales pertenecientes a un tercero sin haber verificado, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad de su auténtico derechohabiente*”.

En idéntica línea la legislación de los Estados Unidos de América sanciona el hecho de que las personas que realizan actividades financieras no cumplan las obligaciones de identificación de clientes y declaración a las Autoridades de las operaciones y transacciones financieras que reúnan unas condiciones previamente establecidas¹²⁰. El objetivo de esta reglamentación es detectar situaciones sospechosas o anómalas, mediante el análisis y contraste de todos los datos e informaciones que se posean, para su posterior investigación, e impedir que el dinero procedente de actividades delictivas pueda burlar el seguimiento y control de las Autoridades competentes, con lo que se trata de tutelar el interés de la Administración de Justicia en la investigación, persecución y castigo de estos delitos.

¹²⁰ Ej. las de cifra superior a 10.000 dólares.

En síntesis, se trata de una figura delictiva que adelanta las barreras de protección penal al prescindir de un elemento normativo consustancial a cualquier modalidad de blanqueo o receptación, cual es la demostración del origen ilícito de los fondos o bienes.

D. La prueba del origen criminal y del conocimiento del origen ilícito

La experiencia práctica obtenida como operadores jurídicos en las investigaciones sobre el blanqueo de capitales -un comportamiento criminal de nuevo cuño desde la perspectiva del derecho positivo pero suficientemente conocido ya en los inicios de la moderna delincuencia “de cuello blanco” surgida al amparo de las asociaciones criminales de corte empresarial- nos ha llevado a sostener que la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal¹²¹ depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia realicen respecto a dos cuestiones extraordinariamente relevantes para la adecuada construcción del tipo penal y para el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de este ilícito: la determinación del origen delictivo de los bienes que son objeto de la infracción y el conocimiento del origen ilícito de los mismos.

La incidencia de estos dos problemas en la aplicación judicial de las normas reguladoras de este ilícito penal es obvia. El blanqueo es una actividad criminal muy compleja, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento, y en el que la vinculación con el delito previo que le precede no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma. La autonomía del delito de blanqueo respecto al delito antecedente es esencial para que la respuesta penal frente a las estructuras económicas de la criminalidad organizada sea realmente eficaz, y la consecuencia de su configuración como delito autónomo es que no se requiere ni condena previa ni proceso previo por el delito fuente, de manera que el origen criminal debe ser demostrado como un elemento más del delito en la propia investigación penal abierta con tal motivo.

Desde el punto de vista objetivo, la constatación de este delito es una tarea relativamente sencilla puesto que la casi obligada utilización del sistema financiero legal para dar apariencia de licitud a los productos y ganancias con un origen delictivo trae como consecuencia la constancia documental de tales operaciones. Ahora bien, las dificultades probatorias aumentan a la hora de delimitar los aspectos concretos a los que antes hemos hecho referencia.

En uno y otro caso resulta de una importancia incuestionable la denominada prueba indiciaria, también llamada prueba indirecta, circunstancial o de presunciones judiciales,¹²² la cual es aquella que mediante la demostración de los indicios -también llamados “hechos base”- permite deducir la ejecución del hecho delictivo y/o la participación en el mismo -el “hecho consecuencia”- siempre que exista un enlace preciso y directo entre aquéllos y éste. La debida utilización de la prueba indiciaria está sujeta, según una muy consolidada doctrina jurisprudencial¹²³, a las siguientes condiciones:

1. Los indicios deben ser plurales¹²⁴.
2. Deben estar acreditados mediante prueba directa.
3. Deben estar estrechamente relacionados entre sí.
4. Deben ser concomitantes o, dicho de otro modo, unívocamente incriminatorios.
5. Entre los indicios y el hecho necesitado de prueba debe existir un enlace preciso y directo conforme a las reglas de la lógica, de la experiencia y del criterio humano.

121 Arts. 301 a 304 en el Código Penal de 1995.

122 Arts. 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

123 De la que son un claro exponente las SSTs de 23-5-97, 10-1-2000, 18-12-2001, 9-10-2004, 19-1-2005, 23-2-2005, 29-6-2005, 14-9-2005, 20-9-2005, 4-7-2006, 1-2-2007, 30-9-2008, 26-2-2009, 22-5-2009, 12-12-2011, 9-7-2012, 23-12-2014, 29-3-2016 y 15-4-2016 entre otras.

124 Muy excepcionalmente puede bastar uno sólo siempre que revista una singular potencia incriminatoria.

Ahora bien, dado que se trata de una prueba fundada en el razonamiento judicial deductivo, para evitar la quiebra del principio de presunción de inocencia¹²⁵, es necesaria no sólo la legitimidad en la obtención de los indicios sino también la idoneidad de los mismos y la razonabilidad del proceso deductivo seguido por el órgano judicial. Ambos aspectos son revisables en las diferentes instancias jurisdiccionales, no sólo en el juicio de apelación, sino también en la vía casacional, e incluso en la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, por entender que afecta de manera esencial al principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la Constitución.

El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la intermediación.

La doctrina constitucional en la materia¹²⁶ constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales en su obtención e incorporación al proceso; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo. La STC 220/98 de 16 de Noviembre cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados¹²⁷.

La prueba indiciaria resulta especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a estas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. La idoneidad y legitimidad del empleo de la prueba indiciaria en los procesos e investigaciones por estas infracciones criminales tiene un fuerte respaldo jurisprudencial¹²⁸.

En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa de estas circunstancias, y al faltar ésta deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados conforme al art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹²⁹.

En la misma línea, los arts. 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-1988, 6.2.f) de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 13-12-2000, 28 de la Convención de Mérida contra la Corrupción de 9-12-2003 y 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito de 8-11-1990 recuerdan que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales explican la importancia y trascendencia de la prueba indiciaria para estos casos de forma meridianamente clara. La STS de 10-1-2000 reconoce la habilidad de la prueba indirecta, la más usual en estos casos, para demostrar el conocimiento del origen ilícito, y la dificultad de encontrar prueba directa, debido a “la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquéllas”. La STS de 19-1-05 explica que la prueba indiciaria

125 Art. 24.2 CE.

126 SSTC 105/88, 283/94, 24/97, 45/97, 68/98, 157/98, 189/98 y 220/98 entre otras.

127 Lo que posibilita conclusiones alternativas razonables.

128 SSTs. de 9-10-2004, 19-1-2005, 23-2-2005, 29-6-2005, 14-9-2005 y 20-9-2005 por citar algunas.

129 Prueba de presunciones o prueba de indicios.

debe utilizarse en estos casos sin desconfianzas ni complejos, para añadir: que no es una prueba más insegura que la directa, que no es subsidiaria de ésta, y que incluso es más garantista porque exige un plus de motivación a la hora de explicitar el juicio de inferencia que conexas el hecho-base con el hecho-consecuencia, permitiendo así un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo y una más segura interdicción de la arbitrariedad.

También es relevante en cuanto al control de la suficiencia de la inferencia obtenida a partir de los hechos base acreditados, como señalan las SSTS 238/2016 de 29 de marzo y 77/2014, de 11 de febrero, y las que en esta se citan¹³⁰, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo, ya que el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes. La fragmentación del resultado probatorio para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio¹³¹.

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión¹³², como desde su suficiencia o calidad concluyente¹³³, siendo los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada»¹³⁴.

1. La determinación del origen criminal

Si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriedad respecto al delito previo, en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva.

Así, la STS de 29-9-01 señala que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, y que la ausencia de semejante requisito es lógica desde una perspectiva político-criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas. La reciente STS de 21-7-2016 señala expresamente que *“el tipo penal de blanqueo no exige la previa condena del delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, sino que queda integrado con la mera existencia de bienes o ganancias procedentes de un*

130 SSTS 744/2013, 14 de octubre; 593/2009, 8 de junio; y 527/2009, 27 de mayo.

131 STS 631/2013, de 7 de junio.

132 De modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él.

133 No siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

134 STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 24.

anterior delito. Y la jurisprudencia ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, la preexistencia de esa actividad delictiva –que forma parte del tipo objetivo– está sujeta a las reglas generales de prueba”.

En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 14-4-03, 19-12-03, 25-2-04, 15-12-2004, 27-1-2006, 4-6-2007, 8-4-2008, 26-2-2009, 2-11-2011, 30-10-2012, 7-2-2014, 23-12-2014, 2-10-2015 y 29-3-2016. Tampoco es necesaria la identificación de un acto delictivo concreto como delito antecedente, ni la existencia de un procedimiento judicial previo en relación con la infracción criminal generadora de los bienes que son blanqueados¹³⁵.

La determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo no requerirá, por tanto, otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo. Así, la STS de 23-2-2005 señala que no es necesario determinar la autoría del delito previo o antecedente¹³⁶ para considerar probado el origen criminal. La sustitución del término “delito” por el de “actividad delictiva” en el art. 301.1, reformado conforme a la ley orgánica 5/2010, refuerza esta tesis y favorece una aplicación más razonable de la norma penal.

En la misma dirección se pronuncia la más reciente doctrina jurisprudencial:

La STS de 8-4-2008 dice que “basta con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo”

La STS de 21-3-2011¹³⁷ indica que “la sentencia no señala los delitos de los que se derivarían los caudales blanqueados, ni los tribunales que han juzgado tales delitos precedentes ni las condenas impuestas. Hay que recordar que se está en presencia de un delito autónomo e independiente de los delitos precedentes, no interesando conocer ni los concretos delitos anteriores, ni las condenas, antes bien, el único dolo que se requiere y alrededor del que se vertebra el delito está constituido por la existencia de datos o indicios bastantes que en una valoración integrada y no desvirtuada por pruebas o indicios de descargo permita afirmar tal conocimiento y consentimiento del agente”

Por último, la STS de 22-7-2011 señala que “nos hallamos, por consiguiente, ante un delito autónomo cuya declaración no depende de la previa acreditación de ninguno otro anterior, por lo que ha de bastar para afirmar el presupuesto objetivo del origen delictivo de los bienes con la existencia de prueba indiciaria bastante de acuerdo con los criterios genéricos aplicables a esta clase de pruebas...”

Obviamente, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas, o con otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas, que como tendremos ocasión de comprobar es uno de los presupuestos básicos para la aplicación de este tipo penal, no requerirá que supere el plano indiciario, ya que la demostración

¹³⁵ SSTS de 10-1-2000, 10-2-2003, 23-2-2005, 5-10-2006, 8-4-2010, 22-7-2011 y 30-10-2012 entre otras.

¹³⁶ En el caso concreto era un delito contra la salud pública.

¹³⁷ Caso Kalashov.

plena de esos vínculos nos conduciría inevitablemente a la valoración de la conducta del presunto autor como una forma de participación en el delito antecedente¹³⁸. Así, para las SSTS 154/2008 y 2-11-2011 basta con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero en función de los datos disponibles.

Únicamente en aquellos supuestos en los que el origen determine una agravación punitiva, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado¹³⁹ será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. La ya citada STS de 10-1-2000, aun reconociendo que la sentencia de instancia consideraba probado *el hecho de desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero*, estima suficiente a estos efectos la afirmación de que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, “sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución”. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 10-2-03 al afirmar que no es necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias –como ya sostuvo la STS de 10-1-00- cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente.

Particularmente interesante resulta, a estos efectos, lo que se indica en las SSTS de 12-11-2015 y 29-3-2016 respecto a la prueba indiciaria en relación con el tipo agravado consistente en que los bienes procedan del narcotráfico. Tras señalar que es hora de desvincular el cuadro indiciario relativo al tipo básico del blanqueo de toda referencia a la relación con personas, grupos u organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, para sustituirla por relación con una “actividad delictiva”, que es lo que exige el tipo básico como procedencia de los bienes, reconoce la necesidad de construir un nuevo cuadro indiciario referido específicamente al tipo agravado, en el que ha de tenerse en cuenta:

- En primer lugar y como dato esencial la relación del responsable del blanqueo con personas, grupos u organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, pues esta vinculación, conexión o proximidad con lo que podría denominarse “el mundo de la droga” constituye un indicio destacado para inferir, salvo contraindicios relevantes, que el dinero blanqueado puede tener dicha procedencia¹⁴⁰. Constituye una regla de experiencia que el tráfico de estupefacientes produce una ingente cantidad de dinero en efectivo, que es necesario reingresar en el sistema económico ordinario a través de actividades lícitas, por lo que la relación del sujeto que materializa el blanqueo y que conoce la procedencia ilícita del dinero con personas, grupos u organizaciones dedicadas al tráfico de drogas permite razonablemente inferir la fuente concreta del dinero y su conocimiento por el blanqueador, salvo que se alegue otra procedencia alternativa mínimamente razonable.
- En segundo lugar ha de tomarse en consideración la cuantía, circunstancias y frecuencia de las operaciones, pues en el ámbito actual de la criminalidad es suficientemente conocido que el tráfico de estupefacientes constituye una actividad delictiva que genera gran cantidad de efectivo, de forma prácticamente continuada, fundamentalmente en el ámbito de las organizaciones delictivas que disponen de sistemas formalizados para el blanqueo, por lo que un suministro continuo y prolongado de cantidades fuertes de efectivo, constituye un indicio relevante para concluir la procedencia del tráfico y el conocimiento por el blanqueador del origen del dinero.

138 STS de 29-9-01.

139 Art. 301.1 párrafos 2º y 3º.

140 STS. 33/2005, de 19 de enero, o STS 289/2006, de 15 de marzo.

- En tercer lugar ha de tomarse en consideración el modus operandi del blanqueo en relación con las pautas habituales de generación de fondos de la delincuencia vinculada al tráfico de estupefacientes, incluidos datos colaterales, como la localización geográfica. Por ejemplo, en el caso actual, más de tres millones de euros se ingresaron a lo largo de varios años en diversas cuentas bancarias españolas abiertas por el recurrente, ciudadano español que después retiraba el dinero en Colombia aprovechando su residencia en dicho país. Este “modus operandi” coincide con una pauta de generación de ganancias en España, país donde se sitúa una relevante demanda de cocaína y donde se producen numerosas ventas, y la necesidad de retorno del dinero a Colombia, lugar habitual de procedencia de la droga, al ser uno de los principales centros de producción de cocaína.

En varios casos los órganos judiciales han valorado la incautación de droga como elemento determinante de la acreditación del origen ilícito, aun cuando tales incautaciones carezcan de relación directa con el producto o ganancia objeto del delito de blanqueo e incluso aunque las incautaciones se produzcan con posterioridad a la ejecución de los actos de blanqueo¹⁴¹; también tiene una relevante carga incriminatoria a estos efectos el hecho de que se haya producido una condena por tráfico de drogas (y en consecuencia por cualquier otro delito), aunque el delito en cuestión no sea la fuente directa de los bienes de origen ilícito¹⁴².

En el mismo sentido la STS de 19-1-2005 ha indicado que la existencia de antecedentes penales por tráfico de drogas es un dato de una singular potencia acreditativa en cuanto a la prueba del origen ilícito y del conocimiento.

La STS de 29-3-2016 llega a afirmar incluso que cuando se trate de autoblanqueo ha de tomarse en consideración que cuando se trate de autoblanqueo, porque el propio acusado ha sido condenado por tráfico de drogas, la concurrencia del tipo agravado se puede deducir directamente de dicha condena, siempre que los actos realizados sean idóneos para lesionar el bien jurídico protegido apreciándose la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a eludir la persecución del delito base.

La casuística ha contribuido a identificar algunas circunstancias que suelen ser determinantes a la hora de declarar probado el origen ilícito: las incautaciones de drogas, las condenas en procedimientos penales distintos, la sujeción a procedimientos judiciales, la vinculación con otras investigaciones criminales¹⁴³, el contenido de conversaciones telefónicas, la documentación sobre contabilidades paralelas o clandestinas, etc.

2. El conocimiento del origen ilícito

El elemento subjetivo del tipo penal del delito de blanqueo se identifica por las expresiones “sabiendo” y “a sabiendas”, expresiones comprensivas tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Como acertadamente indica la STS de 29-9-2001 la modalidad del dolo eventual debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de dinero, al contemplarse específicamente la forma culposa.

Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento “cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho... en otras palabras basta

141 SSTS de 28-7-01, 5-2-03, 14-4-03 y 29-11-03 entre otras.

142 SSTS de 20-9-2005 y 12-12-201.

143 Incluso de naturaleza policial.

con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social”¹⁴⁴. En esta línea, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que insisten en que no es necesario un conocimiento preciso y detallado de la infracción precedente, lo que nos sitúa en el terreno de la aceptación del dolo eventual para integrar el conocimiento de la ilicitud de los bienes y la integración del mismo en la expresión “a sabiendas”¹⁴⁵. En definitiva, que basta un conocimiento no preciso ni detallado de la infracción precedente, siendo suficiente la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito, entendiéndose que el sujeto actúa con dolo eventual cuando considera seriamente y acepta como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito¹⁴⁶ -STS de 9-7-2012.

La más reciente jurisprudencia insiste en esta línea. Así las SSTs de 12-11-2015 y 29-3-2016 señalan que para realizar la labor de constatar si puede considerarse acreditado en la sentencia de instancia que el recurrente no solo tenía conocimiento de la procedencia delictiva del dinero que blanqueaba, sino también de su origen en el tráfico de estupefacientes, han de tomarse en consideración cuatro factores:

- En primer lugar, y en lo que se refiere a la precisión de las actuaciones delictivas, nuestra doctrina jurisprudencial no exige el conocimiento de los detalles o pormenores de las operaciones específicas de tráfico de las que procede el dinero, sino exclusivamente de su procedencia genérica de dicha actividad¹⁴⁷.
- En segundo lugar, y en lo que se refiere a la naturaleza del conocimiento, nuestra doctrina ha venido afirmando que el conocimiento exigible no implica saber¹⁴⁸, como sucede cuando el conocimiento se deriva de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación personal y directa como protagonista de la actividad de tráfico (lo que solo tendría lugar en casos de autoblanqueo), sino que se trata de un conocimiento práctico, del que se obtiene a través de la experiencia y de la razón, y que permite representarse una conclusión como la más probable en una situación dada. Es el conocimiento que normalmente, en las relaciones de la vida diaria, permite a una persona discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto a algo o alguien¹⁴⁹.
- En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, en lo que se refiere al dolo exigible basta con el eventual, siendo suficiente que el acusado disponga de datos suficientes para poder inferir que el dinero procede del tráfico de estupefacientes, y le resulte indiferente dicha procedencia¹⁵⁰.
- Y, en cuarto lugar, en cuanto a la prueba, nuestra doctrina afirma que basta con la indiciaria, que es la que ordinariamente nos permitirá obtener una conclusión razonable sobre el conocimiento interno del sujeto¹⁵¹.

En idéntico sentido la STS de 15-4-2016 precisa que el delito de blanqueo de capitales es un delito doloso en la medida en que las conductas típicas deben estar presididas por un doble elemento. De un lado, un elemento cognoscitivo referido a la procedencia de los bienes que proceden de una actividad delictiva, en la redacción actual del artículo 301 del C. Penal; y otro de carácter tendencial,

144 STS de 5-2-2003.

145 SSTs. de 10-1-2000, 23-12-2003, 2-10-2004, 2-12-2004, 19-1-2005, 1-3-2005, 14-9-2005, 19-10-2006, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009, 10-3-2011, 2-11-2011, 12-12-2011, 9-7-2012, 30-10-2012, 27-7-2015 y 2-10-2015 entre otras.

146 Incluye la llamada ignorancia deliberada.

147 STS 586/86, de 29 de mayo o STS 228/13, de 22 de marzo.

148 En sentido fuerte.

149 STS 1113/2004, de 9 de octubre, o 28/2010, de 28 de enero.

150 STS 228/2013, de 22 de marzo o STS 1286/2006, de 30 de noviembre.

151 STS 216/06, de 2 de marzo o 289/2006, de 15 de marzo.

consistente en la finalidad de ocultar o encubrir aquel origen ilícito. A pesar de ello, el artículo. 301.3 del Código Penal prevé la modalidad culposa *“si los hechos se realizaran por imprudencia grave”*, en cuyo caso la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

Según las sentencias 974/2012, de 5 de diciembre, y 279/2013, de 6 de marzo, citadas por la STS nº 749/2015, de 13 de noviembre, *sobre el conocimiento de que el dinero procede de un delito previo, el referente legal lo constituye la expresión “sabiendo”, que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber¹⁵² como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna conducta; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto de alguien¹⁵³.*

La STS 257/2014, de 1 de abril señala que la infracción grave del deber de diligencia no está relacionada con ese elemento tendencial –la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a las personas que hayan participado en las infracciones–, sino con el conocimiento del origen ilícito de los bienes que han sido objeto de transformación, en el presente caso, las importantes cantidades de dinero que financiaron adquisiciones mobiliarias e inmobiliarias.

Así, en los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia. En la imprudencia se incluyen los supuestos en los que el agente actúa sin conocer la procedencia ilícita de los bienes, pero por las circunstancias del caso se encontraba en condiciones de sospechar fácilmente la ilícita procedencia y de evitar la conducta blanqueadora sólo con haber observado la más elemental cautela, es decir sus deberes de cuidado¹⁵⁴.

Especialmente interesante es la STS de 19-1-2005 respecto a la prueba del conocimiento, pues tras recordar que el tipo básico sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, señala que el tipo agravado requiere el conocimiento de que la procedencia es el tráfico de drogas, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse “el mundo de la droga”, sin que sea necesaria la existencia de un dolo directo, bastando el dolo eventual o incluso es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada¹⁵⁵.

Igualmente resulta muy significativa la STS de 26-6-2012, que establece tres importantes conclusiones:

- Valorar la inexistencia de una explicación asumible sobre los incrementos patrimoniales o movimientos de dinero como un indicio más es legítimo, pues se trata de una deducción lógica en virtud de la técnica de la prueba indiciaria.
- Esto no significa ni invertir la carga de la prueba ni dañar la presunción de inocencia sino de aplicar un razonamiento lógico a los datos objetivos y obtener unas conclusiones que cualquiera puede extraer.

¹⁵² En sentido intenso.

¹⁵³ STS 2545/2001, de 4 enero.

¹⁵⁴ STS nº 749/2015, de 13 de noviembre.

¹⁵⁵ Es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, y no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar.

- no es incompatible con un proceso justo que una vez probada la relación con negocios vinculados con el tráfico de drogas deducir que unas ganancias no justificadas proceden de esa actividad si no se aporta una explicación creíble y satisfactoria de la situación financiera

Como elementos indiciarios de interés, será necesario valorar para demostrar el conocimiento del origen ilícito, entre otros muchos, datos tales como:

- la utilización de identidades supuestas
- la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero
- la presencia de sociedades interpuestas
- la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes
- la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales
- la realización de alteraciones documentales
- el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía
- la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido
- la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad
- la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios, el uso de cheques bancarios nominativos con beneficiarios desconocidos
- los transportes clandestinos de dinero
- la ejecución de transferencias “en cascada” a entidades bancarias del exterior
- y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil, y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención o voluntad de ocultar o encubrir los bienes y productos del delito.

Así las SSTS de 25-1-2008, 23-9-2010, 22-7-2011, 26-6-2012, 30-10-2012, 7-2-2014, 29-3-2016 y 15-9-2016 entre otras muchas consideran como indicios más habituales:

- a. la importancia de la cantidad del dinero blanqueado;
- b. la vinculación de los autores con actividades ilícitas, o con personas o grupos relacionados con aquellas;
- c. lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto;
- d. la naturaleza y características de las operaciones económicas;
- e. inexistencia de justificación lícita de los ingresos;
- f. debilidad de las explicaciones sobre el origen ilícito de los bienes;
- g. existencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas lícitas.

Otra cuestión de gran interés, por la frecuencia de su producción en los procesos penales por blanqueo de capitales, es ni más ni menos que –como precisa la STS de 28-2-03- la apreciación como indicio adicional del sentido de las alegaciones exculpatorias de los imputados, de modo que cuando se trata de manifestaciones inverosímiles, absurdas o faltas de todo apoyo objetivo, no supone invertir la carga de la prueba su consideración como elementos corroboradores de la prueba de los elementos objetivos del tipo o de la participación del acusado, de manera que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión de que no existe explicación alternativa

alguna. Ahora bien, no es posible construir el método indiciario sólo a base de manifestaciones autoexculpatorias del acusado, aun entendidas como inverosímiles o ilógicas, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos, aquellas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar estos.

La STS de 23-12-03 recuerda que el silencio del acusado, en el ejercicio de su derecho a no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte de los hechos, de manera que, conforme a la doctrina jurisprudencial¹⁵⁶ no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el tribunal que la juzga; por el contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado pueden ser utilizados como elemento corroborador de las pruebas de cargo aportadas, pues la ausencia de una explicación o la falta de coherencia de la aportada equivale a que no hay explicación posible.

Para la STS de 19-1-05 –que analiza un caso de blanqueo consistente en la compra de varias embarcaciones y vehículos por un elevado importe de dinero sin existir fuentes de ingreso de procedencia lícita- la ausencia de toda explicación sobre tales adquisiciones y el destino que se les iba a dar es un elemento relevante, pues la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible, sin que esto deba ser interpretado como una manifestación de la inversión de la carga de la prueba, recordando finalmente que el silencio o la explicación inverosímil confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de los indicios.

Y la STS de 17-11-2010 al analizar el valor de la ausencia de explicaciones suficientes sobre el origen lícito de los ingresos nos dice “cuando existen pruebas de cargo de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación reclamada por la prueba de cargo y que solamente él se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión –por simple sentido común- de que no existe explicación alternativa alguna”¹⁵⁷.

3. Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia

Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵⁸ ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares o elementos, manifiestamente reveladores de la importancia y trascendencia de la prueba de indicios:

1. Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.
2. Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales.
3. Vinculación, relación o conexión con actividades delictivas, o con personas o grupos relacionados con ellas.

Esta formulación doctrinal, formulada jurisprudencialmente en la STS de 23-5-1997, que desarrolla el método de la prueba indiciaria en los delitos de blanqueo de capitales, había sido expuesta con anterioridad en algún trabajo doctrinal¹⁵⁹.

¹⁵⁶ (SSTEDH de 8-2-96, caso Murray; y de 2-5-00, caso Condrom; SSTC 137/98 de 7 de Julio y 202/2000 de 24 de Julio)

¹⁵⁷ (citando en su apoyo las SSTEDH de 23-9-2008-caso Grayson y Barnahm- y de 1-3-2007-caso Geerings-)

¹⁵⁸ (SSTS. de 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99, 10-1-00, 31-3-00, 28-7-01, 18-9-01, 29-9-01, 14-4-03, 29-11-03, 19-12-03, 25-2-04, 9-10-04, 2-12-04, 19-1-05, 1-3-05, 14-4-05, 29-6-05 y 14-9-05, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009 y 22-5-2009, 16-12-2010, 10-3-2011, 21-3-2011, 29-11-2011, 26-6-2012, 7-2-2014, 23-12-2014 y 7-7-2016 entre otras)

¹⁵⁹ Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., págs. 131 y siguientes.

En cuanto al segundo presupuesto debe hacerse constar que no se puede interpretar como un modo de invertir la carga de la prueba, tal y como sugiere algún sector de la dogmática penal, siendo especialmente interesantes a estos efectos las reflexiones que realiza la STS de 25-2-2004 que dice textualmente: “Ninguno de los implicados ha conseguido acreditar que su origen era lícito y que procedía de transacciones mercantiles. Los implicados, ante la investigación realizada, no han podido justificar su origen. La transparencia del sistema financiero, para el bien de la vida mercantil, exige que ante una imputación administrativa o penal sobre la procedencia ilícita de los capitales, los investigados asuman la carga de facilitar los datos que acrediten su verdadero origen. Ello no supone invertir los presupuestos de la prueba, ni obligar a nadie a realizar actividades imposibles, diabólicas o costosas, para demostrar un extremo, tan fácilmente demostrable, como es el de la procedencia del dinero. El derecho al silencio o la negativa a confesarse culpable nada tienen que ver con la facilitación de datos que, sin entrar en la autoinculpación, permitan a la administración tributaria o a los jueces comprobar, si los hechos que constituyen el objeto de la investigación están acreditados o no. La valoración jurídica de esta actitud obstaculizadora está ligada al hecho de la negativa a facilitar un dato que está en condiciones de proporcionar el acusado de manera única e insustituible. La exculpación está en sus manos acreditando que el dinero es limpio y transparente.”

En el mismo sentido la doctrina jurisprudencial al analizar la ausencia de una explicación coherente que justifique la licitud de la operación señala que “no se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibles manifestación de la inversión de la carga de la prueba, y que ante la existencia de prueba de cargo vía indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminara o disminuyera la naturaleza incriminatoria de aquellos indicios, por lo que el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles refuerzan la potencia incriminatoria de los indicios”

Será la STS de 23.5.97, como ya hemos avanzado con anterioridad, la que desarrolle por primera vez la construcción probatoria del delito de blanqueo de capitales al precisar que *“en los supuestos, como el actual, en el que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes concretamente del tráfico de estupefacientes, los indicios más determinantes han de consistir en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones ordinarias; en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas extrañas a las prácticas comerciales”*.

Para añadir que *“tanto por la importancia de las cantidades como por la dinámica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operaciones absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo; por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negocials lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constatando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones”*.

El análisis de los más importantes casos que han llegado a nuestros órganos judiciales nos pueden dar una impresión más correcta del gran aporte jurisprudencial a la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales.

- a. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹⁶⁰ en el procedimiento abreviado 101/94 instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en sentencia de fecha 23.11.95 condenó a los hermanos Manuel y Germán G.C. como autores de un delito de receptación¹⁶¹ del art. 546 bis f) del Código Penal anterior.

Los hechos delictivos que el Tribunal de instancia consideró probados son en síntesis los siguientes:

- El acusado Manuel G.C. siguiendo instrucciones de terceras personas procedió a la apertura en España de cuentas bancarias operando con ellas para revertir a dichas terceras personas los beneficios obtenidos ilícitamente del tráfico de drogas.
- Así, el 2.4.92 abrió una cuenta en una entidad bancaria de Sevilla y, hasta su cancelación el 3.12.92, realizó en la misma ingresos en efectivo y de forma fraccionada¹⁶² por un importe total de 129.189.000.-Ptas. adquiriendo de modo inmediato cheques bancarios cifrados en moneda extranjera¹⁶³ por un importe de 1.509.997 dólares declarando para su obtención pretendidos pagos exteriores originados por la importación de diversos productos que no se efectuaron, aportando a este efecto facturas previamente confeccionadas como justificativas, o para pretendidas ayudas familiares. En la mayoría de los casos los cheques bancarios eran nominativos figurando como beneficiarios, personas físicas y jurídicas colombianas y presentados al cobro en entidades bancarias de ese país.
- El 27.01.93 abrió otra cuenta en una entidad bancaria de Palma de Mallorca donde hasta el 19.1.94 en que se canceló realizó indistintamente con su hermano el acusado Germán G.C. ingresos en efectivo en forma fraccionada¹⁶⁴ por un importe total de 275.981.855. ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera por un importe de 1.945.077 dólares U.S.A. declarando en el documento de solicitud de pagos al exterior importaciones que nunca se efectuaron. También en la mayoría de los casos los beneficiarios de los cheques eran personas físicas y jurídicas domiciliadas en Colombia, y como en los hechos anteriores allí eran presentados al cobro los talones.
- Igualmente el acusado Germán G.C. siguiendo instrucciones de su hermano Manuel abrió el 5.1.93 otra cuenta en otra entidad bancaria de Palma de Mallorca, que canceló el 28 del mismo mes, período en el que ingresó en 13 ocasiones cantidades de dinero en efectivo por importe de 46.000.000.-Ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera para el pretendido pago de la importación de géneros que nunca se llevó a efecto.

En esta sentencia la relación de estas actividades de blanqueo con el tráfico ilegal de drogas como conducta criminal de la que traía origen el dinero manejado se sustentó en las siguientes circunstancias:

- Manuel G.C. fue visto en Valencia por funcionarios policiales en compañía de J.L.G., J.U.A. y G.S.W., todos ellos objeto de vigilancia policial por su implicación en el tráfico de cocaína.
- Manuel G.C. realizó viajes a Colombia y dos hermanos suyos fueron detenidos por las Autoridades de Venezuela en Mayo de 1.991 por la posesión de 25 kgrs. de cocaína.

160 Sección 3ª.

161 Blanqueo.

162 En 90 ocasiones.

163 Dólares U.S.A.

164 En 59 ocasiones.

- Algunas entidades o sociedades vinculadas al blanqueo en otras investigaciones y uno de los sujetos antes referidos que habían sido investigados por tráfico de cocaína, aparecía como beneficiario de alguno de los talones en dólares.

Pues bien, la sentencia en cuestión funda el pronunciamiento condenatorio en la valoración como indicios evidentes del conocimiento del origen ilícito del dinero de circunstancias como la apertura de cuentas por cortos períodos de tiempo, la ausencia de movimientos basados en actividades comerciales legítimas, el fraccionamiento de los ingresos que se realizaban en aquellas cuentas, la conversión inmediata en talones bancarios nominativos y la utilización de falsos documentos que pretendían justificar importaciones inexistentes.

La Sentencia del T.S. de 23.5.97, resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia antes citada, confirma la interpretación de la Sala de instancia diseñando una doctrina jurisprudencial novedosa y sólidamente consolidada en la actualidad, como ya se ha indicado anteriormente.

- b. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 7.12.96, resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27.9.94 dictada por la Audiencia Nacional en el caso "Nécora"¹⁶⁵, pese al pronunciamiento absolutorio de dos individuos condenados por el delito de receptación de bienes procedentes del narcotráfico previsto en el art. 546 bis f) fundado en la vulneración del principio de contradicción, viene a reconocer que circunstancias tales como la presencia de elevados ingresos de dinero en divisas, la ausencia de negocios legales que justifiquen tales ingresos, la ocultación de la identidad en documentos y operaciones bancarias, la utilización de sociedades de fachada constituidas en paraísos financieros, etc., son suficientemente demostrativas del origen ilícito de los bienes.
- c. En la misma línea que las anteriores resoluciones judiciales se sitúa la sentencia de 24.9.97 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el procedimiento abreviado 123/92 instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº3.

Expuestos de una forma resumida, los hechos que se declaran probados en esta sentencia, son los siguientes:

- A finales de Mayo o primeros de Junio de 1992 Luis Alberto V.V. con la finalidad de introducir en el sistema financiero legal y dar apariencia de licitud a elevadísimas cantidades de dinero provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes que llegaban a su poder, ideó y creó una estructura perfectamente organizada para tal fin en la que estaban integrados H.E.S., M.G.F. y J.J.G., quienes sabían que su única actividad generadora del dinero que iban a recibir, era el tráfico de drogas.
- El citado Luis Alberto V.V. comenzó a entregar diferentes cantidades de dinero por un importe aproximado de 300.000.000.-Ptas. a Miguel G.F. en diferentes puntos de la geografía española, quien a su vez hacía entrega del mismo también en distintos lugares a José J.G., quien era el encargado de trasladar físicamente el dinero de forma clandestina hasta el Principado de Andorra.
- El dinero era ingresado en varias cuentas abiertas en distintas entidades bancarias de Andorra desde donde a su vez era transferido a entidades bancarias del exterior para su cobro por

¹⁶⁵ Sumario 13/90 del Juzgado Central de Instrucción núm 5.

diversas sociedades, o bien se obtenían cheques bancarios de los que eran beneficiarios también empresas domiciliadas en países sudamericanos.

- El citado Luis Alberto V.V. fue condenado en sentencia de 27.9.94, firme el 20.12.96 por un delito contra la Salud pública referido a unos hechos ocurridos durante los años 1989 y 1990, y en diciembre de 1992, le fue revocada la situación de libertad provisional en la citada causa.

En la fundamentación jurídica destaca el razonamiento seguido por el Tribunal para concluir que el dinero procedía del tráfico ilícito de drogas y que los condenados conocían tal origen:

- Se considera acreditado que el dinero poseía un origen ilícito, excluyendo cualquier otra procedencia que pudiera justificar su disposición, por la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1) el responsable de la red Luis Alberto V.V. se encontraba en las fechas de comisión de los hechos encausado por un delito contra la salud pública presuntamente cometido entre los años 1989 y 1990 (la sentencia condenatoria que se dictó contra el citado por ese delito y la firmeza de la misma son de fechas posteriores); 2) el referido Luis Alberto V.V. carecía de fuentes de ingreso conocidas que justificaran el manejo de tan elevadas cantidades de dinero; y 3) las coartadas que ofreció en sus respectivas declaraciones no convencieron al Tribunal por sus manifiestas contradicciones.
- El conocimiento del origen ilícito del dinero que era, sin duda, el objeto fundamental de la probanza respecto al resto de los condenados lo deriva el Tribunal de las circunstancias objetivas concurrentes en la ejecución de los hechos: recepción de elevadas cantidades de dinero en efectivo, entrega de las mismas en diferentes lugares de la geografía española, traslado clandestino del dinero al Principado de Andorra, ingreso en cuentas bancarias abiertas exclusivamente para tal fin, salidas inmediatas del dinero mediante transferencias y cheques bancarios a favor de personas físicas y jurídicas diversas, cobro de elevadas comisiones por su intervención en las diferentes operaciones que realizan como intermediarios, etc.

Como ya hemos indicado, la STS de 10-1-2000, ha rechazado el recurso de casación interpuesto por los acusados y ha confirmado íntegramente la sentencia de instancia.

- d. La sentencia de 10-12-98 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el procedimiento abreviado 15/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenatoria para las tres personas que eran acusadas, sigue los mismos criterios ya expuestos en las anteriores resoluciones judiciales.

Los hechos que se declaran probados en la sentencia como constitutivos de la actividad delictiva de blanqueo de capitales prevista en el art. 546 bis f) del Código Penal vigente en el momento de su comisión son los siguientes:

- 1.- Los acusados durante los años 1992 y 1993 realizaron determinadas operaciones financieras, como cambios de divisas, transferencias de dinero a entidades financieras radicadas generalmente en Colombia, y abonos de servicios.
- 2.- El dinero les era entregado por un individuo que se dedicaba al tráfico ilícito de drogas y que era miembro de una importante organización internacional dedicada a la introducción en Europa de grandes cantidades de cocaína, el cual resultó detenido en París el 16-5-93 ocupándosele una maleta que contenía 13,180 kilogramos de cocaína.

3.- Los acusados estaban emparentados -uno de ellos- y mantenían una estrecha relación de amistad -los dos restantes- con el individuo que les entregaba el dinero.

La ilicitud del origen del dinero que manejaron los acusados la deriva el Tribunal de dos circunstancias:

- el individuo que les proporcionaba el dinero fue detenido en París con una importante cantidad de cocaína, resultante de la investigación que por tráfico de drogas había desarrollado respecto al mismo la Policía española.
- la absoluta falta de acreditación de las actividades de compraventa de joyas u oro que los acusados atribuían al individuo en cuestión como actividad que generaba tales fondos.

La STS de 31-3-00 ha rechazado el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia y ha confirmado íntegramente la fundamentación jurídica recogida por el Tribunal de instancia.

e. Con posterioridad la sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, fundamenta que el origen del dinero era el tráfico ilegal de estupefacientes en las siguientes circunstancias:

- El procesado rebelde G.A.R., de nacionalidad colombiana manejaba importantes cantidades de dinero en metálico, sin que consten ingresos propios, renta, fortuna o medio conocido de vida del mismo.
- El citado G.A.R. fue detenido ocupándosele en su poder un kilogramo de cocaína y otros 39 kgs. más en un apartamento que utilizaba.
- La relación de dependencia de G.A.R. con otro individuo residente en Colombia llamado "Pacho", personaje éste que encargó su defensa y la de otros colombianos presos en España por tráfico de drogas al Abogado J.S.C., quien también ha resultado condenado en el procedimiento.

La mecánica operativa seguida en este caso y que ha revelado claramente que algunos acusados, al menos los condenados por un delito doloso de blanqueo, conocían el origen ilícito del dinero era la siguiente: disposición de elevadas cantidades de dinero en pesetas sin origen constatado, ingreso de las mismas en cuentas bancarias para cambio inmediato en divisas, obtención de cheques nominativos en dólares que figuraban a nombre de personas irreales o a nombre de los propios adquirentes en cuyo caso eran endosados sin intervención del titular, alegación de falsas importaciones, cobro de los cheques en el extranjero por personas y sociedades distintas, y cobro de comisiones elevadas por tales gestiones. La sentencia de 11-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que condena como autor de un delito doloso de blanqueo de bienes derivados del narcotráfico previsto por el art. 301 del Código Penal vigente al empleado de una entidad bancaria, por su comportamiento absolutamente irregular y manifiestamente contrario a las más elementales normas que disciplinan el sector bancario, deriva el conocimiento de su origen de esta singular circunstancia, significando que la estrecha relación que le unía con el cliente permite afirmar que conocía, al menos con dolo eventual, la actividad de tráfico ilegal de hachís de la que dimanaban aquellos capitales.

f. La sentencia de 10-4-2000 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmada en sede casacional por la STS de 26-6-01, condenó a varios individuos pertenecientes a una organización que blanqueaba dinero procedente del tráfico de cocaína -mediante la obtención de divisas, transferencias de dinero al extranjero, e incluso transportes físicos de dinero- basándose en los datos o indicios que a continuación se relacionan:

1. El manejo inusitado de grandes cantidades de dinero y divisas, con continuos cambios de moneda y envíos de dinero al extranjero¹⁶⁶ por un importe próximo a los 350 millones de pesetas.
 2. El modo de operar, tendente a ocultar no sólo la procedencia real del dinero, sino quién lo poseía en cada momento y quien es el verdadero titular del mismo, siendo especialmente destacable el hecho de que los transportes de efectivo no excedían del límite de dinero a partir del cual era obligado dar cuenta al Banco de España, para lo que tuvieron que utilizar a múltiples personas.
 3. La ausencia de actividad lícita que justifique ese manejo de dinero no constando en la causa contabilidad alguna de los negocios que dicen tener los encausados.
 4. La relación con actividades de narcotráfico queda probada por el hallazgo de cocaína¹⁶⁷ en la vivienda que ocupaba el jefe de la organización, y de documentos con coordenadas sobre punto de encuentro de buques, claves para comunicaciones por radio, mapas, el contenido de algunas conversaciones telefónicas, el hallazgo de una balanza de precisión en un domicilio, etc.
- g. La sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹⁶⁸ apreció la existencia de un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico fundado en la ejecución de varias operaciones de cambio de más de 50 millones de pesetas a marcos alemanes entre los meses de Enero y Octubre de 1997 por quienes finalmente fueron detenidos, y posteriormente condenados, en relación con la aprehensión el 28-10-97 de 84 kilogramos de heroína. En trámite casacional, la STS de 18-9-2001, considera que la incautación de esa importante cantidad de heroína en el momento final de la investigación es prueba más que suficiente de la conexión de las operaciones dinerarias realizadas anteriormente con el tráfico de drogas, y que si a esta circunstancia unimos, como así sucede en el caso concreto, el manejo de cantidades importantes de dinero y la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen la procedencia de esas cantidades, quedan probados de manera fehaciente los tres presupuestos o indicios en los que se sustenta el tipo penal del blanqueo de capitales según reiterada doctrina jurisprudencial.
- h. La sentencia de 31-10-00 dictada por el Juzgado Central de lo Penal analiza un interesante caso en el que un individuo, E.P.B., abrió en el año 1992 una cuenta en una entidad bancaria de Suiza, en la que ingresó durante los años 1992 y 1993 cantidades de dinero por importe aproximado de 287.000.000 pts., declarando probado el órgano judicial que la cuenta se había abierto con el objeto de depositar en la misma las ganancias obtenidas por su hermano, J.R.P.B., quien entre los años 1990 y 1991 se había dedicado al tráfico ilegal de cocaína, resultando condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por tales hechos a la pena de 20 años de reclusión menor y multa. En el fundamento jurídico 2º de la citada sentencia se afirma que la constatación de los vínculos con personas relacionadas con el narcotráfico viene dada por una triple vía: 1) El condenado es hermano de J.R.P.B., condenado a su vez por tráfico ilegal de drogas por la Audiencia Nacional en relación con actividades ejecutadas durante los años 1990 y 1991, y ambos tenían relación con la compañía panameña RIPRA (el condenado como representante legal y su hermano J.R.P.B. como constituyente); 2) La cotitularidad de la cuenta con la compañera sentimental de su hermano J.R.P.B.; y 3) La relación laboral en la época de los hechos con J.A.A.M., también condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 como colaborador en la gestión económica de su hermano J.R.P.B.. A todo ello se une la insuficiencia de la prueba respecto a la coartada alegada en el juicio, rechazada por el órgano

166 Utilizando personas interpuestas.

167 46 gramos.

168 Sección 1ª.

sentenciador, que pretendía acreditar que tales cantidades procedían de un préstamo otorgado por otra compañía panameña a la sociedad RIPRA.

- i. Es preciso citar también la sentencia de 31-01-2002 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹⁶⁹ en el procedimiento abreviado 52/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, confirmada en casación por la STS de 25-2-2004. Son tres los aspectos más destacables de esta resolución:
 1. en ella se acuerda el comiso de una finca de alto valor –cuya confiscación ha sido considerada emblemática en la lucha contra el narcotráfico–al declarar probado que fue adquirida con dinero de procedencia criminal, aplicando para ello la doctrina del levantamiento del velo mediante la atribución en la realidad histórico-judicial de la propiedad y dominio de la finca no a quien ostenta la titularidad jurídico-formal sino a quien detenta la disponibilidad real.
 2. la intervención de un Abogado en la constitución de un entramado societario que sirvió para que la finca fuera adquirida finalmente con capitales de origen criminal es un comportamiento que a juicio del Tribunal de instancia tiene un encaje preciso y directo en el tipo penal del blanqueo de capitales de los arts. 301 y siguientes del Código Penal
 3. la aplicación de la ya conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en el delito de blanqueo de capitales: en la resolución se expresa que las elevadísimas cantidades de dinero que fueron utilizadas para la adquisición de la finca, ante la ausencia en el proceso de una actividad mercantil legal que las justifique, por exclusión sólo pueden tener su origen en la ejecución de determinados hechos ilícitos graves, entre los que el narcotráfico según las reglas de la experiencia ocupa un lugar preferente, máxime si tenemos en cuenta que el verdadero dueño fue condenado, aunque en fechas muy posteriores a la operación de compra de la finca, por un delito de tráfico ilícito de hachís.
- j. En los últimos años se han dictado por la Audiencia Nacional algunas sentencias que resuelven casos de blanqueo de dinero verdaderamente paradigmáticos. La sentencia de 22-10-2002, dictada por la Sección 1ª en el procedimiento abreviado 449/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, resuelve un caso en el que bajo la cobertura de operaciones comerciales de compra y venta de oro, usando empresas que realmente se dedicaban a tal ramo del comercio y otras meramente instrumentales, simulaban vender oro –previamente adquirido en el mercado a proveedores reales- a sociedades ficticias creadas para encubrir su verdadero destino, obtener facturas falaces que dieran apariencia de veracidad a esas ventas inexistentes, ocultar la recepción de dinero en efectivo procedente del contrabando de tabaco y del tráfico ilícito de hachís –como si se tratara del cobro de esas ventas inexistentes- y reintroducir en el mercado el dinero de origen ilícito como si procediera de operaciones reales y lícitas. Estas operaciones eran posteriormente declaradas a la Hacienda Pública junto con las reales obteniendo sustanciales devoluciones del I.V.A., circunstancia ésta que ha motivado la condena de varios de los acusados no sólo por el delito de blanqueo de dinero, sino también por los delitos de falsedad en documento mercantil y contra la Hacienda Pública.
- k. La sentencia de 31-01-2003 dictada por la Sección 3ª en el procedimiento abreviado 207/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 resuelve una investigación sobre blanqueo de dinero relacionada con una de las organizaciones gallegas que más activamente se han dedicado al tráfico ilícito de cocaína desde finales de la década de los años 80.

169 Sección 4ª.

La investigación fue iniciada en Septiembre de 1994 por la Fiscalía Especial Antidroga al amparo de lo dispuesto en el art. 18 bis.1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En el mes de Noviembre de 1995, tras una exhaustiva investigación económica y patrimonial sobre un importante número de miembros del conocido como “Clan de los Charlines”, se remitieron las actuaciones al Juzgado Instructor que, a solicitud del Ministerio Fiscal, acordó diversas medidas cautelares, unas de carácter personal respecto a gran parte de los investigados, otras de carácter real respecto al patrimonio y bienes presuntamente pertenecientes a los imputados y a sus testaferros.

Debe destacarse que en este procedimiento se utilizó el entonces vigente Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulador de la intervención judicial de empresas, con sujeción al cual se adoptó en el marco de la causa la intervención y administración judicial de las empresas, sociedades y bienes pertenecientes a los inculpados, cuyo decomiso ha sido interesado por el Ministerio Fiscal y cuya valoración aproximada asciende a unos 30 millones de euros.

Los presupuestos indiciarios que propiciaron la apertura del proceso penal por la presunta comisión de actividades delictivas susceptibles de ser encuadradas en los arts. 301 y ss. del Código Penal vigente¹⁷⁰ son los siguientes:

1. Algunos de los investigados, la mayor parte de ellos unidos por vínculos familiares, habían sido condenados o se encontraban procesados por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes referidos a grandes cantidades de cocaína y hachís.
2. La realización por los investigados de una intensa actividad económica y comercial consistente en la compra de un abundante número de propiedades, suscripción de bonos del Tesoro, adquisición de participaciones de lotería y otras apuestas del Estado previamente premiadas, y financiación irregular de las actividades comerciales de las empresas y sociedades del grupo, algunas creadas “ad hoc” para tales fines. A tales efectos, dispusieron de importantísimas cantidades de dinero en efectivo de origen, en principio, desconocido porque carecían de sustento en actividades comerciales y mercantiles legales.
3. Los bienes y participaciones sociales fueron puestos a nombre de los miembros del grupo, en algunos casos menores de edad, que no eran objeto de reclamaciones judiciales ni estaban incurso en procedimientos penales por tales actividades ilícitas, quienes actuaban a modo de testaferros con titularidad jurídica formal para evitar que tan cuantioso patrimonio fuera relacionado con los integrantes del grupo condenados y reclamados judicialmente por tráfico ilícito de estupefacientes, obstaculizar la aplicación de las leyes penales a tales hechos y garantizar el disfrute de lo ilícitamente obtenido.

La investigación judicial permitió obtener y aportar a la causa claras evidencias probatorias de la existencia de la actividad delictiva de blanqueo de capitales, así como la constatación de una continua actividad defraudatoria contra la Hacienda Pública. La acusación se había formulado por ambos delitos contra 16 individuos. El juicio oral respecto a 15 acusados se inició en el mes de Marzo y concluyó en el mes de Septiembre, ambos del 2002, desarrollándose aproximadamente en unas 40 sesiones.

Esta sentencia a la que nos referimos, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha condenado a 14 de los 15 acusados por los delitos de blanqueo de capitales procedentes

¹⁷⁰ Arts. 546 bis f), 344 bis h) a j) del anterior.

del tráfico ilegal de drogas¹⁷¹ y contra la Hacienda Pública¹⁷². El fallo acuerda el comiso de todos los bienes conforme lo había solicitado el Ministerio Fiscal, a excepción de los pertenecientes a la acusada absuelta, y siguiendo el criterio iniciado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la misma Sala en el proceso conocido como “Operación Nécora”, y asumido por el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones¹⁷³, afirma la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por el delito contra la Hacienda Pública.

- I. La STS de 19-1-05 rechaza un recurso contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz en la que se condena por un delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico a un individuo consumidor de heroína y cocaína que entre los años 1999 y 2001 adquirió 4 embarcaciones¹⁷⁴ y un vehículo por una cantidad de dinero ligeramente superior a los 125.000 euros, con la particularidad de que había sido condenado en el año 1991 por tráfico ilegal de drogas. La sentencia tras reconocer la singular potencia acreditativa de este último dato a la hora de demostrar el conocimiento de su ilícito origen, añade que en el caso en cuestión también se valoraron otros datos: a) que el dinero se lo facilitaron unos ciudadanos de Marruecos; b) que la excusa que facilitó de que ellos no podían adquirir tales bienes por sí mismos es de extrema debilidad; c) que no facilitó la identidad de tales personas; d) la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de drogas y e) la adicción al consumo de drogas del condenado.
- m. Un buen número de sentencias del Tribunal Supremo han resuelto en trámite casacional situaciones prácticamente idénticas falladas previamente por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta. Se trata de asuntos en los que individuos carentes de ingresos económicos suficientes adquirirían embarcaciones de alta velocidad, vehículos, motores, etc. por elevadas cantidades de dinero, con la circunstancia adicional de la vinculación de algunos tripulantes de tales lanchas con operaciones de tráfico ilegal de hachís. Como regla general los pronunciamientos de casación¹⁷⁵, han confirmado las sentencias condenatorias dictadas por la Sección citada, salvo casos muy excepcionales en los que se estimó que la prueba de la vinculación con actividades de tráfico ilícito de drogas era inexistente.

Estas sentencias, cuyo contenido hemos tratado de sintetizar, son un valioso punto de referencia para el futuro de las investigaciones relativas al blanqueo de capitales y claros ejemplos de como debe construirse el tipo penal del blanqueo de capitales y de qué manera deben orientarse en el ámbito policial y judicial los esfuerzos dirigidos a la investigación de estos comportamientos delictivos.

Lo cierto es que los pronunciamientos judiciales en asuntos penales por blanqueo de capitales han aumentado considerablemente en los últimos años, y que a buen seguro la investigación de estas conductas criminales adquirirá en un futuro próximo la normalidad que necesita en su tratamiento judicial y se extenderá a los productos y bienes que originan otras actividades criminales diferentes del narcotráfico, particularmente las que desarrolla la criminalidad organizada.

Conviene, igualmente, mencionar algunas sentencias del Alto Tribunal que han terminado con fallos absolutorios, originados en buena medida por la insuficiencia fáctica y/o argumentativa de las resoluciones del Tribunal de instancia: en particular, las SSTS de 19-11-01 y de 18-12-01. La primera de ellas reprocha a la Sala de instancia el hecho de no haber valorado la prueba de

171 Arts. 344 bis h) a j) del Código Penal anterior.

172 Art. 349 del Código Penal anterior.

173 STS de 7-12-96, 21-12-99-caso Roldán, y 28-3-01-caso Urralburu.

174 Dos de ellas de alta velocidad)

175 SSTS 2-2-05, 16-2-05, 24-2-05, 1-3-05, 13-4-05, 14-4-05, 29-6-05, 5-10-05, 18-10-05, 25-10-05 entre otras.

descargo ofrecida por el condenado por el delito de blanqueo, sobre todo porque, a la vista de la misma, los indicios incriminatorios pierden la virtualidad probatoria que se les otorgó. La segunda simplemente constata que los hechos probados por la Audiencia de origen carecen de encaje típico en los arts. 301 y ss. del Código Penal, pues el propio hecho probado no llega a describir un comportamiento típico de blanqueo: el hecho probado se limita a establecer que el recurrente fue detenido cuando la policía registró la mochila que transportaba en su moto, comprobando que contenía 18 millones de pesetas, pero ni se especifica que el dinero transportado procediese de un delito relacionado con el tráfico de drogas, ni que el acusado conociese dicha ilícita procedencia ni que estuviese tratando de convertir, transmitir u ocultar los bienes o de encubrir su origen ilícito; en definitiva, el hecho de la ocupación de una cantidad de dinero en efectivo tan elevada en una mochila y las confusas explicaciones del acusado sobre la procedencia del dinero, no son fundamento suficiente para la condena, pues en los hechos probados debe hacerse constar la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo, y no un mero relato de las circunstancias de la detención y de las sospechas policiales.

Art. 302:

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.
2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:
 - a. multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
 - b. multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 incorporó algunas novedades a este precepto como la ampliación de las consecuencias accesorias incluyendo además de todas las previstas por el art. 129 en la parte general la reseñada en el apartado b)¹⁷⁶, y el comiso del producto directo e indirecto del delito. Sin embargo la ley orgánica 5/2010 ha optado por la imposición de penas adicionales de multa de forma obligatoria cuando se declare la responsabilidad de la persona jurídica, y con carácter facultativo de las penas previstas en el art. 33.7.b) a g)¹⁷⁷.

En el art. 302.1 se regulan unos subtipos agravados que ya se incluían en el anterior Código¹⁷⁸:

1. La pertenencia a una organización dedicada a estos fines, omitiéndose a diferencia del art. 369.6º la referencia a la transitoriedad, por lo que habrá que construir el concepto de organización tomando como base las ya conocidas notas de estabilidad, jerarquización y distribución de papeles¹⁷⁹. Ahora bien, el límite inferior de la pena será diferente según la procedencia de los

¹⁷⁶ Medida específicamente contemplada para los delitos contra la Hacienda Pública.

¹⁷⁷ Disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades hasta 5 años; clausura de locales y establecimientos hasta 5 años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social hasta quince años.

¹⁷⁸ Art. 344 bis j) y 546 bis f) párrafo 2º).

¹⁷⁹ En este caso también se impone la pena privativa de libertad en su mitad superior.

bienes: si el origen fuera el tráfico ilegal de drogas la pena a imponer será la mitad superior de la pena en su mitad superior que impone el art. 301.1.párrafo 2º, es decir, de 4 años 7 meses y 15 días hasta 6 años de prisión; si el origen fuera cualquier otra actividad delictiva grave la pena en su mitad superior oscilará entre 3 años y 3 meses a 6 años de prisión.

A estos efectos, una de las resoluciones más emblemáticas es la STS. de 31-10-94, pues es, quizás, la única que, casando la sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 2ª en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, condena por un delito de receptación del art. 546 bis f) con el subtipo agravado de pertenencia a organización a dos individuos que, encargados de la gestión económica y del asesoramiento comercial y fiduciario respectivamente, formaban parte de una estructura organizativa dedicada fundamentalmente a los ilícitos negocios de contrabando de tabaco, pero integrada a su vez en el seno de una organización de mayores dimensiones que también se dedicaba, con conocimiento de aquéllos, al tráfico al por mayor de cocaína.

2. Ser jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, supuesto en el cual se impondrá la pena superior en grado¹⁸⁰.

Además de las penas de prisión y multa proporcional, se prevé la pena de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de 3 a 6 años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código¹⁸¹, y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

Mientras en el tráfico ilícito de drogas será excepcional la aplicación de estas consecuencias accesorias pues se ejecuta, en la mayor parte de los casos, a través de grupos organizados “de facto” que no figuran en ningún registro ni poseen personalidad jurídica, en el marco del blanqueo de capitales su imposición puede ser más frecuente ya que esta actividad necesita de una cobertura legal (constitución o utilización de sociedades, locales o sedes donde desarrollar al menos aparentemente actividades comerciales lícitas, etc.) que les sirva de vehículo para la reinversión de las ganancias de origen criminal en la estructura económica lícita.

Relación concursal con los arts. 570 bis y 570 ter¹⁸². El art. 302. 1 CP prevé un subtipo agravado del delito de blanqueo de capitales por pertenencia a una organización dedicada a tales fines, no incluyendo en este caso las organizaciones de carácter transitorio, y distinguiendo entre la responsabilidad de los miembros y la de los “jefes, administradores o encargados” de la organización, ya que en el primer caso se impondrá la pena prevista en el art. 301 en su mitad superior, y en el segundo caso la pena superior en grado.

De este modo, las penas a imponer en estos casos serán las siguientes:

1. Respecto a los miembros de la organización la pena de 3 años y 3 meses a 6 años cuando se

¹⁸⁰ De 6 a 9 años de prisión, y multa.

¹⁸¹ Disolución de la organización; suspensión temporal de sus actividades; prohibición temporal de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios que hayan facilitado o encubierto el delito; clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; e intervención de empresas.

¹⁸² Delitos de organización y grupo criminal respectivamente.

trate de los tipos básicos previstos en los apartados 1 párrafo 1º y 2 del art. 301¹⁸³; y la pena de 4 años 7 meses y 15 días a 6 años si el origen de los bienes es un delito de los previstos en los arts. 368 a 372¹⁸⁴, o de los comprendidos en los capítulos V a X del título XIX o en el capítulo I del título XVI¹⁸⁵.

2. En cuanto a los jefes, administradores o encargados la pena a imponer en todo caso es la de 6 a 9 años de prisión.

Si aplicamos separadamente los arts. 301 y 570 bis las penas resultantes serán las siguientes:

1. Arts. 301.1 pfo. 1º y 2º, y 570 bis: para los integrantes la pena de 6 meses a 6 años de prisión por el primero, y la pena de 2 años a 5 años de prisión por el segundo¹⁸⁶; para los jefes, encargados administradores la pena de 6 meses a 6 años de prisión por el primero, y la pena de 4 años a 8 años de prisión por el segundo¹⁸⁷.
2. Arts. 301.1 pfos. 2º y 3º, y 570 bis: para los integrantes la pena de 3 años y 3 meses a 6 años de prisión por el primero, y la pena de 2 años a 5 años por el segundo¹⁸⁸; para los jefes, encargados administradores la pena de 3 años y 3 meses a 6 años de prisión por el primero, y la pena de 4 años a 8 años de prisión por el segundo¹⁸⁹.

También en estos casos la aplicación autónoma de los tipos penales lleva consigo una penalidad más grave, por lo que conforme a las reglas previstas en los arts. 570 quater 2 in fine y 8.4ª CP deberán sancionarse de manera separada.

Es obvio que si las conductas de blanqueo se ejecutan en el marco de un grupo criminal o de una organización criminal transitoria, se aplicarán separadamente ambos tipos penales como un concurso real de delitos, razón por la cual no pueden ser de mejor condición aquellos que cometan tales delitos formando parte de la estructura de una organización criminal definida conforme al art. 570 bis CP.

Por último, debe destacarse que la ley orgánica 5/2010 incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas con sanciones penales específicas para los casos en los que las personas jurídicas sean declaradas responsables de los delitos de blanqueo de capitales, tanto si se cometen dolosamente como imprudentemente por las personas físicas.

La multa es obligatoria, de 2 a 5 años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años¹⁹⁰, y multa de 6 meses a 2 años en los restantes casos¹⁹¹, mientras que las restantes penas son facultativas y se imponen en atención a las reglas del art. 66 bis¹⁹².

183 Castigados con pena de prisión de 6 meses a 6 años.

184 Tráfico ilegal de drogas.

185 En estos casos –art. 301.1 párrafos 2 y 3- la pena que corresponde es de 3 años y 3 meses a 6 años.

186 Que sumadas resulta un mínimo de 2 años y 6 meses y un máximo de 11 años.

187 Que sumadas resulta un mínimo de 4 años y 6 meses y un máximo de 14 años.

188 Que sumadas resulta un mínimo de 5 años y 3 meses y un máximo de 11 años.

189 Que sumadas resulta un mínimo de 7 años y 3 meses y un máximo de 14 años.

190 Lógicamente en su límite máximo y de forma abstracta.

191 Los supuestos de blanqueo por imprudencia grave.

192 Disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades hasta 5 años; clausura de locales y establecimientos hasta 5 años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social hasta quince años.

La responsabilidad de las personas jurídicas también está contemplada en el ámbito preventivo-administrativo, en cuya normativa se incluyen sanciones para las mismas, tales como la revocación de la autorización administrativa para operar¹⁹³, multas, amonestación pública y amonestación privada¹⁹⁴, categorizando las infracciones administrativas en tres grupos: muy graves, graves y leves.

Art. 303:

“Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

El art. 303 es una réplica fiel del art. 372, y se trata de una modalidad agravatoria que atiende a la condición, dedicación, profesión u oficio de los culpables. El automatismo del legislador al trasponer íntegramente este precepto, que tiene su origen en el art. 344 bis c) del anterior Código, no ha tenido en cuenta que la agravación en razón de esas circunstancias se fundamenta en el plus de responsabilidad exigible a quienes ostenten funciones públicas, y en la especial facilidad que para la comisión del hecho se deriva del ejercicio de una determinada profesión.

Quiere decir ello que, mientras esa agravación tiene su razón de ser en el caso de los funcionarios públicos, autoridades, agentes de la autoridad, empresarios o intermediarios en el sector financiero, sin embargo carece de sentido respecto a facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores, profesiones estas que, sin embargo, sí pueden suponer una situación de privilegio para la comisión de hechos de tráfico ilícito de drogas, pero no para la ejecución del delito de blanqueo de capitales.

Art. 304:

“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados”

Este artículo castiga con la pena inferior en uno o dos grados la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos, sin incluir referencia alguna en la dicción literal del precepto a la receptación propia, por lo que los actos preparatorios de los delitos contemplados en los arts. 298 y 299 no serán sancionables penalmente salvo que tales actos constituyan por sí mismos otra actividad delictiva.

¹⁹³ Sólo para infracciones muy graves.

¹⁹⁴ Arts. 56 a 58 de la ley 10/2010.

II. La nueva regulación del comiso de bienes en el código penal y en el derecho comparado

A. Introducción

Tradicionalmente el comiso ha sido considerado por los estudiosos del Derecho Penal como una cuestión de segundo orden. Basta consultar cualquier manual de Derecho Penal para comprobar que la cita y el comentario sobre esta institución apenas sobrepasan la reproducción literal de los preceptos penales que lo regulan. La mayor parte de los penalistas han pasado, pues, de puntillas cuando se ha tratado de analizar la figura del comiso.

Al igual que en el orden sustantivo, en el terreno procesal, y más concretamente en el marco del proceso penal, el comiso por su carácter de pena accesoria, y en cuanto tal de automática imposición, ha permanecido históricamente en un segundo plano, siendo obligado reconocer que, en el proceso penal, las investigaciones policiales y judiciales tendentes a cuantificar el producto de un determinado delito han brillado por su ausencia.

No obstante, en los últimos años las cosas han cambiado notablemente. El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal.

Los instrumentos jurídicos internacionales han venido insistiendo constantemente en dos aspectos que son fundamentales a estos efectos: de una parte, en la prevención y represión de las conductas de blanqueo, y de otra, en la incautación de los beneficios conseguidos con esas actividades criminales. Es evidente, pues, que una de las prioridades de la política criminal actual pasa inexcusablemente por revitalizar la figura del comiso, y dotar de mayor operatividad y profundidad a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y de las ganancias que tengan un origen criminal.

Los arts. 1-f) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988, 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-12-2000 y 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida el 9-12-2003 lo definen como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente”, mientras que el art. 1-d) del Convenio nº 141 del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos y el art. 1-d) del Convenio sobre blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 16 de Mayo de 2005 lo limitan, en armonía con el contexto socio-jurídico al que se dirige, a “la privación definitiva de un bien ordenada por un Tribunal en un procedimiento relativo a un delito o delitos”.

En los Tratados Internacionales que acabo de mencionar no existe ninguna referencia a su naturaleza jurídica, pero sí se observan marcadas diferencias entre ambos textos, seguramente como consecuencia del distinto espacio jurídico al que se dirigen.

Así, mientras para las Convenciones de Naciones Unidas es una medida que puede ser adoptada por autoridades distintas de las judiciales, lo que tiene su explicación si tenemos en cuenta que aquél es un instrumento normativo con vocación de universalidad y dirigido a sistemas jurídicos muy dispares entre sí; para los Convenios de Estrasburgo de 1990 y de Varsovia de 2005, de ámbito territorial más limitado y dirigidos a países con ordenamientos jurídicos mucho más homogéneos y uniformes en el orden penal y constitucional, su aplicación se entiende exclusivamente en sede jurisdiccional, en el marco de procesos penales o, a lo sumo, de procedimientos relacionados con aquéllos, y con estricta sujeción a las garantías y derechos consagrados en el Convenio de Roma de 1950.

El papel de la Convención de Viena de 20-12-88¹ contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos ha sido verdaderamente determinante en este terreno porque ha incorporado al acervo jurídico internacional una regulación muy precisa y avanzada en materias básicas para un adecuado y eficaz desarrollo de la política criminal como son la penalización del blanqueo de capitales o lavado de activos, el decomiso o confiscación de bienes, y la asistencia judicial supranacional.

Así, en cuanto al decomiso de bienes, instrumento que es desarrollado en el art. 5, las líneas maestras que inspiran su regulación son las siguientes:

- inclusión del decomiso de bienes de valor equivalente: al amparo del art. 5.1.a) el decomiso debe alcanzar al producto derivado de los delitos de narcotráfico y blanqueo previstos por el art. 3.1, y en su caso también a los bienes cuyo valor equivalga a ese producto.
- inaplicación del secreto bancario frente a las decisiones de presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales².
- posibilidad de concertar acuerdos para el reparto de bienes decomisados entre Estados y para financiar con los mismos a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y psicotrópicos³.
- aplicación del decomiso al producto transformado o convertido en otros bienes, y al producto mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas hasta el valor estimado de aquél, así como a los ingresos u otros beneficios derivados de ellos⁴.

Todas estas previsiones son incorporadas también en términos muy similares por las posteriores Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada en Palermo el 13-12-2000⁵, y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida⁶ el 9-12-2003⁷. Este último instrumento jurídico internacional citado va incluso mucho más lejos en algunas previsiones al reconocer en su capítulo V como principio general la restitución a sus legítimos propietarios y a los Estados afectados de los bienes y activos derivados de la corrupción, principio éste de cuya efectividad dependen muy particularmente la disposición y asignación de los mismos a programas que promuevan el fortalecimiento y la mejora de la respuesta institucional en el combate contra la corrupción, así como la creación de órganos especializados en su prevención y represión.

1 B.O.E. de 10-11-90

2 Art. 5.3

3 Art. 5.5.b

4 Art. 5.6

5 Vid. Artículo 12

6 México

7 Vid. Artículo 31

Las más recientes iniciativas sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea se han concretado en cuatro trascendentes Decisiones: la de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito; la de 22-7-2003 sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; y la de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; la de 6-10-2006 sobre la ejecución inmediata y reconocimiento mutuo en el ámbito europeo de resoluciones judiciales de decomiso de bienes; y en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea⁸.

Estas disposiciones europeas obligaron a modificar la legislación nacional española: la ley 18/2006 de 5 de Junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la ley 4/2010 de 10 de Marzo para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso; la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código Penal que ha modificado el art. 127 para introducir el decomiso ampliado de bienes, aunque finalmente el legislador ha optado por una regulación unitaria de todos los instrumentos mencionados mediante la ley 23/2014 de 20 de Noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (que incluye la orden europea de detención y entrega, resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad, resoluciones de libertad vigilada, resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, orden europea de protección, resolución de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, resoluciones de decomiso, resoluciones que imponen sanciones pecuniarias y exhorto europeo de obtención de pruebas).

B. Concepto y naturaleza jurídica

En el Código Penal anterior el comiso estaba configurado como una pena accesoria que solo podía ser impuesta en virtud de sentencia, no como una medida o consecuencia penal de distinta naturaleza. Se regía, por tanto, por los principios de personalidad y accesoriadad.

Tal consideración hunde sus raíces en el Código Penal de 1822 y llega hasta nuestros días a través de los distintos Cuerpos penales, con la excepción del Código Penal de 1928, bajo cuya breve vigencia se reguló como medida de seguridad, aunque sin alterar prácticamente para nada su contenido y efectos.

Por contra, en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 deja de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria. Parece que se ha seguido en este punto la sistemática de la legislación penal alemana que, en su parte general, al contemplar las consecuencias jurídicas del

⁸ La Decisión Marco de 26-6-01 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que persigue como objetivos fundamentales que los Estados miembros de la Unión no formulen reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de 1990, que los delitos de blanqueo sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a 4 años, y que arbitren en sus respectivas legislaciones el decomiso de bienes por un valor equivalente al del producto no aprehendido.

La Decisión Marco de 22-7-03 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de los bienes y de aseguramiento de pruebas, que básicamente pretende un examen prioritario de las solicitudes de asistencia referidas a tales medidas, basado en la transmisión directa de las resoluciones entre la Autoridad que las haya dictado en el Estado de emisión y la Autoridad judicial competente del Estado de ejecución, así como en el principio de reconocimiento y ejecución inmediata de las resoluciones de tal naturaleza dictadas por las Autoridades judiciales de otros países.

La Decisión Marco de 25-2-2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito establece algunas disposiciones dirigidas a ampliar el decomiso de bienes de origen criminal, de manera que se puedan incluir en determinadas condiciones los bienes de personas allegadas al responsable criminal, los pertenecientes a personas jurídicas vinculadas con aquél, los adquiridos durante un período anterior razonable a la ejecución del hecho que motiva la condena, y aquellos que superen manifiestamente los ingresos legales.

La Decisión Marco de 6-10-2006 relativa al reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de resoluciones judiciales sobre decomiso de bienes supone igualmente un paso trascendental para el éxito de las investigaciones patrimoniales al trasladar al ámbito del decomiso los criterios inspiradores de la orden europea de detención y entrega.

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, en cuyo artículo 10 se insta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias, por ejemplo mediante la creación de oficinas nacionales centrales, «con objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente con miras a su posible decomiso».

hecho trata por separado la pena, las medidas de seguridad, y el comiso en sus dos manifestaciones de instrumentos y productos en sentido estricto, por una parte, y de ganancias, por otra.

Ya el Proyecto de Código Penal de 1992 situaba al comiso bajo el título “De las consecuencias accesorias”; y con anterioridad la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, alejándose drásticamente del Proyecto de Código Penal de 1980 que seguía tratando al comiso como una pena, lo consideró también como una consecuencia accesoria.

Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse “si de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles”)⁹.

Tampoco encajaba con claridad en las medidas de seguridad, entre las que las patrimoniales han sido muy criticadas por la doctrina¹⁰, pues éstas en sentido estricto tienen funciones reeducativas o de mejora¹¹, que el comiso no cumple, pese a que la Ley de Peligrosidad Social de 4-8-1970 -ya derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 10/95- incluía la medida del comiso (art. 5.16) dentro del catálogo de medidas de seguridad que regulaba. Así, Manzanares Samaniego, quizás uno de los autores que con más detenimiento ha tratado esta cuestión, la califica de “medida sui generis” cuya imposición habría de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa¹².

Como ha señalado insistentemente este tratadista la figura del comiso no cumplía las exigencias mínimas que debiera llenar toda pena, pues la proporcionalidad con el delito, la divisibilidad, e incluso el principio de culpabilidad no se reflejan como debiera en el comiso, y en particular, en la tradicional normativa de nuestro país.

Mucho más tras las reformas legales de los años 1988 y 1992 que, en materia de tráfico ilícito de drogas, han ido limitando progresivamente el principio de la proporcionalidad, y han permitido que el comiso pueda alcanzar a instrumentos, productos y ganancias de personas no responsables criminalmente del delito.

Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán)¹³, ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido Ferreiro consideraba aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta.

No han faltado autores que han destacado el *carácter procesal* del comiso¹⁴ al relacionarlo con las disposiciones contenidas en los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin

9 Art. 26 párrafo 1º del Código de 1974.

10 Vid. FLORIAN: Parte generale del Diritto penale, Milán, 1934.

11 Explícitamente el art. 25.2 de la Constitución dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social...”. Parece, pues, claro que las medidas de seguridad se adoptarán “intuitu personae”.

12 Vid. “Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/83”, págs. 255 y ss., edit. Bosch, Barcelona, 1983; y “El comiso” en Comentarios a la legislación penal, tomo V, Volumen 1º, págs. 409 y ss.

13 Lógicamente en su límite máximo y de forma abstracta.

14 Serrano Butragueño citando a Torres-Dulce Lifante.

embargo, entendemos que si bien es cierto que el artículo 334 de la ley procesal penal establece que el Juez recogerá en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar donde se cometió o en sus inmediaciones o en poder del reo, o en otra parte conocida, tal recogida poco o nada tiene que ver con el comiso. Efectivamente, si bien el objeto de dicha aprehensión puede coincidir con el del comiso —únicamente cuando este se refiere a instrumentos del delito, nunca si lo decomisado son las ganancias del mismo— no encontramos más analogías entre ambas figuras. Por el contrario, resulta evidente la finalidad facilitadora de la investigación del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵, frente a la finalidad sancionadora del comiso. A esta diferencia de finalidad se añaden otras muchas relativas al propio alcance de una y otra medida, órgano competente y procedimiento para acordarla, etc., todo lo cual nos conduce a rechazar el carácter procesal del comiso.

El Código Penal español de 1995 considera al comiso como una *consecuencia accesoria*, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos¹⁶ de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de *consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias*.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 señalaba que “el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito¹⁷ constituye una “pena accesoria”, y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una “consecuencia accesoria” de la pena¹⁸. En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil “ex delicto”. La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición¹⁹.”

El Título VI del Libro I del nuevo texto punitivo, en la redacción dada por la ley orgánica 1/2015 de 30 de Marzo de reforma del CP, bajo el epígrafe “*De las consecuencias accesorias*” incluye el comiso y determinadas medidas aplicables a las personas jurídicas conforme al art. 33.7.c) a g) para aquellas empresas, grupos, organizaciones, entidades o agrupaciones que por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el art. 31 bis del Código Penal.

El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 1994 había señalado que la teleología del artículo 344 bis e)²⁰ no es otra que acabar con el fenómeno del blanqueo de dinero negro o reinversión ilegítima de las ganancias del narcotráfico a la normal circulación del dinero, recalando en todo caso el Alto Tribunal que estas medidas han de tomarse siempre que se garanticen los derechos de las personas afectadas respecto de las medidas a adoptar, incluido el derecho de propiedad reconocido expresamente por la Constitución.

15 Ubicado dentro del Título V del Libro II y bajo la rúbrica “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”.

16 Código Penal suizo o Código Penal alemán.

17 Art. 48 CP de 1973.

18 Art. 127 CP de 1995.

19 Parece necesario tener que hacer dicha precisión de que el comiso nada tiene que ver con las responsabilidades civiles, vistos los múltiples errores que al respecto se producen, y no solo por abogados sino incluso por los Tribunales. Baste citar como ejemplo el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 1999 en el que refiriéndose a un recurso del Ministerio Fiscal en relación con la denegación del comiso solicitado, hasta tres veces en su fundamento de derecho único se refiere a dicho recurso como una cuestión relativa a las responsabilidades civiles del penado.

20 Que se corresponde con el actual artículo 374.

C. Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales

La ley orgánica 1/2015 de reforma del CP ha llevado a cabo una profunda reestructuración del comiso de bienes en los arts. 127 ter a 127 octies, para adaptarlo a las normas internacionales mediante la incorporación del decomiso ampliado de bienes, del decomiso autónomo y del decomiso de bienes pertenecientes a terceros no responsables del delito.

A ello se ha unido la ley 41/2015 de 6 de Octubre de agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales, que ha incorporado las normas procedimentales reguladoras de la intervención de terceros no responsables del delito que resulten afectados por el decomiso y del decomiso autónomo de bienes, cuestiones que desarrollaremos en los apartados correspondientes.

Veamos el texto literal de los preceptos penales sobre la materia:

Art. 127:

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 instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Artículo 127 bis

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:
 - a. Delitos de trata de seres humanos.
 - b. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
 - c. Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
 - d. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
 - e. Delitos relativos a las insolvencias punibles.
 - f. Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
 - g. Delitos de corrupción en los negocios.
 - h. Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

- i. Delitos de blanqueo de capitales.
- j. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k. Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m. Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n. Delitos de falsificación de moneda.
- o. Delitos de cohecho.
- p. Delitos de malversación.
- q. Delitos de terrorismo.
- r. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

- a. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
- b. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
- c. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

Artículo 127 ter

- 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:
 - a. Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
 - b. se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
 - c. no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.
- 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

Artículo 127 quater

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:
 - a. En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
 - b. En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.
2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

Artículo 127 quinquies

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:
 - a. Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.
 - b. Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.
 - c. Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Son indicios relevantes:
 1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
 2. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
 3. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:
 - a. El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.
 - b. O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

Artículo 127 sexies

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1. Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.
2. Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.
3. Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

Artículo 127 septies

Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Artículo 127 octies

1. 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.
2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.
3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.

Artículo 128

Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.

Respecto a los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales asociado a esta actividad criminal, el art. 374 se limita a recordar que serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los arts. 127 a 128, y a las siguientes normas especiales:

1. Una vez firme la sentencia se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieren apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado cuando el órgano judicial competente hubiere ordenado su conservación.
2. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán íntegramente al Estado, y no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales.

D. Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal

Las notas más destacables de esta nueva y específica regulación del comiso –en la que es necesario aunar las normas generales y especiales– son las siguientes:

1. El objeto del comiso alcanza a las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371²¹ y a tres categorías de bienes para todos los delitos: el producto directo del delito²²; las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar; y los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción²³.
2. Respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la Autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 367 ter.1.párrafo 2º LECriminal)²⁴. La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas, debiendo indicarse que en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.
3. El comiso se impone como consecuencia de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes, efectos, instrumentos o ganancias sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva²⁵.
4. Se incluye el comiso de bienes por valor equivalente o de otros bienes cuando no fuera posible el decomiso de los bienes establecido por el art.127.1, con sujeción a las siguientes reglas:
 - cuando no fuere posible el decomiso de los bienes señalados por el art. 127.1, o su valor fuera inferior al que tenían en el momento de su adquisición, se acordará el decomiso de otros por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos y al de las ganancias obtenidas de ellos²⁶
 - si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a efecto, en todo o en parte, por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias, o por cualquier otra circunstancia, se podrá acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, pertenecientes a los responsables criminales por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado²⁷

21 Para los delitos previstos en los arts. 368 y ss. CP.

22 Es decir, los efectos que de él provengan.

23 Arts. 374.párrafo 1º y 127.1.

24 Art. 367 ter.1.párrafo 2º LECriminal.

25 Art. 127 CP.

26 Art. 127.3 CP.

27 Art. 127 septies.

5. La ley orgánica 1/2015 ha incorporado el decomiso ampliado de bienes, efectos y ganancias para las siguientes situaciones:
 - cuando pertenezcan a quien haya sido condenado por alguno de los delitos previstos en el listado del art. 127 bis.1, haya indicios objetivos fundados de su procedencia delictiva y no acredite su origen lícito²⁸
 - de los bienes provenientes de la actividad delictiva previa del condenado por alguno de los delitos previsto en el art. 127 bis.1 cuando concurren indicios fundados de que una parte relevante de su patrimonio tiene esa procedencia²⁹.
6. El decomiso autónomo de bienes se tramitará en un proceso contradictorio aunque no haya sentencia de condena cuando se acredite la situación patrimonial ilícita de los mismos³⁰, conforme a lo dispuesto en los arts. 803 ter e) a u) de la ley de Enjuiciamiento criminal.
7. También podrán ser decomisados los bienes que hayan sido transferidos a terceras personas en los casos y en las condiciones previstas por el art. 127 quater y los arts, 803 ter a) a d) de la ley procesal penal.
8. Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto decomisados cautelarmente por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente cuando su utilización permita a la Administración un aprovechamiento de su valor mayor que con la realización anticipada o se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público³¹
9. La posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes del pronunciamiento o la firmeza de la sentencia toma carta de naturaleza en todo tipo de procedimientos en los casos y con las condiciones previstas en los arts. 367 quater y 367 quinquies LECriminal
10. Los bienes decomisados como norma general se adjudicarán al Estado, salvo que deban ser destinados al pago de las indemnizaciones de las víctimas³²; no obstante, en los delitos de tráfico ilegal de drogas y de blanqueo asociado a esa actividad criminal se adjudicarán íntegramente al Estado, excluyéndose expresamente su afectación a las responsabilidades civiles y a las costas procesales³³.
11. La adjudicación al Estado en los procesos penales por delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquellos conlleva por expresa disposición legal el destino de los bienes cuyo decomiso haya sido acordado al Fondo de Bienes Decomisados, actualmente regulado por la ley 17/2003 de 29 de Mayo, que ha derogado la primitiva ley 36/95 de 11 de Diciembre, y se encuentra administrativamente situado en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.
12. En los restantes casos, los bienes decomisados, tanto cautelarmente como definitivamente, serán gestionados, conservados y administrados por la Oficina para la Recuperación y Gestión de Activos³⁴.

E. Ámbito objetivo de aplicación

Como decíamos anteriormente son objeto de comiso: las drogas, estupefacientes y psicotrópicos; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371; y los bienes, medios, instrumentos y ganancias en los términos previstos por los arts. 127 a 128 CP.

Con carácter general, el art. 127 CP establece que “toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

²⁸ Art. 127 bis.

²⁹ Art. 127 quinquies.

³⁰ Casos de fallecimiento, enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento, rebeldía, exención y extinción de la responsabilidad criminal-art. 127 ter.

³¹ Art. 367 sexies LECriminal.

³² Art. 127 octies.3 CP.

³³ Art. 374.regla 2ª.

³⁴ ORGA.

Ahora bien, las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal³⁵. Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como *efectos* todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica³⁶. Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la ley orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito³⁷. El vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves, pero no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal. Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto *efectos* como *instrumentos* del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto³⁸ del delito del artículo 371 del Código Penal.

Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso *las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito. Los primeros precedentes normativos de esta fórmula los encontramos en el art. 344 bis e) del Código Penal de 1973, incorporado por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de Marzo, redacción que se ha mantenido en el Código Penal vigente, primero en la norma especial del artículo 374³⁹, y posteriormente en la norma general del artículo 127 actualmente en vigor.

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales a él asociado que llegan a los tribunales y que merecen sentencia condenatoria, han supuesto el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, el término ganancias se identificaría con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de condena; ahora bien, esta interpretación debe ser desechada al conducirnos directamente a la inaplicación de la norma en la generalidad de los casos.

35 Por ejemplo, los documentos falsos.

36 Dinero, armas, drogas, etc.

37 SSTs de 21 junio 1994, 22 marzo 1995 y 18 julio 1996.

38 Efecto en el sentido amplio más arriba indicado.

39 Texto aprobado por la ley orgánica 10/95.

Consciente del problema, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973⁴⁰, adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones⁴¹:

1. Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas⁴².
2. Que se respete el principio acusatorio.

La concurrencia de la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, obliga a interesar del órgano judicial competente el comiso de cuantos bienes, efectos, y ganancias se encuentren en esta situación, pues el comiso en tanto que consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio. En relación con ello, hay que tener en cuenta que la procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal – presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas de las que traen su procedencia los bienes, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico.

Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el delito de blanqueo respecto a la prueba del delito antecedente o determinante⁴³.

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada.

A nuestro juicio debería bastar con probar, normalmente mediante indicios: que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado; a tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque en su momento sólo constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del delincuente.

40 Hoy 127 y 374 del Código Penal vigente.

41 SSTs de 30-5-2007, 27-1-2009, 28-1-2010 y 28-6-2013 entre otras.

42 O de cualquier otro delito.

43 SSTs de 10-1-2000, 28-7-01, 5-2-03, 10-2-2003, 14-4-2003, 29-11-2003, 19-1-2005 y 20-9-2005 entre otras.

Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el periodo de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad delictiva en cuestión.

Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.

Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurren circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc.

Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión no deja margen a la duda. Así la STS de 6-6-2002 señala que *"...la jurisprudencia no requiere que los bienes que resulten objeto del mismo se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la sentencia la decisión al respecto"*. Y respecto de la probanza de la procedencia ilícita de los bienes decomisados, en la STS 16/2009, 27 de enero se dice que *"...no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierta y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito"*. Posibilidad ésta reiterada en las SSTs 1030/2003, 15 de julio y 495/99, 5 de mayo.

En definitiva, será válida la decisión del comiso cuando todos los datos permitan *"...entender como lógica y razonable la convicción del Tribunal acerca de la procedencia ilegítima de los bienes objeto del comiso, aunque su fecha de adquisición sea anterior a la concreta operación de tráfico de drogas enjuiciada, en cuanto se da una razonable probabilidad de vinculación o conexión con actividades de tráfico o con personas relacionadas con los mismos, ha habido un aumento del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto"*⁴⁴.

⁴⁴ STS 450/2007, 30 de mayo y 16/2009, 27 de enero.

La nueva regulación del comiso de bienes llevada a cabo por la ley orgánica 1/2015 de reforma del CP resuelve esta cuestión al introducir diferentes procedimientos de decomiso ampliado de bienes⁴⁵, en los que es necesario acreditar la procedencia lícita si concurren indicios fundados de su origen delictivo, indicios que se concretan en la concurrencia de determinadas presunciones:

1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
2. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
3. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

F. Ámbito subjetivo de aplicación

De conformidad con los arts. 127 y siguientes el decomiso alcanza tanto a los bienes, efectos, instrumentos y ganancias que pertenezcan al responsable criminal como a los que pertenecen a terceros, aunque en este caso con sujeción a las reglas previstas por el art. 127 quater CP, el cual autoriza el decomiso de bienes efectos y ganancias que hayan sido transferidas a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

- a.** En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- b.** En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

Para ello se establece la presunción de que, salvo prueba en contrario, el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

No obstante, la transferencia a otras personas distintas a las responsables de una infracción criminal de sus efectos, instrumentos o ganancias no puede perjudicar a los terceros de buena fe.

La salvaguarda de los derechos de “terceros de buena fe” está expresamente contemplada en el art. 5.8 de la Convención de Viena de 1988 y en todos los convenios internacionales posteriores. Esta expresión “terceros de buena fe” no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el art. 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que *“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*. A tales efectos debe entenderse por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la diligencia debida, y así en el ámbito del derecho civil, la circunstancia de haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

⁴⁵ Art. 127 bis y 127 quinquies.

En similares términos, el art. 5 de la Ley de Contrabando señala que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

Determinar si un tercero ha actuado con buena o mala fe a la hora de recibir unos determinados bienes relacionados con el desarrollo de actividades delictivas implica averiguar cuál es el grado de conocimiento que ha tenido sobre la procedencia de los mismos. En tal sentido, el apartado 1 del art. 127 *quater* autoriza el decomiso en dos casos: el primero, referido a *efectos y ganancias*, cuando el sujeto sepa que proceden de una actividad ilícita o cuando, aun no sabiéndolo, una persona diligente podría haberlo sospechado; el segundo, referido a otros bienes —se supone que serán los *instrumentos*, por eliminación—, cuando el sujeto sepa, además, que su adquisición dificulta su decomiso o, aun no sabiéndolo, una persona diligente podría sospecharlo.

En consecuencia, el Código Penal estima que el tercero tiene mala fe tanto si conoce como si, al no haber actuado con la debida diligencia, ha tenido motivos para sospechar del origen delictivo de los bienes o de su ocultación.

Para concluir, debe recordarse que el decomiso de bienes de terceros convive en el Código Penal con la denominada receptación civil, prevista en su art. 122⁴⁶. Realmente, se trata de instituciones diversas, aunque compartan la consecuencia de que un tercero no responsable del hecho delictivo pierda unos bienes previamente adquiridos que deriven de ese mismo hecho. La receptación civil presupone que el tercero haya adquirido los bienes por título lucrativo o gratuito, pero también que desconozca su origen delictivo, pues de lo contrario podría ser responsable de otro delito.

A pesar de su naturaleza de consecuencia accesoria, la nueva regulación del comiso, máxime tras las reformas penales de las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015, quiebra la vinculación de esta institución con los principios de personalidad y accesoriedad al permitirse que afecte a bienes pertenecientes a terceros no responsables del delito y no exigir en algunos casos la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, habiéndose establecido el procedimiento de decomiso autónomo de bienes.

En cuanto a las facultades de la jurisdicción penal en orden a delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente o, dicho en otros términos, a la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes mecanismos normativos para hacer frente a estas situaciones: así, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2-10-1991 y 16-6-93 reconocen que cuando estos actos o negocios afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrán ser declarados nulos de acuerdo con los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciamiento éste que entraría dentro de las competencias propias del Tribunal penal, como si de una restitución se tratase, para su posterior adjudicación al Estado.

Es decir, sí ha sido posible el comiso a pesar de que la cosa no era propiedad del condenado. Especialmente significativas en este sentido resultan las dos sentencias citadas del Tribunal Supremo, la de 2 de octubre de 1991 y la de 16 de junio de 1993.

La primera de ellas mantiene la pena de comiso de determinados bienes pese a la absolución de la procesada en base a los siguientes razonamientos:

⁴⁶ La participación a título lucrativo.

“La procesada es absuelta, pues si bien en absoluto resulta creíble el origen de las importantes sumas de dinero que sus hijos le entregaban, a juicio de la Sala, no ha resultado tampoco debidamente acreditado el cabal conocimiento del origen delictivo de los mismos, estando probado que el dinero ingresado, cuyo comiso se decreta, provenía del ilícito comercio respecto de la droga, mantenido por sus hijos.

Esto es, la recurrente, desconociendo la ilicitud, porque en otro caso, como es obvio, hubiera sido condenada y precisamente por ello, es decir, porque la desconocía, actúa como simple depositaria del dinero.

El dinero realmente no es suyo, es de los hijos condenados; ella es una poseedora en nombre ajeno⁴⁷, cualquiera que se la titularidad formal y es a los hijos a quien hay que atribuir la propiedad pues no consta probada una cesión a título gratuito que sería, por otra parte, un negocio jurídico nulo de pleno derecho, de acuerdo con los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera de este Tribunal.

En último término, se trataría de alguna manera de una participación lucrativa que contempla el art. 108 del Código Penal- actualmente art. 122- determinante de un enriquecimiento injusto, llamado por algunos expresivamente receptación civil, que determina las mismas consecuencias jurídico-económicas ya examinadas”.

La segunda sentencia analiza un caso de titularidad compartida incidiendo especialmente en la necesidad de que ésta sea efectiva y debidamente justificada para impedir la aplicación del comiso:

“En virtud de las disposiciones del art. 48 del Código Penal y del antes mencionado, el comiso sólo puede detenerse ante la titularidad efectiva y material de los bienes por una tercera persona ajena al hecho delictivo. En los casos de titularidad compartida puede acordarse el comiso parcial de los bienes.

Es por tanto necesario profundizar en el examen de las circunstancias reales que concurren en cada caso concreto para establecer si se dan a las bases necesarias para acordar el comiso en la totalidad de los bienes ocupados, aunque alguno de ellos, como sucede con dos de las libretas bancarias, se ostenten en titularidad compartida con una tercera persona ajena al hecho delictivo.

La sentencia recurrida dedica una parte de su contenido al análisis de las circunstancias concurrentes en el procesado y en la otra titular para establecer una conclusión en torno a la procedencia del dinero ocupado. Aparecen una serie de circunstancias que denotan el origen de las sumas de dinero ingresada en las libretas compartidas. El propio procesado reconoce que desde hace más de diez años carece de trabajo y se puede constatar que ha estado con frecuencia en prisión, lo que dificulta la justificación de los sucesivos y cuantiosos ingresos. Asimismo, se desconoce que la cotitular tenga medios de fortuna o desarrolle actividades suficientemente remuneradas como para poder justificar los saldos encontrados. No se encuentra una justificación razonable y suficiente de la movilidad de las cuentas bancarias y no resulta acreditada la titularidad de la persona que la ostentan conjuntamente con el procesado”.

Otras legislaciones, como el artículo 629 del Código Francés de la Salud Pública autorizan el embargo y confiscación de todos los bienes y productos con independencia de la persona a la que pertenecieran, cuando su propietario no pueda ignorar su origen o utilización fraudulentas. También el artículo 74.a) del Código Penal alemán permite el comiso de bienes pertenecientes a un tercero cuando éste ha facilitado el hecho por actuación imprudente, prescribiendo mecanismos de compensación por la pérdida del bien en determinadas circunstancias.

⁴⁷ Art. 431 del Código Civil.

Es decir, los jueces y tribunales que conozcan de la causa tienen la potestad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en apartados anteriores. Con esta medida se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales.

Y como complemento de esta facultad, el art. 20 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Disposición Final 3ª de la ley 15/2003 de 25 de Noviembre, atribuye a las autoridades judiciales, en estos casos, la potestad para efectuar anotaciones registrales en relación con bienes inscritos a nombre de terceras personas. A tales fines se ha incorporado un nuevo párrafo final a dicho precepto en los siguientes términos:

“No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”.

La ley 41/2015 de 6 de Octubre de reforma de la LECriminal ha incorporado mediante los arts. 803 ter a, b, c y d el procedimiento regulador de la intervención de terceros que resulten afectados por el decomiso de bienes:

Artículo 803 ter a Resolución judicial de llamada al proceso

1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:
 - a. que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o
 - b. que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.
2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:
 - a. no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o
 - b. existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.
3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.
5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416.

Artículo 803 ter b Especialidades de la intervención y citación a juicio del tercero afectado

1. La persona que pueda resultar afectada por el decomiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque esta participación vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.
2. Para la intervención del tercero afectado por el decomiso será preceptiva la asistencia letrada.
3. El afectado por el decomiso será citado al juicio de conformidad con lo dispuesto en esta ley. En la citación se indicará que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia y que en el mismo podrá resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado.

El afectado por el decomiso podrá actuar en el juicio por medio de su representación legal, sin que sea necesaria su presencia física en el mismo.

4. La incomparecencia del afectado por el decomiso no impedirá la continuación del juicio.

Artículo 803 ter c Notificación e impugnación de la sentencia

La sentencia en la que se acuerde el decomiso será notificada a la persona afectada por el mismo aunque no hubiera comparecido en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 803 ter a. La persona afectada podrá interponer contra la sentencia los recursos previstos en esta ley, aunque deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

Artículo 803 ter d Incomparecencia del tercero afectado por el decomiso

1. La incomparecencia del tercero afectado por el decomiso que fue citado de conformidad con lo dispuesto en esta ley tendrá como efecto su declaración en rebeldía. La rebeldía del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, si bien, en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica. En tal caso, se remitirá certificación al tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente y, a continuación, se seguirán las reglas siguientes:
 - a. Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.

b. Presentado el escrito en plazo, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y, con arreglo a las normas generales, se señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afectación de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.

c. Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en esta ley.

Si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plazo o el tercero no comparece en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

2. Los mismos derechos previstos en el apartado anterior se reconocen al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia.

G. El comiso de bienes de valor equivalente

Esta figura es una especie de comiso sustitutivo que recae sobre bienes diferentes –incluso de origen lícito (como expresamente afirma el art. 127 septies CP)- de aquellos que en principio deben ser decomisados al amparo del art. 127.1, para los supuestos en los que no haya sido posible el comiso de éstos por cualquier circunstancia.

Su incorporación al ordenamiento penal español era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su art. 5.1.a), como la Convención de Palermo de 13-12-00, en su art. 12.1.a), y la Convención de Mérida de 9-12-2003, en su art. 31, obligaban a adoptar las medidas necesarias para adoptar el decomiso *“del producto de los delitos o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”*. En el mismo sentido se pronuncian la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, e igualmente el Código Penal alemán, en el artículo 74 c) y el Código de Aduanas francés en su artículo 415.

En consecuencia, la aplicación del comiso del valor equivalente, a tenor de la redacción contemplada en los arts. 127.3 y 127 septies, se extenderá tanto a los supuestos en los que resulte imposible decomisar el producto del delito -término que en el lenguaje convencional abarca el producto directo e indirecto, es decir, efectos y ganancias-, como a los casos en los que no sea posible total o parcialmente el decomiso de los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

Así el art. 127.3 CP señala que si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Por otra parte, el Artículo 127 septies indica literalmente que si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

H. El comiso ampliado de bienes

La ley orgánica 5/2010 de reforma del CP incorporó al texto punitivo en el art. 127.1.párrafo 2º la siguiente disposición: *“El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancia procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”*.

En síntesis, se trataba de una presunción legal “iuris tantum” aplicable a los delitos de terrorismo y a los delitos cometidos por en el marco de organizaciones y grupos criminales o terroristas, en virtud de la cual se consideraba que tienen origen ilícito todos los bienes cuyo valor sea desproporcionado en relación con los ingresos legales. No se mencionaban, sin embargo, los delitos relacionados con la corrupción, aunque el Anteproyecto de Código Penal de 2012 ya incorporaba esta modalidad de decomiso para delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico⁴⁸.

Esta figura trataba de implementar la Decisión Marco de 24-2-2005 en cuyo art. 3 se establece una potestad de decomiso ampliada al indicar que:

“1. Cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción:

a. cometida en el marco de una organización delictiva tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, cuando dicha infracción esté prevista en:

- la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro,
- la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito,
- la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,
- la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,
- la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil,
- la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (1);

⁴⁸ Blanqueo de capitales, receptación, propiedad intelectual e industrial, y cuando se cometan con profesionalidad, cohecho, malversación, corrupción entre particulares y en las transacciones comerciales internacionales.

b. que esté prevista en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (2), y siempre que la infracción a tenor de las mencionadas Decisiones marco:

- en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo,
- en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico.

2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

a. un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

b. un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c. se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

4. Los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.”

La ley orgánica 1/2015 de reforma del CP ha llevado a cabo una profunda remodelación del decomiso ampliado de bienes, mediante la introducción de diferentes previsiones normativas que a continuación pasamos a exponer:

1. El Artículo 127 bis regula el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a. Delitos de trata de seres humanos.
- b. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
- c. Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e. Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f. Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- g. Delitos de corrupción en los negocios.
- h. Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
- i. Delitos de blanqueo de capitales.
- j. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k. Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m. Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n. Delitos de falsificación de moneda.
- o. Delitos de cohecho.
- p. Delitos de malversación.
- q. Delitos de terrorismo.
- r. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Se valoran como datos o circunstancias determinantes de su origen o procedencia delictiva los siguientes indicios (presunciones de ilicitud que admiten prueba en contrario):

1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
2. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

No obstante, se introduce una limitación a su aplicación difícilmente justificable y que claramente restringe la operatividad de esta figura al indicar que el decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

2. El Artículo 127 quinquies que permite acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a. Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.

- b. Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.

- c. Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Se consideran como tales los mismos que se han citado en relación con el art. 127 bis CP, aunque solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

Por último, debe precisarse que se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

- a. El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

- b. n el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

Como complemento de lo dispuesto en este precepto, y a los efectos de una correcta aplicación del mismo, el Artículo 127 sexies establece algunas presunciones:

1. Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2. Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3. Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

Pero como cláusula de corrección se establece que el juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

I. El comiso y el principio acusatorio

La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la sujeción del comiso al principio acusatorio como una de las garantías de que no se produzca indefensión en el marco del proceso penal se sustenta en los siguientes parámetros:

- al no ser de forzosa imposición pues cabe no decretarla cuando los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero o cuando, siendo de lícito comercio, no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles o pueda serlo parcialmente⁴⁹, su aplicación debe sustentarse en la contradicción y en el sometimiento expreso de la misma a debate en el juicio oral⁵⁰.
- no basta la petición genérica de consecuencias accesorias o solicitar simplemente el comiso sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide, sino que es necesaria la individualización por la acusación de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias cuyo comiso se solicita al amparo del art. 374 del Código Penal⁵¹.
- solo puede ser acordado por el Tribunal si así lo piden el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras⁵², a excepción, claro está, de los géneros prohibidos o de ilícito comercio referidos en el precepto que serán decomisados en todo caso.
- es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito en los términos de los arts. 127 a 127 sexies y que el Tribunal lo declare probado y lo haga constar así en la sentencia⁵³.

Sintetizando toda esta corriente jurisprudencial, la STC. 123/95 de 18 de julio, en recurso de amparo promovido contra auto de una Audiencia Provincial que, con posterioridad a la sentencia, en fase de ejecución acordó el comiso de unos determinados bienes y de una cantidad de dinero, lo otorgó declarando la nulidad de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y estimando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, basándose en los siguientes argumentos:

- el comiso no presenta ese carácter automático que poseen otras penas accesorias inescindiblemente unidas a la imposición de la pena principal⁵⁴, sino que únicamente puede decretarse una vez acreditado que los efectos e instrumentos que se pretenden decomisar guardan una relación de medio a fin o de causa a resultado con la comisión de un delito contra la salud pública.
- el art. 128 C.P. exige que se de una adecuada proporción entre el valor de los bienes decomisados y la gravedad de las infracciones, lo que conlleva la inexcusable necesidad de que el comiso sea expresamente sometido a debate por alguna de las partes acusadoras, sin que baste con una genérica petición de imposición de consecuencias accesorias.

49 Art. 128 CP.

50 SSTs. de 12-11-92 y 29-11-95.

51 SSTs. de 12-11-92, 28-10-93, 29-11-95.

52 SSTs. de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93 y 29-11-95.

53 SSTs. de 22-3-95 y 30-10-95.

54 Arts. 45 a 47 C.P.

- de no actuarse así estaríamos en presencia de una sanción impuesta sin previa acusación y sin previo sometimiento al principio de contradicción, con olvido de la profunda significación que tiene en nuestro sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el art. 24.1 de la Constitución.

Quiere esto decir que el Ministerio Fiscal debe desplegar todo su celo y competencia para cumplir adecuadamente una de las funciones esenciales de la investigación penal cual es la incautación y decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, en particular cuando se trate de actividades criminales especialmente lucrativas, y que para ello es absolutamente imprescindible que en su escrito de acusación se solicite expresamente como consecuencia accesoria y se identifiquen individualmente los bienes susceptibles de comiso, algo que no se está produciendo en estos momentos con la frecuencia que sería deseable. La satisfacción de las responsabilidades civiles, en el comiso genérico regulado por el art. 127 y ss. del Código, y su asignación al Estado para los fines previstos por la ley 36/95⁵⁵, en el comiso específico previsto por el art. 374 del Código, dependen en gran medida de la diligencia que observen los funcionarios del Ministerio Público sobre estos particulares.

J. El procedimiento de decomiso autónomo de bienes

El decomiso autónomo fue incorporado a nuestro Derecho en el art. 127.3 CP por la LO 15/2003, pero la LO 1/2015 le ha concedido un tratamiento diferenciado en el nuevo art. 127 *ter* CP. A diferencia del decomiso directo y del decomiso ampliado, el decomiso autónomo se distingue porque no presupone una sentencia penal condenatoria, debiendo sustanciarse a través de un procedimiento judicial autónomo —de ahí su denominación— que ha sido finalmente introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, quedando regulado en los arts. 803 *ter* e) y ss. LECr.

Este procedimiento ha recibido respaldo normativo en el art. 127 *ter* CP⁵⁶, aunque ya la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 lo había incorporado en el art. 127 bis.

Ha sido, pues, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, la que ha completado esta regulación mediante la previsión de la tramitación procedimental del mismo.

Se trata de un proceso contradictorio, de naturaleza jurisdiccional, distinto del proceso penal, que podrá iniciarse exclusivamente a instancia del Ministerio Fiscal cuando exista un hecho punible y su autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o en situación de incapacidad para comparecer en juicio. También podrá emplearse cuando el fiscal se reserve la acción de decomiso, para el caso de haber recaído sentencia condenatoria firme por el delito del que proviene el patrimonio objeto del procedimiento.

Artículo 127 *ter*

1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

⁵⁵ Hoy ley 17/2003.

⁵⁶ Reformado por ley orgánica 1/2015.

- a. Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
 - b. se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
 - c. no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.
2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

Artículo 803 ter e Objeto

1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.
2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:
 - a. Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.
 - b. Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.
3. En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme.

Artículo 803 ter f Competencia

Será competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo:

- a. el juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme,
- b. el juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida, o
- c. el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando ésta no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas en el artículo 803 ter e.

Artículo 803 ter g Procedimiento

Serán aplicables al procedimiento de decomiso autónomo las normas que regulan el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sean contradictorias con las establecidas en este capítulo.

Artículo 803 ter h Exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción

La acción de decomiso en el procedimiento de decomiso autónomo será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

Artículo 803 ter i Asistencia letrada

Serán aplicables a todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en esta ley.

Artículo 803 ter j Legitimación pasiva y citación a juicio

1. Serán citados a juicio como demandados los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar.
2. El encausado rebelde será citado mediante notificación dirigida a su representación procesal en el proceso suspendido y la fijación de edicto en el tablón de anuncios del tribunal.
3. El tercero afectado por el decomiso será citado de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 803 ter b.

Artículo 803 ter k Comparecencia del encausado rebelde o con la capacidad modificada judicialmente

1. Si el encausado declarado rebelde en el proceso suspendido no comparece en el procedimiento autónomo de decomiso se le nombrará procurador y abogado de oficio que asumirán su representación y defensa.
2. La comparecencia en el procedimiento de decomiso autónomo del encausado con la capacidad modificada judicialmente para comparecer en el proceso penal suspendido se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 803 ter l Demanda de solicitud de decomiso autónomo

1. La demanda de decomiso autónomo se presentará por escrito que expresará en apartados separados y numerados:
 - a. Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.
 - b. El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.
 - c. El hecho punible y su relación con el bien o bienes.
 - d. La calificación penal del hecho punible.
 - e. La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.
 - f. El fundamento legal del decomiso.
 - g. La proposición de prueba.

h. La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede.

2. Admitida la demanda, el órgano competente adoptará las siguientes resoluciones:

1. Acordará o no las medidas cautelares solicitadas.
2. Notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso.
3. Adoptadas las medidas cautelares, la oposición, modificación o alzamiento de las mismas y la prestación de caución sustitutoria se desarrollará de acuerdo con lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este capítulo.

Artículo 803 ter m Escrito de contestación a la demanda de decomiso

1. El escrito de contestación a la demanda de decomiso contendrá, en relación con los correlativos del escrito de demanda, las alegaciones de la parte demandada.
2. Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos.

Artículo 803 ter n Resolución sobre prueba y vista

El órgano competente resolverá sobre la prueba propuesta por auto, en el que señalará fecha y hora para la vista de acuerdo a las reglas generales. Esta resolución no será recurrible, aunque la solicitud de prueba podrá reiterarse en el juicio.

Artículo 803 ter o Juicio y sentencia

1. El juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el juez o tribunal resolverá mediante sentencia en el plazo de 20 días desde su finalización, con alguno de los siguientes pronunciamientos:
 1. Estimar la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo de los bienes.
 2. Estimar parcialmente la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo por la cantidad que corresponda. En este caso, se dejarán sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.
 3. Desestimar la demanda de decomiso y declarar que no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejarán sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas.
2. Cuando la sentencia estime total o parcialmente la demanda de decomiso, identificará a los perjudicados y fijará las indemnizaciones que fueran procedentes.
3. El pronunciamiento en costas se regirá por las normas generales previstas en esta ley.

Artículo 803 ter p Efectos de la sentencia de decomiso

1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado.
2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce.
En el proceso penal posterior contra el encausado, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que se haya resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento de decomiso autónomo.
3. A los bienes decomisados se les dará el destino previsto en esta ley y en el Código Penal.
4. Cuando el decomiso se hubiera acordado por un valor determinado, se requerirá a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago de la cantidad correspondiente dentro del plazo que se le determine; o, en otro caso, designe bienes por un valor suficiente sobre los que la orden de decomiso pueda hacerse efectiva.

Si el requerimiento no fuera atendido, se procederá del modo previsto en el artículo siguiente para la ejecución de la orden de decomiso.

Artículo 803 ter q Investigación del Ministerio Fiscal

1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.

Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos, en cuyo caso trasladarán al fiscal los motivos de su decisión.

2. Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.
3. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

Artículo 803 ter r Recursos y revisión de la sentencia firme

1. Son aplicables en el procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado.

2. Son aplicables al procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de la revisión de sentencias firmes.

Artículo 803 ter s Incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado

La incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado en el procedimiento de decomiso autónomo se regirá por lo dispuesto en el artículo 803 ter d.

Artículo 803 ter t Acumulación de solicitud de decomiso contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente en la causa seguida contra otro encausado

En el supuesto en que la causa seguida contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente continúe para el enjuiciamiento de uno o más encausados, podrá acumularse en la misma causa la acción de decomiso autónomo contra los primeros.

Artículo 803 ter u Presentación de nueva solicitud de decomiso

El Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando:

- a. se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso, y
- b. no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos.

K. Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso

La primera norma aplicable es el art. 127 octies.1 CP, en el que se establece la aprehensión, embargo y puesta en depósito con carácter provisional por la autoridad judicial de los bienes, medios, instrumentos y ganancias susceptibles de ser decomisados desde el momento de las primeras diligencias y con la finalidad de garantizar la efectividad del decomiso. Con esta previsión se conceden facultades muy amplias a los órganos judiciales para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la infracción criminal y que se especifican en los arts. 127.1 y 374 CP.

La aprehensión y embargo de bienes se acomodará a lo dispuesto en los arts. 600 y siguientes de la LECriminal, normas éstas quizás obsoletas en cuanto a su redacción, pero que no por ello han perdido su vigencia, pues son extremadamente útiles para resolver los diferentes y frecuentes problemas que se plantean con los bienes sujetos a medidas cautelares en los procesos penales por blanqueo de capitales.

En la práctica judicial, se actúa de distinta forma según la naturaleza de los bienes afectados:

en los casos de bienes muebles se lleva a cabo la aprehensión material de los mismos para su custodia y, si se considera necesario, la posterior puesta en depósito si se trata de dinero en metálico se ingresa en las cuentas judiciales habilitadas al efecto respecto a los activos, cuentas y depósitos bancarios son objeto de medidas de bloqueo y congelación en las propias entidades afectadas en cuanto a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecuta mediante la expedición de mandamiento⁵⁷ para practicar la anotación preventiva de embargo o de prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria⁵⁸.

⁵⁷ Art. 604 LECriminal.

⁵⁸ Art. 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria.

L. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes del pronunciamiento o la firmeza de la sentencia

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso⁵⁹, y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros pueda generar un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación, enajenación y realización de bienes y efectos está constituida por el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, los arts. 367 bis a 367 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁰ y las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna.

No obstante, los arts. 367 quater y 367 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen normas precisas sobre la realización de los efectos judiciales.

Art. 367 quater:

“1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a. Cuando sean percederos.
- b. Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c. Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d. Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e. Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f. Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

⁵⁹ Buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes inmuebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.

⁶⁰ Estos artículos fueron introducidos por la ley 18/2006 de 5 de Junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones judiciales sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales; y modificados por la ley 41/2015 de 6 de Octubre sobre agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales.

2. *Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, y previa audiencia del interesado, acordará la realización de los efectos judiciales salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*
 - a. *esté pendiente de resolución el recurso interpuesto por el interesado contra el embargo o decomiso de los bienes y efectos.*
 - b. *la medida pueda resultar desproporcionada, a la vista de los efectos que pudiera suponer para el interesado y, especialmente, de la mayor o menor relevancia de los indicios en que se hubiera fundado la resolución cautelar de decomiso.*
3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera.”*

Art. 367 quinquies:

“1. La realización de los efectos judiciales podrá consistir en:

- a. *La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas.*
 - b. *La realización por medio de persona o entidad especializada.*
 - c. *La subasta pública.*
2. *Podrá entregarse el efecto judicial a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas cuando sea de ínfimo valor o se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica.*
 3. *La realización de los efectos judiciales se llevará a cabo conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se concederá audiencia al Ministerio Fiscal y a los interesados.*

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.”

M. La Oficina de Recuperación de Activos

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su disposición final primera, añadió el artículo 367 septies a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que ya se contempló la creación de una Oficina de Recuperación de Activos. Transcurridos cinco años, esa previsión no había sido aún desarrollada reglamentariamente. Ha sido el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, con el apoyo operativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el que ha venido desempeñando funciones de localización de activos procedentes de delitos. No obstante, al no existir órganos especializados en su gestión, una vez decomisados, esos activos quedaban a disposición de los órganos jurisdiccionales, que, por lo general, ordenaban su realización al final del procedimiento, mediante los mecanismos tradicionales de venta por persona especializada o subasta pública. Este mecanismo se ha revelado ineficaz en los procedimientos de mayor complejidad, en la medida en que las necesidades de la gestión de bienes exceden por lo general de las posibilidades materiales de los órganos judiciales. Estas circunstancias han conducido a reafirmar la necesidad de poner en funcionamiento la mencionada Oficina.

A tal fin, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, mantiene aquella previsión del artículo 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque dándole la nueva denominación de Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en la medida en que a su inicial función de localización y recuperación de bienes, añade la de administración y gestión de los mismos. Este precepto prevé que el juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, pueda encomendarle la localización, conservación y administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. Asimismo, la disposición final quinta de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, habilita al Gobierno para aprobar las disposiciones reglamentarias precisas para regular la estructura, organización, funcionamiento y actividad de dicha Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Ha sido la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, la que ha completado esta regulación mediante la previsión de la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y con la incorporación de un nuevo procedimiento de decomiso autónomo. Este último podrá iniciarse a instancia del Ministerio Fiscal cuando exista un hecho punible y su autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o en situación de incapacidad para comparecer en juicio. También podrá emplearse cuando el fiscal se reserve la acción de decomiso, para el caso de haber recaído sentencia condenatoria firme por el delito del que proviene el patrimonio objeto del procedimiento.

La reforma llevada a cabo en materia de decomiso en las mencionadas leyes incorpora al Derecho español la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. El artículo 10 de esta norma insta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias, por ejemplo mediante la creación de oficinas nacionales centrales, «con objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente con miras a su posible decomiso». Con todo ello se pretende optimizar la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter organizado, neutralizando el producto del delito,

pues se entiende que la principal motivación de esta forma de delincuencia es la obtención de beneficios financieros.

El Artículo 367 septies dice literalmente: “El Juez o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, podrá encomendar la localización, la conservación, y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. La organización y funcionamiento de dicha Oficina se regularán reglamentariamente.”

El desarrollo reglamentario se ha producido en virtud del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Esta norma reglamentaria la configura como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan, en los términos previstos en la legislación penal y procesal.

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos actuará cuando se lo encomiende el juez o tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina; procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales.

En cuanto a sus fines, el art. 2 del Real Decreto señala que La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos aplicará el producto de la gestión y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito a los fines previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con los siguientes objetivos prioritarios:

- a. El apoyo a programas de atención a víctimas del delito, tanto de las Administraciones Públicas, como de organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro, con especial atención a las víctimas de terrorismo, a las de violencia de género, trata de seres humanos, delitos violentos y contra la libertad sexual, así como a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y a las víctimas menores de edad.
- b. El impulso y dotación de medios de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.
- c. El apoyo a programas sociales orientados a la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.
- d. La intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos, incluyendo:
 1. Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación, comprendiendo el coste de las pericias del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
 2. La adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión, investigación y realización de las pruebas periciales.
 3. La formación y capacitación especializada de los órganos encargados de la prevención y represión de la criminalidad organizada.

4. 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.
- e. La cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad.
- f. La satisfacción de los propios gastos de funcionamiento y gestión de la oficina, incluyendo los que se hubieran causado en el ejercicio de las funciones contempladas en el artículo siguiente.

En cuanto a sus funciones, el art. 3 enumera las siguientes:

1. La localización y recuperación de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas, su conservación, administración y realización.
2. Resolver, conforme a lo previsto legal y reglamentariamente, sobre la adjudicación del uso de los efectos embargados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas.
3. El asesoramiento técnico a los juzgados, tribunales y fiscalías, que lo soliciten en materia de ejecución de embargos y decomisos, a los efectos de evitar actuaciones antieconómicas y garantizar, dentro del respeto a la ley y con el cumplimiento de todas las garantías procesales, el máximo beneficio económico.

N. La administración judicial de bienes y empresas

En cuanto a la administración judicial de bienes o empresas, además de estar prevista por el art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación subsidiaria conforme al art. 614 de la ley procesal penal), el Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulaba detalladamente la intervención y la administración judicial en el embargo de empresas o sociedades por razones de interés general, norma ésta que ha sido derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por ley 1/2000 de 7 de Enero –vigente a partir del 9-1-2001- en cuyos artículos 630 a 633 se contempla de forma muy parecida.⁶¹

La nueva legislación procesal civil autoriza la aplicación del instituto de la administración judicial para los casos en que se proceda al embargo de alguna empresa o grupo de empresas, o de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

El administrador judicial es designado por el Juez o Tribunal competente del procedimiento penal y las reglas básicas del ejercicio de su cargo son las siguientes: idénticas facultades que los administradores sustituidos inscripción de su nombramiento en los Registros pertinentes necesidad de autorización judicial para la enajenación o gravamen de participaciones, bienes inmuebles o cualesquiera otros que el órgano judicial hubiere expresamente señalado control por la autoridad judicial en el ejercicio de su función.

⁶¹ El citado Decreto-Ley en cuanto norma preconstitucional ha sido utilizado en incontables ocasiones en los últimos años y siempre en procesos penales relacionados con los más graves comportamientos criminales (narcotráfico organizado, terrorismo, delincuencia económica); en lo que aquí concierne se ha aplicado en dos procedimientos seguidos por blanqueo de capitales derivados del narcotráfico –asunto “Pazo Bayón” y asunto “Charlines”- y fundada en la necesidad de evitar la desaparición de importantes patrimonios de origen criminal. Aunque se ha cuestionado su constitucionalidad, porque al ser una norma preconstitucional debía entenderse derogada por la entrada en vigor del texto fundamental, la doctrina constitucional –representada por las SSTC 11/81, 101/84, 42/87, 83/90 y 45/94- señala que no es posible exigir la reserva de ley con carácter retroactivo para anular esas disposiciones porque la Constitución no puede tener efectos retroactivos para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella.

O. Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo asociado a dicha actividad criminal: el Fondo de Bienes Decomisados

1. Destino y uso de los bienes incautados y/o decomisados. Dos son las reglas esenciales sobre este particular:

a. Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente en los casos previstos por el art. 367 sexies, es decir, cuando su utilización permita a la Administración un aprovechamiento de su valor mayor que con la realización anticipada o se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público⁶².

Esta novedad responde a tendencias observadas en el derecho comparado. En idénticos términos, añadiendo el destino a labores de prevención y rehabilitación de toxicómanos, se pronuncia el art. 84.5º y 6º de la Ley italiana de estupefacientes de 22-12-1975, reformada por Ley de 26-6-1990.

Esta regla también ha sido incorporada a la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando, que en su art. 6.3 declara que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

b. Los bienes decomisados se adjudicarán al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 127 octies.3 del Código Penal al declarar que si son de lícito comercio se venderán aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado.

La adjudicación al Estado está prevista igualmente en el art. 5.3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

En la misma línea, el art. 378 altera el orden de prelación establecido en el Código Penal para las responsabilidades civiles al disponer que el pago de la multa es preferente a la satisfacción de las costas procesales. Es evidente que los bienes decomisados en ningún caso quedarán afectados al pago de estas responsabilidades pecuniarias. En definitiva, se trata con ello de evitar que los bienes embargados y susceptibles de decomiso, al amparo de elevadísimas minutas de defensa, vuelvan a sus propietarios.

Carecen de todo fundamento las críticas vertidas por algunos autores que entienden que la adjudicación al Estado y la preferencia de la multa frente a las costas procesales demuestran la falta de interés en la protección de las víctimas. Nada más lejos de la realidad. Salvo contadísimas excepciones, en estas infracciones no existen víctimas o perjudicados concretos, ni tampoco indemnizaciones.

Por otra parte, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado, la Ley 36/95 de 11 de diciembre⁶³ creó un Fondo al que se destinan los bienes decomisados y adjudicados al Estado por estas infracciones, estableciendo como fines del mismo la prevención y rehabilitación de toxicómanos y la facilitación de medios técnicos adecuados a los servicios policiales encargados de la represión del tráfico ilegal de drogas.

⁶² Como tal deberá entenderse su uso por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas como antes se preveía en el art. 374.1.3ª y se trate de bienes incautados en procesos por delitos de esta naturaleza.

⁶³ Derogada por la vigente ley 17/2003 de 29 de Mayo.

Si la víctima de estas infracciones es la propia sociedad, como parece evidente atendiendo a los bienes jurídicos objeto de protección, justo es que reviertan en beneficio de la misma para hacer frente a las graves consecuencias de esta actividad criminal en su doble faceta preventiva y represiva.

La idea central que debe servir para el adecuado enfoque de este problema es que existen miles y miles de víctimas afectadas por estas actividades delictivas, y que ante esa situación de “socialización del daño” es necesario y prioritario responder con la “socialización del beneficio” obtenido con la producción de ese daño, de modo y manera que todos aquellos productos y ganancias procedentes del crimen reviertan a favor de quienes son víctimas impersonales y anónimas de esas actividades delictivas. Es, sin duda, una idea novedosa pero que responde a una tendencia cada vez más asumida en el derecho comparado: la lucha contra la droga debe ser financiada en la mayor medida posible con los beneficios y ganancias derivados de la actividad de tráfico ilegal de drogas y de otras actividades con ella relacionadas.

Parece, por tanto, que en estas infracciones delictivas el componente patrimonial tiene una importancia enorme. Todos sabemos que son actividades criminales muy rentables y lucrativas.

En consecuencia, si una de las finalidades de toda investigación penal es la búsqueda, incautación y decomiso de los efectos y objetos del delito, en aquellas infracciones delictivas que permiten la obtención de incalculables beneficios el cumplimiento de ese objetivo patrimonial es tanto o más importante y efectivo que la imposición de la pena, y aun siendo una consecuencia jurídica accesoria posee una considerable eficacia a los fines de prevención general.

2. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Fue creado por la ley 36/95 de 11 de Diciembre, que a su vez ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97 de 6 de Junio. Más recientemente la ley 17/2003 de 29 de Mayo ha derogado aquélla, aunque las modificaciones introducidas por esta última no han sido sustanciales.

Con estas disposiciones se pretende regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos decomisados por sentencia judicial firme⁶⁴ y adjudicados definitivamente al Estado al amparo de los artículos 374 del Código Penal –en los procesos tramitados por delitos previstos en los arts. 368 a 372 y 301.1.párrafo 2º del Código Penal (tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales derivados de tal actividad)- 5 de la Ley Orgánica 12/95 de Represión del Contrabando –en los procesos por delitos de contrabando de drogas o precursores- y disposiciones de la ley 3/96 de 10 de Enero sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de droga –respecto al producto obtenido por aplicación de las disposiciones administrativas sancionadoras de la citada ley.

El destino de los bienes comprende conforme al art. 2 de la ley las siguientes finalidades: Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:

⁶⁴ Se equipara a la sentencia la resolución pronunciada por órgano jurisdiccional español, a requerimiento de juez o tribunal extranjero, en ejecución de sentencia que declare el decomiso de bienes y ganancias dictada por enjuiciamiento de delitos semejantes a los tipificados en los arts. 301.1.párrafo 2º, y 368 a 372 del Código Penal español, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados por España, en los que se reconozca al Estado requerido el derecho a ingresar en su tesoro el producto de los decomisos, sin perjuicio de terceros (art. 1.1.párrafo 2º del reglamento).

- los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de estos delitos
- adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos
- el reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones Públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

3. La cooperación internacional en la materia.

Los destinatarios y beneficiarios son, por tanto, todos aquellos organismos e instituciones relacionadas con el cumplimiento de tales fines: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Comunidades Autónomas y Entidades locales, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro y de ámbito estatal cuya labor se desarrolle en materia de drogodependencias, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria, Fiscalía Especial Antidroga, organismos públicos de la Administración General del Estado para el desarrollo de programas concretos, y organismos internacionales, entidades supranacionales o Gobiernos extranjeros para el desarrollo de programas en la materia⁶⁵.

La enajenación de los bienes y la distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios compete a un organismo llamado Mesa de Coordinación de Adjudicaciones⁶⁶, cuya composición y funciones vienen establecidas en los arts. 2 y 3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97. Esta disposición reglamentaria regula específicamente algunos aspectos fundamentales para el eficaz funcionamiento del Fondo: la concreta composición y régimen de funcionamiento de la Mesa, el procedimiento para la enajenación de los bienes decomisados y para la adjudicación y distribución del producto existente en el Fondo.

En la ley se contienen algunos principios generales sobre el destino y utilización de los bienes que es necesario destacar:

- los bienes, efectos e instrumentos utilizados provisionalmente por los cuerpos policiales al amparo del art. 374 del Código Penal, al ser adjudicados al Estado podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.
- el producto de los bienes, efectos o instrumentos no adscritos se destinará, al menos en un 50 por 100, a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.
- los órganos judiciales deberán notificar las sentencias firmes por los delitos antes referidos en las que se decreta el comiso y adjudicación al Estado de bienes, efectos, productos y ganancias, en el plazo de tres días hábiles al Presidente de la Mesa⁶⁷.
- la entrega de los bienes decomisados al Fondo se produce de la siguiente manera: si son cantidades líquidas de dinero o instrumentos de pago al portador se ingresarán en el Tesoro Público por el órgano jurisdiccional cursando la orden de transferencia; los restantes bienes se recepcionarán por la Mesa mediante acta suscrita por el Secretario del órgano jurisdiccional y el representante de la Mesa.

⁶⁵ Art. 3 de la ley.

⁶⁶ Art. 6 de la ley.

⁶⁷ Esta es una obligación inexcusable para los órganos jurisdiccionales que, sin embargo, no se está cumpliendo de manera diligente por éstos, en muchos casos por ignorancia o desconocimiento de su existencia. Es hora, pues, de recordar a los Tribunales que deben remitir al órgano administrativo competente todas las sentencias firmes recaídas por delitos contra la salud pública comprendidos en los arts. 368 a 378, y por delitos de blanqueo de capitales procedentes de aquéllos incluidos en los arts. 301 a 304 del Código Penal, y a los Fiscales la obligación de vigilar e instar su estricto cumplimiento.

P. Nuevas orientaciones y tendencias en el derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal

La puesta en marcha del Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997, un documento de una importancia extraordinaria que puede ser definido como el programa político-criminal de la Unión Europea para los próximos años, ha permitido abordar trascendentes modificaciones normativas en las materias relativas al blanqueo de dinero y a la confiscación de los beneficios derivados del delito. Precisamente uno de los objetivos fundamentales de este Plan de Acción es que los Estados miembros dispongan de una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en estas materias mediante la incriminación del blanqueo culposo o imprudente, la extensión del blanqueo a todos los delitos graves como infracciones subyacentes, y la adopción de medidas de comiso para los supuestos de fallecimiento del responsable criminal antes de dictarse sentencia y de rebeldía o desaparición del mismo⁶⁸.

Estas previsiones se han visto completadas y reforzadas en los documentos elaborados con posterioridad: el Plan de Acción aprobado en Viena en Diciembre de 1998 y el Plan de Acción aprobado en Marzo del 2000 bajo el título "Prevención y control de la delincuencia organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio".

A las propuestas que se contienen en los sucesivos Planes de Acción elaborados por la Unión Europea se han sumado en los últimos tiempos, debido, sin duda, a las evidentes dificultades probatorias que arrastra el blanqueo de capitales en cuanto a la demostración de su origen criminal, una serie de iniciativas en el ámbito del derecho penal con las que se pretende dar una respuesta más eficaz y contundente a las estructuras económicas y financieras de las organizaciones criminales.

La tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito es una de ellas. No son pocos los ordenamientos jurídicos que han optado por la penalización de estos comportamientos; citemos algunos a modo de ejemplo:

- El art. 222-39-1 del Código Penal Francés⁶⁹ sanciona con penas de prisión de hasta 5 años y multa el hecho de no poder justificar los ingresos correspondientes a su nivel de vida por quien mantenga relaciones habituales con personas dedicadas a actividades de tráfico ilícito de estupefacientes o al uso de estas sustancias.
- El art. 76 de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de la República de Ecuador de 6-9-90 sanciona con rigurosísimas penas de prisión a aquella persona respecto de la cual existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes o precursores u otros productos químicos, o se halle involucrado en otros delitos previstos por esta Ley, y que directamente o por persona interpuesta realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos, sin justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener ese incremento patrimonial.
- El Código Penal de Colombia contempla dos figuras de enriquecimiento ilícito: el cometido por funcionario público y el cometido por particulares; en el primer caso basta que el incremento patrimonial no se justifique, mientras que en el segundo caso es preciso que derive de actividades delictivas.

⁶⁸ El Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997 dedica específicamente a estas cuestiones una orientación política (la 11ª) y una recomendación (la 26ª), en las que se pormenorizan las propuestas destinadas a fortalecer la lucha contra el blanqueo de dinero y la confiscación del producto del crimen como elementos dispensables de la respuesta legal contra la delincuencia organizada

⁶⁹ Precepto introducido por la Ley 392 de 13-5-96.

En principio, no parece que la tipificación penal de un delito de enriquecimiento ilícito resulte viable, al menos en nuestro derecho, ya que una figura de esta naturaleza comportaría problemas muy similares a los que plantean los tipos delictivos de sospecha, como sucedió con la tenencia de útiles para el robo cuya dimensión constitucional fue ampliamente analizada por la STC de 8-6-88, en la que se afirmó taxativamente que en un proceso penal no cabe invertir la carga de la prueba, y que los tipos penales no pueden construirse sobre presunciones legales que obliguen al acusado a desarrollar actividad probatoria de descargo alguna⁷⁰.

También se ha postulado de lege ferenda un tipo penal consistente en el blanqueo de bienes de una organización criminal, figura delictiva que no requeriría la prueba de un delito previo, ni la identidad del bien en cuestión, y que incluiría todas las conductas de auxilio o apoyo al patrimonio de la organización con independencia de la procedencia lícita o ilícita de los bienes, soslayándose así los problemas de prueba respecto a la procedencia y las dificultades que suscita la frecuente mezcla y confusión de bienes de uno y otro origen⁷¹.

Otra de las cuestiones que vienen suscitando un interesantísimo debate, al menos en el plano internacional, en relación con los mecanismos legales de incautación y comiso de bienes es la impropriamente denominada “inversión de la carga de la prueba” en el ámbito patrimonial y económico.

El art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988 sugiere a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales. Y los arts. 12.6 de la Convención de Palermo de 2000 y 31 de la Convención de Mérida del 2003 se pronuncian en parecidos términos estableciendo que los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

También se ha ocupado de esta cuestión el Parlamento Europeo, en una Resolución de 16-12-93, en la que insta a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones e incorporen los mecanismos jurídicos que hagan posible la incautación y confiscación de todos los beneficios procedentes del tráfico ilícito de drogas.

En el mismo sentido, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas en el informe correspondiente a 1995 recomienda a todos los Gobiernos que consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, conforme a lo establecido en el párrafo 7 del art. 5 de la Convención de 1988, aunque ello implique la adopción de enmiendas a la legislación y/o a la Constitución de cada Estado. No es un tema intrascendente. La Recomendación nº 19 del Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada del 2000 sugiere la introducción de fórmulas normativas⁷² que posibiliten mitigar la carga de la prueba respecto al origen del patrimonio de una persona condenada por delito relacionado con el crimen organizado. En fechas más recientes, El Consejo de la Unión

70 La frase de la discordia en el artículo 509 del anterior Código Penal, que sancionaba la tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente a ejecutar el delito de robo, era que el citado tipo penal, un acto preparatorio objeto de punición específica, se consideraba cometido cuando el poseedor de tales útiles “no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”, párrafo que finalmente fue declarado inconstitucional.

71 A juicio de SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, JOSE LUIS en un artículo publicado en LA LEY, nº 4647, de fecha 12-10-98, bajo el título “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, esta tesis propuesta por LAMPE y KIENAPFEL es extraordinariamente sugerente pero puede generar la quiebra de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de culpabilidad.

72 Penales, civiles o fiscales.

Europea, a instancia de la Presidencia alemana, ha remitido un informe al Grupo de Expertos sobre blanqueo de dinero en el que suscita, para su análisis y estudio, las posibilidades de aplicación de la inversión de la carga de la prueba respecto de los productos obtenidos con la comisión de actividades criminales.

La Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito recuerda en su art. 3.4 que los Estados de la Unión pueden recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.

La primera y esencial reflexión que nos sugiere esta cuestión no es otra que el reconocimiento de la inidoneidad e inadecuación de semejante expresión, una expresión que cuando menos provoca importantes recelos entre los juristas. Y digo que el término no es correcto, porque no se parte para la aplicación de este método de la ausencia total de elementos de prueba, sino de la existencia de ciertos indicios, o de ciertas presunciones como por ejemplo, el enriquecimiento injustificado manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado.

No es la primera vez que esta cuestión ha sido planteada, ya que con ocasión del debate parlamentario sobre la reforma del Código Penal de 1988, uno de los grupos llegó a proponer una enmienda al art. 344 bis e) que postulaba la aprehensión y decomiso de todos los bienes de los que el reo disponga “tanto directa como indirectamente y cuyo lícito origen no pudiera establecerse”.

En todo caso, hemos de recordar que cualquier solución al problema debe partir inexcusablemente del más estricto respeto a las garantías constitucionales y al principio de presunción de inocencia, como pieza clave del proceso penal en el Estado de derecho.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental del proceso penal garantizado por el art. 24.2 de la Constitución y por el art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pero no hay que olvidar también que es una presunción “iuris tantum”, que admite prueba en contrario, es decir, que es susceptible de ser destruida por la presencia de elementos de prueba, no solo directa sino también indirecta o de presunciones, y que las presunciones pueden venir establecidas por la ley. Conviene recordar en este punto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos derivada de las sentencias de 7-10-88⁷³ y 25-9-92⁷⁴. En ambos supuestos se alegaba la violación del art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950 fundada en que el art. 392 del Código francés de Aduanas establecía una presunción legal para las infracciones penales de contrabando incompatible con la presunción de inocencia⁷⁵.

Pues bien, el Tribunal rechaza que semejante norma pueda ser considerada como una presunción de culpabilidad al estimar que tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causas que la excluyen como la fuerza mayor, el estado de necesidad o el error invencible.

Desde esta línea doctrinal, y con todas las cautelas, podría decirse que la incautación de los bienes tendría siempre como presupuesto inexcusable la concurrencia de prueba de presunciones sobre el origen ilícito de esos bienes, y el proceso o razonamiento lógico que permitiría adoptar esa medida podría ser el siguiente:

73 Caso Salabiaku.

74 Caso Pham Hoang.

75 “el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude”.

1. Razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes u otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas. Es decir que nos encontraríamos con una inculpación, un procesamiento o una acusación en el marco de un proceso penal⁷⁶ y con una condena⁷⁷.
2. Aumento del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto. Es decir no solamente el que figure a su nombre, sino también el que pueda tener a nombre de otros sean personas físicas o sociedades que puedan revestir la condición de testaferros o personas interpuestas.
3. Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese aumento del patrimonio.

Sentados estos hechos concluyentes, podría deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberían ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión⁷⁸.

Quizás sea necesario recordar que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico penal. En los propios delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal en toda su integridad, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones⁷⁹. Se trata, en definitiva, de la prueba de presunciones judiciales contemplada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (antes art. 1253 del Código Civil)⁸⁰.

Obviamente estas presunciones consistentes en la concurrencia de datos o hechos objetivados, de las que siguiendo las reglas del razonamiento lógico puede deducirse con carácter provisional un origen ilícito, nunca podrían alcanzar la consideración de presunciones “*iuris et de iure*” que, por el contrario, sí vulneran el principio de presunción de inocencia, como ya sucedió con la presunción de habitualidad que se contemplaba en el art. 546 bis b) del Código Penal⁸¹.

Debe quedar meridianamente claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia. Las presunciones legales desarrollarían su eficacia exclusivamente en el ámbito patrimonial o económico en el marco de un procedimiento, bien dentro del mismo proceso penal a modo de pieza separada, bien independiente de éste, que requeriría como presupuesto imprescindible la declaración de culpabilidad penal por un Tribunal.

La viabilidad de esta solución desde la perspectiva constitucional se sustenta en argumentos jurídicos de peso que no pueden ser desdeñados:

⁷⁶ Para la adopción de medidas cautelares provisionales.

⁷⁷ Para el decomiso definitivo de los bienes.

⁷⁸ Esta formulación doctrinal, que en nada difiere de la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en los delitos de blanqueo de capitales, ya fue expuesta con anterioridad a la citada jurisprudencia en alguna otra ocasión. Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., págs. 131 y siguientes.

⁷⁹ Véase la doctrina sentada por el T.E.D.H. en los casos Salabiaku y Pham Hoang.

⁸⁰ Lógicamente en su límite máximo y de forma abstracta.

⁸¹ Al ser presunciones irrefutables afectan indudablemente al principio de presunción de inocencia y quebrantan el derecho a presentar pruebas de descargo como pieza imprescindible del derecho de defensa expresamente reconocido por el art. 6.3 del Convenio.

- a. la presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el decomiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal.
- b. el comiso en el ordenamiento jurídico español no es sólo una consecuencia accesoria a la pena en los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida “sui generis” postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.
- c. a diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y solo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal⁸² sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

A ello hay que añadir que la reforma de los arts. 127 y 374 del Código Penal llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre desvinculó su imposición de la pena en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que quede acreditada la ilicitud de la situación patrimonial, es decir, el origen delictivo de los bienes o la utilización con fines ilícitos de los mismos.

Las soluciones a este problema en el derecho comparado son muy diferentes: comiso de todos los bienes presuntamente pertenecientes directa o indirectamente al condenado:

- a. en Gran Bretaña el Acta de 1986 sobre Delitos de Tráfico de Drogas -secciones 1^a y 2^a- autoriza a los Tribunales a incautar todos los bienes del acusado, incluso los pertenecientes a terceros, y a confiscar todos los bienes del condenado, incluso los obtenidos en otros países y los poseídos durante un período anterior de 6 años, obligándole a probar el medio de adquisición.
- b. en Portugal, la ley 5/2002 de 11 de Enero contra el crimen organizado y económico financiero permite el decomiso del patrimonio del condenado considerando producto del delito la diferencia entre el valor del patrimonio del imputado y el congruente con sus rentas lícitas, dándole la posibilidad de probar su origen lícito. La determinación del patrimonio del imputado que queda por disposición legal sujeto al procedimiento incluye: bienes de los que sea titular o tenga el dominio y el beneficio al ser declarado imputado o posteriormente; bienes transferidos a terceros a título gratuito o mediante contraprestación insignificante en los 5 años anteriores a la imputación; y bienes recibidos en los 5 años anteriores a la imputación. Adopción de medidas de confiscación de bienes en un procedimiento de medidas de prevención o de seguridad: así, en Italia la Ley Rognoni-La Torre de 13-9-82 contra la delincuencia mafiosa en su redacción original estableció un sistema de incautación-confiscación al margen del procedimiento penal basado en los siguientes principios:

- No requiere la existencia de un proceso criminal por delito.
- Se aplica a las personas sospechosas de pertenecer a una asociación mafiosa o a una asociación para el tráfico de estupefacientes.
- La investigación financiera y económica previa a tales medidas alcanza a cónyuges, hijos y personas que hayan convivido durante los últimos 5 años con el sospechoso, así como a las personas naturales o jurídicas cuyos bienes sean dispuestos directa o indirectamente por aquéllos.

⁸² Arts. 127 y siguientes del Código Penal.

- La decisión de incautar y confiscar todos los bienes de los que se disponga directa o indirectamente cuando no se proporcione la prueba de su fuente legal corresponde en todo caso a un Tribunal.
- Si las propiedades incautadas pertenecen a un tercero, se le permite intervenir en el procedimiento y ser asistido de defensor para ejercer sus intereses.

La sentencia de 17-2-94 dictada por el Tribunal Constitucional Italiano entendió que la aplicación de ese sistema a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas quebrantaba derechos constitucionales básicos pues el ejercicio de un derecho como lo es el de no declarar y, consecuentemente el de no confesarse culpable y no estar obligado a presentar pruebas de descargo, no podía comportar automáticamente sanciones. La ley fue reformada por Decreto-Ley 399/94-convertido posteriormente en ley 50/94 de 8 de Agosto-para aplicar el procedimiento a las personas que resultasen condenadas por las actividades criminales específicamente previstas a tales efectos⁸³.

En términos parecidos a la normativa italiana, la ley 333/96 de 19-12 de la República de Colombia creó un procedimiento específico para la extinción del dominio de los bienes adquiridos en forma ilícita. Se trata de un procedimiento jurisdiccional(que debe ser resuelto por un Tribunal penal) y de naturaleza real, pero que es independiente y distinto del proceso penal, y cuyo objeto es la extinción de dominio y posterior adjudicación al Estado de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades delictivas previstas por el art. 2 de la ley(entre las que se encuentran los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y el lavado de activos) o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de tales actividades⁸⁴. Esta disposición ha sido sustituida por la ley 792/2002 de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita, que independiza tal acción del procedimiento penal y que incluye entre las actividades ilícitas que justifican la extinción del dominio el blanqueo de capitales o lavado de activos

La solución italiana en su primera redacción era difícilmente asumible desde una perspectiva constitucional, puesto que la doctrina del máximo intérprete de la Constitución veda la aplicación de medidas de seguridad predelictuales; solo pueden imponerse “post delictum” y, por lo tanto, únicamente la ejecución de un delito puede llevar aparejada sanciones penales⁸⁵. Ahora bien, al variar el presupuesto inicial de imposición de estas medidas de confiscación para exigir la existencia de una condena en el proceso penal, es perfectamente legítimo arbitrar sanciones contra el patrimonio del que se dispusiere, de hecho y de derecho, en un procedimiento independiente y posterior del proceso penal, siempre y cuando el comiso o confiscación de los bienes dejara de ser una medida de naturaleza exclusivamente penal a esos efectos.

Las soluciones británica y portuguesa seguramente tampoco plantearían excesivos problemas desde una perspectiva constitucional, y en alguna medida se encuentra parcialmente incorporada ya a nuestra legislación. Así, el art. 127 quater del Código Penal establece el comiso de aquellos bienes, productos, ganancias e instrumentos que pertenezcan a terceros no responsables del delito a no ser que hayan actuado de buena fe y con debida diligencia.

83 Vid. PIERO LUIGI VIGNA, Fiscal Nacional Antimafia de la República Italiana, en “El delito de contrabando en el ámbito del crimen organizado”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VIII, 1998, páginas 309 y siguientes.

84 Debe reseñarse que aunque en principio la Corte Constitucional de esa República en sentencias C-374/97 y C-409/97 ha declarado “exequible”(adecuada a las normas constitucionales) la citada disposición legal, fundamentando tal decisión en que el origen ilícito de los bienes excluye la licitud de la propiedad y derechos sobre los mismos, en fechas mucho más recientes la misma Corte, en otro procedimiento de extinción del dominio (el relativo a la familia Gaitán Cendales), ha declarado en sentencia T-212 de 22-2-01 que las medidas de extinción del dominio no pueden aplicarse con independencia del proceso penal y que es requisito imprescindible para su definitiva imposición –y para la demostración del origen ilícito de los bienes- la previa declaración de responsabilidad penal, pues cualquier otra interpretación quebrantaría principios constitucionales básicos del proceso penal.

85 Penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias.

Por otra parte, cabe destacar en apoyo de esta tesis que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. de 9-2-95 -caso Welch contra Gran Bretaña- aunque apreció violación del art. 7 del Convenio por aplicar retroactivamente normas sancionadoras, no llegó a cuestionar la regulación sustantiva del comiso en la legislación británica ni tampoco las amplias presunciones legales establecidas en la misma para determinar el origen ilegal de unos bienes.

Lo cierto es que el legislador español, siguiendo esas tendencias consistentes en separar del proceso penal las cuestiones relacionadas con la incautación y decomiso de los bienes de origen ilícito, ha incorporado un proceso de decomiso autónomo de bienes para los casos de fallecimiento del inculcado, de rebeldía del mismo y de incapacidad para ser juzgado, y ha establecido presunciones legales en los casos de decomiso ampliado de bienes⁸⁶.

III. Legislación vigente

A. Nacional

Código Penal aprobado por ley orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre (modificado por las leyes orgánicas 5/2010 de 22 de junio y 2/2015 de 30 de marzo)

LEY 10/2010 de 28 de Abril sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

LEY 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo (modificada por ley 10/2010 de 28 de Abril)

B. Comunitaria

POSICIÓN COMÚN 2001/931 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.

DECISIÓN MARCO 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

DECISIÓN 2002/996/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, por la que se establece un mecanismo de evaluación de los sistemas legales y su ejecución a escala nacional en la lucha contra el terrorismo.

DECISIÓN 2003/48/JAI del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC.

DECISIÓN 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo.

DECISIÓN 2007/124/Euratom del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico "Prevención, preparación y gestión de las consecuencias

⁸⁶ Art. 127 ter CP reformado por la ley orgánica 1/2015.

del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad”, integrado en el programa general “Seguridad y defensa de las libertades”.

DECISIÓN 2007/513/Euratom del Consejo, de 10 de julio de 2007, por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea de la Energía Atómica a la Convención modificada sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares.

DECISIÓN 2008/342/CE del Consejo, de 29 de abril de 2008, por la que se modifica la Decisión 2007/868/CE por la que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

DECISIÓN 2008/343/CE del Consejo, de 29 de abril de 2008, que modifica la Decisión 2007/868/CE por la que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

DECISIÓN 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

DECISIÓN 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

POSICIÓN COMÚN 2008/586/PESC del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2007/871/PESC.

DECISIÓN MARCO 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.

POSICIÓN COMÚN 2008/959/PESC del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Posición Común 2008/586/PESC por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.

DIRECTIVA 91/308/CEE del Consejo, de 10 de Junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

DIRECTIVA 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

DIRECTIVA 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

DIRECTIVA 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los

procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada

DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

DECISION (PESC) 2015/1334 del Consejo de 31 de Julio de 2015 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los arts. 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.

DIRECTIVA (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de Marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo

C. Internacional: Consejo de Europa

CONVENIO europeo sobre la supresión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

PROTOCOLO que reforma el Convenio europeo sobre la supresión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, de 15 de mayo de 2003.

CONVENIO del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

CONVENIO relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, y sobre la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

D. Internacional: Grupo de Acción Financiera-GAFI

8 RECOMENDACIONES especiales sobre la financiación del terrorismo (octubre de 2001).

9 RECOMENDACIONES especiales sobre la financiación del terrorismo (octubre de 2004).

E. Internacional: Naciones Unidas

CONVENCIÓN sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, hecha en Tokio el 14 de septiembre de 1963.

CONVENIO para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

CONVENIO para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

CONVENCIÓN sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, hecha en Nueva York el 14 de diciembre de 1973.

CONVENCIÓN internacional contra la toma de rehenes, hecha en Nueva York el 17 de diciembre de 1979.

CONVENCIÓN sobre protección física de los materiales nucleares, hecha en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980.

CONVENIO para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.

PROTOCOLO para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho el Roma el 10 de marzo de 1988.

PROTOCOLO para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988.
CONVENIO sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, hecho en Montreal el 1 de marzo de 1991.

CONVENIO internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, abierto a la firma en Nueva York el 12 de enero de 1988.

CONVENIO internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999.

RESOLUCIÓN 1373/2001 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385.ª Sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

CONVENIO internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005.

RESOLUCIÓN 60/288 adoptada por la Asamblea General – Estrategia global de Naciones Unidas contra el terrorismo (2006).

RESOLUCION 2178/2014 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión celebrada el 24 de Septiembre de 2014

F. Internacional: Org. de Estados Americanos

CONVENCIÓN Interamericana contra el Terrorismo, hecha el 3 de junio de 2002.

Artículo 576.

1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.

3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.

4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo 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 uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

El delito de financiación del terrorismo fue introducido específicamente en la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 en el art. 576 bis. Hasta su incriminación específica en ese precepto, los actos de financiación del terrorismo se consideraban como una forma de cooperación o ayuda económica prevista en el anterior art. 576 que castigaba la colaboración con organización terrorista, y por lo tanto eran punibles como actos de colaboración⁸⁷.

En el ámbito internacional viene definido de la siguiente manera:

1. El art. 2.1 del Convenio Internacional sobre Represión de la Financiación del Terrorismo aprobado por Naciones Unidas el 9-12-1999 señala que comete este delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, **provea o recolecte fondos** con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

- a. Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado ;
- b. Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2. El art. 1.5 de la Directiva 2015/849 de 20 de mayo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (conocida como Cuarta Directiva) considera como tal el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio,

⁸⁷ v. gr. La sentencia 9-5-2006 dictada por la Sección 2.a de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo en STS 15-6-2007, sobre hechos consistentes en el envío y transferencia de dinero relacionados con el atentado cometido por una célula «jihadista» en abril de 2002 en la isla de Djerba —Túnez— contra una sinagoga judía con el resultado de varias decenas de muertos y heridos consideró los citados hechos como un delito de colaboración con organización terrorista.

de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo.

3. El art. 11 de la Directiva 2017/541 de 15 de Marzo relativa a la lucha contra el terrorismo lo identifica con el hecho de aportar o recaudar intencionadamente fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los arts. 3 a 10 de la Directiva.

Cuando la financiación se refiera a alguno de los delitos establecidos en los arts. 3⁸⁸, 4⁸⁹ o 9⁹⁰, no será necesario que los fondos se utilicen efectivamente, en su totalidad o en parte, a los fines de cometer o contribuir a la comisión de tales delitos, ni que el responsable criminal tenga conocimiento del delito o los delitos concretos para los que se van a utilizar dichos fondos.

La reciente reforma amplía el tipo penal de la financiación del terrorismo en cuanto a sus modalidades materiales de ejecución, sustituyendo las acciones de proveer o recolectar –que se contemplaban el art. 576 bis introducido por ley orgánica 5/2010- por las de recabar, adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otra actividad con bienes o valores. El precepto sigue la misma técnica legislativa empleada para la definición y tipificación del blanqueo de capitales: descripción de algunas conductas materiales, coincidentes en ambos casos, y adición de una fórmula de cierre mediante la penalización de cualquier actividad que se realice con bienes o valores con el propósito o la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que pueden ser utilizados, para la comisión de un delito de terrorismo.

Quiere decir ello que los actos típicos son prácticamente los mismos en ambos delitos, por lo que será plenamente aplicable a esta infracción criminal la casuística jurisprudencial existente sobre blanqueo de capitales, tanto respecto a las acciones que deben ser consideradas típicas (el elemento objetivo del delito), como en cuanto al conocimiento de que los fondos sean utilizados o vayan a ser utilizados para la comisión de un delito de terrorismo como elemento subjetivo del tipo, y a la necesidad de emplear la prueba indiciaria para la constatación de ese conocimiento y del destino ilícito de los fondos.

El elemento subjetivo del tipo penal del delito de financiación del terrorismo, al igual que en el blanqueo de capitales, se identifica por la expresión “a sabiendas”, expresión comprensiva tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de que el destino de los bienes es la comisión de un delito de terrorismo. Como acertadamente indica la STS de 29-9-2001 la modalidad del dolo eventual debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de dinero, al contemplarse específicamente la forma culposa, argumento totalmente extrapolable al delito de financiación del terrorismo, que también incluye una modalidad culposa en el apartado 4 del precepto.

Así pues, respecto al delito de blanqueo de capitales puede afirmarse que ese conocimiento concurre “cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho... en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y

88 Delitos de terrorismo stricto sensu.

89 Delitos relacionados con grupos terroristas.

90 Viajes con fines terroristas.

de su significación social”⁹¹, y en esta línea, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que insisten en que no es necesario un conocimiento preciso y detallado de la infracción precedente, lo que nos sitúa en el terreno de la aceptación del dolo eventual para integrar el conocimiento de la ilicitud de los bienes y la integración del mismo en la expresión “a sabiendas”⁹². En definitiva, que basta un conocimiento no preciso ni detallado de la infracción precedente, siendo suficiente la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad delictiva, entendiéndose que el sujeto actúa con dolo eventual cuando considera seriamente y acepta como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito⁹³.

Otro tanto cabrá decir del delito que estamos analizando en cuanto al alcance del conocimiento y a la demostración del dolo eventual: será suficiente el conocimiento de que los fondos van a ser destinados a una actividad terrorista genérica en cualquiera de sus modalidades, sin que sea necesario que sea preciso y detallado respecto a la infracción subsecuente a la que van destinados los fondos.

La prueba respecto al destino ilícito de los fondos o bienes se regirá en buena lógica por idénticos parámetros que la demostración del origen criminal en el delito de blanqueo de capitales, con la particularidad de que deberá acreditarse un mínimo de prueba respecto a su utilización o su destino para actividades terroristas.

Para ello será importantísimo disponer, al igual que en el blanqueo de capitales, de prueba indiciaria, un tipo de prueba cuya construcción y utilización viene sintetizada perfectamente en la STS de 15-4-2016 al señalar que:

“Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: *“A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases⁹⁴ han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”⁹⁵. Ahora bien sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando “la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”⁹⁶.*

También ha señalado esta Sala que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; y el razonamiento de inferencia también ha de ser

91 STS de 5-2-2003.

92 SSTS. de 10-1-2000, 23-12-2003, 2-10-2004, 2-12-2004, 19-1-2005, 1-3-2005, 14-9-2005, 19-10-2006, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009, 10-3-2011, 2-11-2011, 12-12-2011, 9-7-2012, 30-10-2012, 27-7-2015 y 2-10-2015 entre otras.

93 STS de 9-7-2012.

94 o indicios.

95 SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3.

96 SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8.

debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un punto material, el control casacional se contrae a la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, en términos del art. 1253 del Código Civil⁹⁷.

No debe olvidarse, por último, que el examen de los indicios no puede hacerse de forma aislada, analizando el poder de convicción de cada uno de ellos, pues no se trata de pruebas sino de elementos indiciarios. Por el contrario, lo procedente es el examen conjunto, pues la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección⁹⁸.

Del mismo modo que en el blanqueo es necesaria la concurrencia, como parte integrante del tipo subjetivo del injusto, del elemento teleológico o tendencial consistente en la finalidad de ocultar o encubrir los bienes de origen ilícito, en el delito de financiación del terrorismo resultará inexcusable que la acción se ejecute con la intención de que los bienes o valores se utilicen o conociendo que serán utilizados para cometer cualquier delito de terrorismo, sean aquellos de origen lícito o ilícito.

En este segundo caso –destinar a las actividades terroristas fondos de origen criminal- habrá que resolver el problema concursal entre ambos delitos: a tales efectos el apartado 3 del art. 576 establece claramente que debe aplicarse la regla del concurso real de delitos, lo que quiere decir que deberán ser sancionados separadamente, y cuando la financiación se ejecute mediante un delito contra el patrimonio, extorsión, falsedad documental o cualquier otro delito, estos se sancionarán además con la pena superior en grado. Vemos, pues, que la norma concursal no puede ser más terminante.

La reforma ha incorporado también un subtipo agravado que conlleva la posibilidad de imponer la pena en su mitad superior cuando los bienes o valores se pongan de forma efectiva a disposición del responsable del delito de terrorismo.

Entre los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia destaca la STS 27-6-1994 relativa al pago del impuesto revolucionario a través de una red de extorsión vinculada con ETA y su encaje en el delito de colaboración del art. 576, distinguiendo la mediación o gestión de quienes pertenecen al círculo del extorsionado⁹⁹ de aquella atribuible a quien pertenece al entorno del extorsionador¹⁰⁰. La indicada sentencia señala expresamente: «*la sentencia recurrida, examinando la intervención mediadora en el pago del llamado impuesto revolucionario, que no es otra cosa que una extorsión delictiva, distingue los casos en que el gestor, —así se le denomina—, pertenece al círculo nuclear del extorsionado o a su entorno, — parientes, abogado del que era cliente antes del ataque a la libertad—, de aquellos otros en los que el gestor pertenece al círculo nuclear del extorsionador— ETA, o su entorno el abertzalismo radical.*

Está fuera de toda duda que el primer supuesto queda fuera del ámbito típico de la colaboración con banda armada por falta de elemento intencional que es indispensable para configurar el delito. En los otros casos contemplados también es imprescindible la concurrencia del factor subjetivo sin que sea factible establecer juicios incriminatorios por la mera pertenencia de una persona a un entorno político determinado.

97 SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2; 322/2010, de 5-4; y 208/2012, de 16-3, entre otras.

98 SSTS 1088/2009, de 26-10; 480/2009, de 22-5; y 569/2010, de 8-6, entre otras.

99 Que se considera atípica.

100 Que considera claramente punible.

Resulta indubitadamente acreditado que las cartas extorsionadoras ordenaban a los destinatarios la utilización de los medios habituales vascos para ponerse en contacto con la organización terrorista, lo que pone de relieve la existencia de una red perfectamente coordinada en la que todos sus componentes eran conocedores de su misión específica y participaban voluntariamente en las tareas de recaudación de fondos en el decidido y específico fin de colaborar con los fines de la banda armada».

Las reformas han dado, pues, carta de naturaleza a la incriminación de la financiación del terrorismo como un delito autónomo. Tanto los instrumentos convencionales de carácter multilateral como las iniciativas de los organismos internacionales¹⁰¹ han entendido que ésta era una exigencia derivada de la ratificación del Convenio de NN.UU. para la Represión de la financiación del Terrorismo de 9-12-99¹⁰² donde se identifica este delito con la actividad de provisión y/o recolección de fondos para ser utilizados o con el propósito de ser utilizados en actos terroristas.

Lo cierto es que pueden apuntarse algunas razones que justificaban su penalización autónoma:

- La primera es que la lucha contra la financiación del terrorismo constituye hoy uno de los ejes centrales de la respuesta internacional contra el terrorismo, básicamente porque se considera un instrumento esencial para la congelación, el embargo y el decomiso de los fondos que puedan tener relación con el terrorismo, y es evidente que su incriminación específica facilitará sobremanera la cooperación judicial internacional es las investigaciones sobre esta actividad delictiva.
- La segunda se concreta en que la tipificación autónoma de este delito potencia las investigaciones sobre esta actividad, y permite un mayor grado de aplicación de la ley penal frente a estos ilícitos comportamientos¹⁰³.

La regulación del delito de financiación del terrorismo se completa con la penalización de la forma culposa, pero reduciendo su ámbito subjetivo de aplicación a aquellas personas legalmente obligadas a colaborar en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, cuando medie imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones y ello contribuya a que no sea detectada o impedida cualquiera de las acciones contempladas en el apartado 1 del precepto.

La incriminación específica del delito imprudente de financiación del terrorismo tiene una justificación evidente: la 3.ª Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁰⁴ sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo obliga a aplicar a esta última figura delictiva todas las disposiciones contenidas en la legislación de prevención del blanqueo de capitales, y consecuentemente a darle un idéntico tratamiento político-criminal, de modo y manera que cuando el incumplimiento de esos deberes legales por parte de los sujetos obligados en los casos más graves facilite o favorezca no intencionalmente actos de financiación de las actividades terroristas, pueda exigirse responsabilidad penal por imprudencia como ya viene sucediendo en relación con el delito de blanqueo de capitales.

En síntesis, puede afirmarse que no hay razones para conceder un tratamiento punitivo diferente a ambas infracciones penales. La transposición de la Tercera Directiva se ha plasmado en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del

101 Naciones Unidas, Unión Europea, Organización de Estados Americanos, etc.

102 BOE de 23-5-2002.

103 Sirva de ejemplo lo que ha sucedido con el delito de blanqueo de capitales, en el que la eficacia de la acción policial y judicial se encuentra estrechamente relacionada con la naturaleza autónoma del tipo penal.

104 Diario Oficial de la Unión Europea de 25-11-2005.

terrorismo que adapta definitivamente nuestro ordenamiento jurídico a la normativa comunitaria e internacional, norma legal en la que se regulan las obligaciones cuyo incumplimiento determinará la exigencia de responsabilidades penales por imprudencia grave. El marco jurídico preventivo de la financiación del terrorismo se completa con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, sobre bloqueo de la financiación del terrorismo, que ha diseñado una estructura administrativa específica para cumplir con tan importante tarea: la Comisión de Vigilancia de las Actividades de Financiación del Terrorismo, a la que se conceden facultades ciertamente excepcionales como el bloqueo de transacciones y movimientos de capitales, y la prohibición de apertura de cuentas en entidades financieras¹⁰⁵.

La 4ª Directiva 2015/849 de 20 de Mayo, que deroga la 3ª Directiva del 2005, apuntala esa política de prevención en ambas materias, desarrollando aspectos tan importantes como un mayor control sobre las transacciones en el sector del juego, la creación de un registro central de titulares reales de bienes, la creación de una lista negra comunitaria de terceros países de alto riesgo o la desaparición de los supuestos tasados de no aplicación de medidas de diligencia debida.

La modalidad culposa o imprudente viene implícitamente reconocida también por la nueva Directiva 2017/541 de 15 de Marzo, al precisar en su art. 11.2 que no es necesario que el responsable criminal tenga conocimiento¹⁰⁶ de los delitos para los que se van a utilizar los fondos cuando se trata de delitos previstos en los arts. 3, 4 y 9 de la Directiva, de lo que se infiere claramente que en estos casos es admisible igualmente el delito de financiación en su forma imprudente.

No obstante, aun cuando el delito de blanqueo también puede cometerse por imprudencia grave, existe una diferencia fundamental entre ambos tipos penales imprudentes: mientras el delito de blanqueo de capitales no tiene limitación alguna en cuanto a los sujetos activos, de manera que puede ser autor del delito cualesquier persona, en el delito de financiación del terrorismo solo pueden ser sujetos activos quienes están obligados legalmente a colaborar con la autoridad en la prevención de tales actividades de financiación.

La gravedad de la imprudencia, al igual que en el blanqueo de capitales, se determinará en función de las obligaciones que hayan sido incumplidas y del grado de incumplimiento de las mismas. A tales efectos debe indicarse que en el ámbito preventivo de la financiación del terrorismo, no sólo deben cumplirse las obligaciones y deberes que establece la ley 10/2010 de 28 de Abril de forma común para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sino además las que específicamente se contemplan en la ley 12/2003 de 21 de Mayo de bloqueo de la financiación del terrorismo.

Parece evidente que el incumplimiento de los deberes que conforman el concepto de la “debida diligencia”¹⁰⁷, el examen especial de las operaciones sospechosas¹⁰⁸, la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo¹⁰⁹, la obligación de abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación¹¹⁰, la confidencialidad de la operación¹¹¹, o la obligación de declarar el origen, tenencia y destino de fondos por importe superior a la cantidad legalmente establecida ¹¹², que conforman el núcleo esencial de la política de prevención de ambas actividades criminales, sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la

¹⁰⁵ En los términos contemplados por la citada ley.

¹⁰⁶ Dolo directo o eventual.

¹⁰⁷ Arts. 3 a 14, precepto éste último en el que se incluyen medidas reforzadas de diligencia debida para las personas con responsabilidad pública.

¹⁰⁸ Art.17.

¹⁰⁹ Arts. 18 y 20.

¹¹⁰ Art. 19.

¹¹¹ Art. 24.

¹¹² Art.34.

construcción de la figura imprudente, ya que se trata de obligaciones cuyo incumplimiento en el ámbito administrativo se considera infracción grave o muy grave.

Pero como decíamos la ley 12/2003 de 21 de Mayo establece algunas obligaciones específicas relacionadas con la prevención del terrorismo, cuyo incumplimiento se considera siempre como infracción muy grave conforme al art. 6.2 de la ley, por lo que en estos casos resulta lógico considerar que la imprudencia es grave si su incumplimiento ha evitado que la conducta de financiación sea detectada o impedida. Así, el art. 4 de la citada ley proclama que las Administraciones Públicas y los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 10/2010 de 28 de Abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo están obligados a colaborar con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y, en particular, a llevar a cabo las medidas necesarias para hacer efectivo el bloqueo previsto en el artículo 1; en particular, deberán:

- a. Impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, a excepción de aquéllos por los que afluían nuevos fondos y recursos a cuentas bloqueadas.
- b. Comunicar a la Comisión de Vigilancia cualquier tipo de ingreso que se pueda realizar a la cuenta bloqueada, sin perjuicio de realizar la operación.
- c. Comunicar a la Comisión de Vigilancia, por iniciativa propia, cualquier solicitud o petición que reciban en la que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad respecto a la que la Comisión de Vigilancia haya adoptado alguna medida.
- d. Facilitar a la citada Comisión la información que ésta requiera para el ejercicio de sus competencias.
- e. No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido información a la Comisión de Vigilancia.

En síntesis, puede concluirse que el delito imprudente de financiación de terrorismo sólo podrá entenderse cometido cuando se haya producido el incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos por los sujetos obligados, y tal incumplimiento tenga una relación de causa-efecto en el hecho de que no se hayan podido detectar o impedir las acciones que el tipo define como constitutivas de financiación de terrorismo. La gravedad de la imprudencia se determinará en atención a la naturaleza y calidad de las obligaciones incumplidas, y al igual que en el blanqueo de capitales, si el sujeto activo que incumple o no cumple debidamente los deberes legalmente regulados conoce que los fondos o bienes van a ser utilizados o destinados para actividades terroristas –bastando para ello dolo eventual- la responsabilidad será exigible siempre a título doloso por la vía del apartado 1 del art. 576 CP.

En el ámbito internacional el instrumento de referencia está constituido por las IX Recomendaciones del GAFI sobre financiación del terrorismo, adoptadas las ocho primeras, tras los gravísimos atentados cometidos el 11-9-2001 en los Estados Unidos, en el mes de Octubre del mismo año, y la 9ª en el 2004, cuyo contenido es el siguiente:

1. Ratificación y ejecución de los instrumentos de la Naciones Unidas

Cada país debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas ara la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Asimismo, los países deben implementar de inmediato las resoluciones

de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

2. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado

Cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del de lavado de activos.

3. Congelamiento y decomiso de activos terroristas

Cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas. Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo los actos terroristas o las organizaciones terroristas.

4. Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo

Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.

5. Cooperación internacional

Cada país deberá proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo o mecanismo de asistencia mutua legal o intercambio de información al máximo grado posible de asistencia en conexión con investigaciones, informes y procedimientos criminales, civiles y administrativos relativos a la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Además, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que se denegará el refugio a los individuos acusados de financiar el terrorismo deben contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.

6. Sistemas alternativos de envíos de fondos

Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes, que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

7. Transferencias por cable

Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante¹¹³ en las transferencias de fondos y mensajes relativos a ellas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago. Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante¹¹⁴.

8. Organizaciones sin fines de lucro

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidos a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que no sean utilizadas ilegalmente:

1. por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales
2. para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
3. para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

9. Correos de efectivo

Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación. Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados. Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberían adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarán el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos.

Por último, la ley orgánica 5/2010 ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas con sanciones penales específicas para los casos en los que las personas jurídicas sean declaradas responsables de los delitos de financiación del terrorismo, tanto si se cometen dolosamente como imprudentemente por las personas físicas. La multa es obligatoria, mientras que las restantes penas son facultativas y se imponen en atención a las reglas del art. 66 bis¹¹⁵.

113 Nombre, domicilio y número de cuenta.

114 Nombre, domicilio y número de cuenta.

115 Disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades hasta 5 años; clausura de locales y establecimientos hasta 5 años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social hasta quince años.

La responsabilidad de las personas jurídicas también está contemplada en el ámbito preventivo-administrativo, en cuya normativa se incluyen sanciones para las mismas, tales como la revocación de la autorización administrativa para operar¹¹⁶, multas, amonestación pública y amonestación privada¹¹⁷.

También resultan aplicables a este delito las previsiones punitivas contempladas en el actual art. 579 bis, cuyo texto transcribimos literalmente:

“Artículo 579 bis.”

1. El responsable de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente, con las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.
2. Al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se le impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquirido por primera vez, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad.
3. En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.
4. Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

La pena de inhabilitación absoluta es preceptiva para todos los delitos contemplados en el capítulo, por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia, y solo a la hora de graduar el período concreto por que se impone deberá atenderse a los criterios de proporcionalidad que el precepto incluye en función de la gravedad del delito, del número de delitos cometidos y de las circunstancias que concurran en el delincuente.

¹¹⁶ Sólo para infracciones muy graves.

¹¹⁷ Arts. 56 a 58 de la ley 10/2010 y art. 6 de la ley 12/2003.

La reforma del precepto que llevó a cabo la LO 5/2010 incorporó la imposición de la medida de libertad vigilada una vez cumplida la pena, debiendo observarse a tales efectos las previsiones contempladas en el art. 106 CP. La duración de la medida dependerá de la condena impuesta: si se trata de una pena grave privativa de libertad tendrá una duración de 5 a 10 años, y si la pena privativa de libertad fuere menos grave la duración será de 1 a 5 años. Sin embargo, no es obligatoria su imposición cuando se acredite la menor peligrosidad del condenado siempre que la condena lo haya sido por un solo delito, que éste no sea grave y que sea la primera vez que el condenado delinque.

La reforma de la ley orgánica 2/2015 ha introducido algunas novedades:

1. Se ha añadido como pena a imponer en las mismas condiciones que las previstas para la inhabilitación absoluta la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre¹¹⁸.
2. Se ha incorporado en el apartado 4 un tipo atenuado general, aplicable a todos los delitos contemplados en el capítulo cuando se constate que el hecho sea objetivamente de menor gravedad en atención al medio empleado o al resultado producido, supuesto en el cual se podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito en cuestión.

La STS de 19-11-2015 ha hecho uso por primera vez de este tipo atenuado en un procedimiento relacionado con el entorno de la organización terrorista ETA en el que fueron condenadas varias personas por su pertenencia a la organización ilegal SEGI, fundamentando su aplicación en el menor desvalor de la acción y/o del resultado al señalar que:

“Estamos ante un subtipo atenuado que el legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad.

El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción¹¹⁹ y al desvalor del resultado¹²⁰. Es patente que el marco penal de la atenuación delictiva es muy amplio, pues se puede reducir la pena en dos grados, lo que significa que puede descender en este caso desde los seis años de prisión hasta un año y medio.

Pues bien, en el caso de esta recurrente no se ha apreciado una especial gravedad en lo que atañe a los medios utilizados en las actividades propias del grupo que coordinaba.....pues no se ha constatado en la sentencia, como ya se dijo en su momento, que haya intervenido en actos de violencia callejera¹²¹, ni tampoco que en la función que desempeñaba en el grupo hubiera impartido directrices relativas a acciones violentas, recogiendo en los hechos que se describen actos relativos a la colocación de carteles o a su distribución para que otros los repartieran. Sin que, por lo demás, conste que se tratara de carteles que incitaran a la violencia.

Así las cosas, no figuran en las actuaciones actos concretos que permitan hablar de un relevante desvalor de la acción. Y otro tanto debe decirse del desvalor del resultado.

¹¹⁸ Art. 579 bis.1.

¹¹⁹ “medio empleado”.

¹²⁰ “resultado producido”.

¹²¹ Kale borroka.

En efecto, al no especificarse en la sentencia que la acusada realizara actos de violencia callejera ni que impartiera directrices en tal sentido, no puede inferirse que esta persona y el grupo que coordinaba hayan infundido en la población donde actuaban un miedo colectivo o situaciones de terror o de inseguridad que menoscabaran gravemente los bienes jurídicos que tutela la norma penal: el orden constitucional o la paz pública.

Por consiguiente, si bien debe afirmarse, tal como se anticipó, que la acusada era una militante activa de Segi en Vitoria, a tenor de la función coordinadora que desempeñaba en la zona, lo cierto es que la conducta que se le atribuye en virtud de la prueba practicada y los resultados derivados de la misma deben ser calificados de escasa gravedad. En virtud de lo cual, el grado de injusto del caso concreto nos lleva a aplicar el art. 579 bis.4 del C.¹²², reduciéndose la pena impuesta en la instancia en dos grados, con la individualización punitiva que se determinará en la segunda sentencia.”

La más reciente jurisprudencia¹²³, dictada a propósito de la revisión de condenas por la entrada en vigor de la leyes orgánicas 1/2016 y 2/2016, considera que el tipo atenuado es aplicable a todos los delitos comprendidos en el capítulo, con independencia de que sean delitos de mera actividad o de resultado, incluido el delito de integración en organización o grupo terrorista, justificando la imposición de penas inferiores cuando la integración no haya comportado la realización de acciones violentas y no se ostentan funciones de dirección o de coordinación de los grupos.

En el caso del delito de financiación del terrorismo, la atenuación punitiva podrá aplicarse cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, por ejemplo cuando las cantidades de dinero objeto de la acción típica sean escasas¹²⁴, sin que pueda tenerse en cuenta a estos efectos que los fondos o bienes no hayan llegado a poder o no se encuentren de forma efectiva a disposición del responsable de la actividad terrorista, ya que si la circunstancia de poner los fondos o valores a disposición de forma efectiva es determinante para la imposición de una penalidad agravada, el hecho de que no concurra la misma no puede traducirse en una menor gravedad del injusto al ser la conducta típica básica objeto de reproche penal.

El tipo privilegiado de arrepentimiento. Este tipo de medidas «premiales» siempre han estado presentes en la política criminal antiterrorista. Como precedentes cabe citar el art. 6 de la LO 9/1984 y el art. 57 bis.b) CP anterior¹²⁵, que incluso preveía la remisión total de la pena en casos excepcionales.

El contenido del art. 579 bis.3 coincide sustancialmente con el anterior art. 579.4, con una sola diferencia: la referencia en aquel a “elementos terroristas” además de las organizaciones o grupos de esta naturaleza. También se establece la imposición de la pena inferior en uno o dos grados cuando concurren las siguientes condiciones:

- a. que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado;
- b. una conducta de cooperación que alternativamente puede desarrollarse en una doble dirección: colaborando activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, o coadyuvando eficazmente a la obtención de pruebas decisivas que permitan bien la identificación o captura de otros responsables, bien impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones, grupos o elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

¹²² Redacción de 30 de marzo de 2015.

¹²³ Vg. SSTS 546/2016 de 21 de Junio y 554/2016 de 23 de Junio.

¹²⁴ Lo que equivale a una menor relevancia de los medios empleados.

¹²⁵ Incorporado por la LO 3/1988.

Nos hallamos, pues, ante una modalidad de arrepentido-colaborador que tiene una escasa aplicación en la práctica judicial por la dificultad de que concurren todos los requisitos que el precepto exige y lo infrecuente de tales comportamientos reparadores. Por ello la jurisprudencia ha optado por emplear en muchas ocasiones las atenuantes previstas en el art. 21, en sus ordinales 4.⁻¹²⁶ y 5.⁻¹²⁷, y cualificarlas en algunos casos, incluso por la vía de las atenuantes analógicas¹²⁸.

Así la STS 1-7-2009 aplica una atenuante analógica cualificada en el caso de un condenado por colaborar con la organización terrorista ETA que manifestó en el Juicio oral estar en desacuerdo con la lucha armada —es decir con el terrorismo— y que se negó además a pertenecer al colectivo de presos de dicha organización terrorista con la que había colaborado por lo que fue trasladado de módulo a petición propia en el Centro Penitenciario, y que al ser detenido en Francia aceptó ser extraditado y juzgado en España. Emplea la siguiente argumentación: «Es cierto que ninguno de esos datos, ni todos en conjunto llenan las exigencias de ninguna de las atenuantes nominadas del art. 21 del Código Penal. Pero también es verdad que su actitud y comportamiento implica un regreso al orden jurídico expresado en los términos y hasta donde en sus circunstancias le era posible.

Reafirmación del orden jurídico con acatamiento del mensaje imperativo de la norma penal que está en el fundamento último de las atenuantes cuarta y quinta del art. 21 del Código Penal, y que en el caso de delitos terroristas presenta, frente a otros delitos, y por las singularidades de aquéllos, una especial relevancia, a la que ni el Estado ni el ordenamiento jurídico resulta indiferente. Así lo evidencian previsiones legales como las del art. 579.3 y del art. 90.1 punto tercero del Código Penal, que expresan la conveniencia y enorme utilidad que para el Ordenamiento Jurídico tienen en esa clase de delitos las posiciones de discrepancia y separación del terrorismo manifestadas públicamente por quienes, integrados inicialmente en esas organizaciones, siempre hacen de su férreo sometimiento a las directrices de la banda una fuerte resistencia al imperio de la ley, que mantienen, incluso después de delinquir, dentro de los centros penitenciarios, en los que actúan en bloque como es notorio y público, sin permitir la organización terrorista a sus miembros que mantengan posiciones ajenas o diferentes de la marcada por la dirección de la banda.

Precisamente en ese marco peculiar, de mantenida resistencia a la ley es donde el comportamiento del recurrente, que en otro ámbito criminal carecería de significación y relevancia, presenta una indudable trascendencia por lo que tiene de contrario a los propósitos y las estrategias de la banda armada, y por lo que supone de reafirmación y reencuentro con el Orden Jurídico; algo que siendo siempre valioso para la primacía de su vigencia, lo es especialmente en el campo del terrorismo. En definitiva, el comportamiento del recurrente se sitúa en la esfera del fundamento justificador de las atenuaciones por razones de política criminal como las de los núms. 5 y 4 del art. 21 del Código Penal, y ello conduce a la apreciación de la atenuante analógica del art. 21.6.⁹, que además merece su valoración como muy cualificada, por lo que tiene de ejemplificador y de especial utilidad en el campo de la criminalidad t rro rista dada la proximidad con las previsiones del art. 579.3 del Código Penal; lo que conduce a rebajar la pena en un grado, de conformidad con el art. 66.1-2.-».

126 Confesión.

127 Reparación del daño.

128 Art. 21.6.-.

CAPÍTULO

V

La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso Ampliado

Gilmar Santander Abril

**Ex-Fiscal contra el lavado de activos
y para la extinción de dominio**

Subíndice

I. Introducción	429
II. Sistemas de afectación de bienes	431
A. Afectación real	433
B. Afectación personal	434
C. Afectación mixta basada en la imputación penal	435
III. Comiso penal	435
A. Distinción frente a otros institutos	436
1. Confiscación	437
2. Decomiso administrativo	438
3. Embargo o aseguramiento de bienes	439
4. Incautación	439
5. Recuperación de activos	440
6. Extinción de dominio	441
B. Discusiones sobre la naturaleza jurídica del comiso	442
1. Naturaleza jurídica punitiva: el comiso como pena	444
2. El comiso como medida de seguridad	447
3. El comiso como consecuencia civil de la conducta punible	448
4. El comiso como consecuencia accesoria	450
5. Naturaleza del comiso y sistema adversarial	452
C. Evolución y clasificación del comiso	453
1. De acuerdo con los criterios básicos de valoración	456
• Comiso por el origen ilícito de los bienes	456
• Comiso por destinación ilícita	457
2. De acuerdo con la relación del bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal	457
3. Comiso directo o tradicional	458
• Comiso de bienes producto del delito	459

• Comiso de bienes que constituyen el objeto material del delito	461
• Comiso de bienes utilizados como medios o instrumentos del delito	463
• Comiso de bienes destinados a actividades ilícitas	465
4. Comiso indirecto o de bienes sin relación directa con el delito	467
• Comiso por transformación o sustitución	468
• Comiso de bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos	469
• Comiso de bienes por valor equivalente	472
• Comiso de ganancias, réditos, frutos y rendimientos - “confiscación”	474
• Comiso ampliado, extendido o de bienes sin justificación lícita razonable	475
• Del denominado “Comiso de bienes de terceros”	482
5. Comiso in rem o sin dependencia del proceso penal	486
a. Comiso sin condena	488
b. Extinción de dominio	492
• Concepto, naturaleza jurídica y fundamentos de legitimación	494
• Causales de extinción de dominio	498
• Características de la acción	499
◦ Jurisdiccional	500
◦ Acción de carácter real	500
◦ Intemporal	501
◦ Autonomía e independencia	502

I. Introducción

Reflexionar sobre la evolución de la persecución de bienes ilícitos en América Latina y la visualización de sus perspectivas, es una tarea que hoy en día resulta inaplazable, pues a pesar que el tradicional comiso o decomiso penal (en adelante comiso) suele ser visto en algunas latitudes como la “cenicienta” de las instituciones penales, pues aún en la mayoría de ordenamientos jurídicos se sigue tratando como un instituto poco relevante, se debe reconocer que su importancia y potencial tiende a ser cada vez más valorado, en especial, en aquellas jurisdicciones donde la criminalidad presenta sus expresiones más extremas. Sin embargo, aún son pocos los sistemas jurídicos que han impulsado profundas transformaciones frente a este tema, con el fin de incrementar su eficacia para contrarrestar las nuevas expresiones de impunidad, sin sacrificar las garantías mínimas de los derechos de contradicción, oposición y defensa.

Y es que para entender la relevancia del comiso se debe tener en cuenta que las tendencias actuales de lucha contra la criminalidad han llevado a redefinir el concepto de “impunidad”, pues se requiere superar la tradicional idea penal de aquella “conducta ilícita que queda sin castigo”, para extender el concepto al ámbito patrimonial; se reconoce así, que también resultan impunes aquellas acciones que conllevan un producto o ganancia ilícita, cuando, a pesar de existir una respuesta penal, los bienes ilícitos queda para el pleno disfrute del delincuente, su familia o su organización; o, en función de la promoción, financiación o ejecución de nuevas actividades delictivas.

Esta forma de impunidad reviste graves consecuencias, pues como lo reconoce Walter Delgado y Tomás Gálvez en la doctrina peruana, la inoperancia de las autoridades de justicia en esta materia deja incólume el delito¹ y se traduce en un nefasto mensaje a la sociedad, de que delinquir “sí vale la pena”; pues a pesar que el delincuente cumple en algunos casos con una pena de prisión, sus ganancias ilícitas, que en la mayoría de casos constituyen la principal motivación de su proceder antisocial, permanecen incólumes².

Desafortunadamente, aún algunas legislaciones suelen ver la persecución de los bienes ilícitos como un asunto secundario o intrascendente, al punto tal, de ser considerado como un tema marginal, como bien resalta en Colombia Manuel Restrepo con relación a la aplicación del comiso penal³, hecho que hace que éste instituto sea un tema que frecuentemente es excluido de cualquier discusión de tipo dogmático, pues se percibe bajo la errada idea de que éste es un asunto accesorio del proceso penal, cuando en realidad los estatutos penales lo reconoce como un instituto de derecho penal sustancial de primer orden, es decir, como una pretensión adicional e independiente de la pretensión punitiva, pero de similar naturaleza jurídica, cuyo reconocimiento se condiciona a la existencia de bienes comprometidos con un delito.

- 1 Al respecto, los citados autores señalan: “En efecto, debemos entender que la gran mayoría de los delitos, sobre todo los delitos económicos, financieros, contra el patrimonio, contra la administración pública etc., tienen como móvil el ánimo de lucro de sus agentes, y por ello mismo, agotar los fines del proceso penal en la búsqueda de la concreción de la pretensión punitiva, deja incólume el móvil del delito (el ánimo de lucro), por lo que aun cuando eventualmente se pudiese concretar dicha pretensión (inclusive con una pena efectiva), ello no revestiría efecto preventivo alguno.” (Delgado Tovar, Walter Javier; Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Las pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal; Lima. Jurista Editores. 2013. Pg. 18)
- 2 Como bien lo destaca en Uruguay Ricardo Pérez, el problema de la criminalidad es un asunto de estimación de riesgos por parte del delincuente, que son asumidos sin importar la amenaza de prisión o de muerte, atraídos por las ventajas económicas que puede dejar el delito. Al respecto destaca: “Cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud, puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal, aparece como un riesgo calculado por el delincuente. Las ganancias a obtener pasan entonces a justificar el riesgo.” (Pérez Blanco, Ricardo; La Naturaleza Jurídica del Decomiso. Documento Cicad, 2011. Pg. 2)
- 3 Sobre el particular, este autor colombiano precisa que la funcionalidad del comiso era eminentemente práctica para asuntos de poca relevancia, al indicar que: “El comiso, que para el derecho penal clásico tenía una importancia marginal, bajo el entendido de que en razón de la declaración de responsabilidad penal el Estado le imponía al responsable, como pena accesoria a la principal, la privación del dominio sobre los bienes empleados para la comisión del delito o que provinieran de su ejecución, ya fuera para ser destruidos por razón de su peligrosidad o para evitar que ellos se emplearan nuevamente para la ejecución de otros delitos...”. (Restrepo Medina, Manuel Alberto. Instrumentalización cautelar del Comiso. En Estudios Socio Jurídicos. Bogotá D.C. 2006. Pg. 152).

Este desprecio por el comiso se ve reflejado en las conclusiones de los estudios de impacto de la criminalidad. Por ejemplo, en el año 2011, la Organización de Naciones Unidas presentó un informe sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional, donde se hace un intento de calcular las utilidades anuales de la criminalidad⁴. Este estudio arrojó como resultado una serie de cifras que deben causar profunda preocupación en todos los países, ya que calcula los ingresos del crimen organizado entre un 2.3 al 5.5 del PIB Mundial; y si bien esta cifra puede generar preocupación, no es tan grave como aquella relacionada con la efectividad en la persecución de los patrimonios ilícitos, pues el dato de este estudio que mayor alarma debería despertar, es aquel que señala que menos del 1% de esas ganancias ilícitas, logra ser recuperado o incautado por las autoridades.

Desafortunadamente, esta cifra no suele despertar mayor reacción, pues los problemas de ineficacia de los sistemas jurídicos para contrarrestar los efectos del delito no son novedosos. Sin embargo, este dato nos permite llegar a una conclusión más delicada aún, ya que una lectura lógica nos obliga a reconocer que la criminalidad logra conservar más del 99% de sus ganancias ilícitas, cifra que al ser analizada desde un contexto práctico, nos lleva a preguntar sobre ¿cuál es el destino final de tan exorbitante utilidad? Sin duda, la corrupción pública y privada, la financiación de la violencia, la desestabilización de la economía, la disminución de las actividades productivas lícitas, el incremento de la brecha social, la promoción de la cultura de la ilegalidad, la generación de burbujas inflacionarias, entre otros graves problemas de orden económico, político, social y cultural, serían tan solo algunas de las respuestas más coherentes que surgirían tras este interrogante⁵.

Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos⁶, pues ante los altos niveles de “impunidad patrimonial” que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legislaciones no se prevé un procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “sí vale la pena”.

En otras palabras, si en los delitos de motivación económica, la pretensión punitiva no se acompaña de una pretensión patrimonial sobre los bienes ilícitos, la pena de prisión va a obrar como una tipología más de lavado de activos donde se instrumentaliza el sistema de justicia para asegurar el disfrute de los recursos ilícitos, pues después de que el proceso penal concluye, los hechos ilícitos suelen quedar cobijados bajo el amparo de la garantía de cosa juzgada, ya que en la mayoría de países no se puede estructurar una pretensión patrimonial más allá de las fronteras de la actuación penal, lo que sin duda constituye una de las más preocupantes paradojas de los sistemas penales en la actualidad.

4 Naciones Unidas; Estimando los flujos financieros ilícitos del tráfico de drogas y otros delitos transnacionales; 2011 Pg. Xvii.

5 Este es un problema que viene siendo analizado desde la perspectiva constitucional por distintos tribunales de justicia a lo largo del continente; por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha abordado esta problemática destacando lo siguiente:

“Es que la riqueza ilícita genera graves consecuencias para el Estado y la sociedad; así, entre otras situaciones:

- Produce un incremento vertiginoso de la delincuencia, en especial de la criminalidad violenta.

- Crea una economía subterránea con competencia desleal.

- Induce a la corrupción pública y penetra en las instituciones estatales, socavándolas.

- Modifica los patrones socio-culturales a partir de la adopción de modelos de vida negativos.” (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia; Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013 del 19 de abril de 2013. M.P. Macario Lahor Cortez Chávez)

6 Sobre el particular, el fiscal uruguayo Jorge Díaz, resalta lo siguiente: “En efecto, las personas dedicadas al tráfico ilícito de drogas asumen en su actividad tres riesgos fundamentales: perder su libertad ambulatoria, el cargamento de tóxicos y los beneficios económicos obtenidos de su actividad ilícita. La experiencia indica que si bien no quieren que ninguno de esos tres riesgos se concrete, al que más le temen es al tercero. Los beneficios económicos de la actividad ilícita es la finalidad última de las actividades del crimen organizado, por lo que en estos casos la pena privativa de libertad no cumple con la finalidad de prevención general y aun de prevención especial que se les ha asignado.” (Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro. Crimen organizado y lavado de dinero en la Ley 18.494. Carlos Álvarez Editor; Montevideo, 2010. Pg. 176)

Sin embargo, dentro del contexto internacional, son varias las figuras que extienden la posibilidad de declarar el comiso penal sobre bienes de origen o destinación ilícita más allá de la responsabilidad penal, e incluso, superando los límites del proceso penal, reconociendo que los efectos patrimoniales de los delitos no pueden restringirse solo al ámbito penológico, como erróneamente suele encasillarse, como quiera que este es un tema que en la actualidad trasciende la responsabilidad individual para irrumpir en ámbitos normativos, sociales, económicos o culturales de un país, que, al igual que la amenaza punitiva, también cumplen una función disuasiva y contribuyen al control y reacción social contra las diversas manifestaciones de la criminalidad moderna.

Es por ello que en el presente estudio se realizará una breve reseña de la evolución del comiso penal hacia nuevas instituciones que actúan de forma autónoma e independiente de la responsabilidad penal o del proceso penal, revisando los principales puntos de discusión sobre los temas asociados a la pretensión patrimonial sobre bienes ilícitos. De la misma forma, se penetrará en el análisis de los principales fundamentos de legitimación de la afectación de bienes, hasta llegar a los fundamentos actuales de las dos figuras que se erigen como la expresión evolutiva del comiso penal: la extinción de dominio en Latinoamérica y el comiso ampliado en Europa; analizando en cada caso los aspectos distintivos de estas figuras con relación a las tradicionales formas de comiso penal.

II. Sistemas de afectación de bienes

Previo a reflexionar sobre la evolución del comiso penal, se hace necesario realizar una precisión sobre los alcances y límites de algunos institutos relacionados con la afectación de bienes dentro de un proceso judicial o administrativo. Desafortunadamente, es frecuente encontrar en distintas legislaciones de Latinoamérica, que al comiso penal se le imponen fines muy distintos a los inherentes a su naturaleza jurídica⁷, otorgando así el carácter de instituto multipropósito del cual se abusa para incautar bienes que pueden cumplir diferentes funciones dentro de un proceso penal, convirtiéndolo en un instrumento multifuncional de efectos omnicomprendidos, lo cual constituye una mala práctica⁸ que produce inseguridad jurídica, limita las posibilidades de oposición y defensa, genera enormes costos al Estado desde el punto de vista de la administración y custodia de los bienes incautados y termina deslegitimando las figuras concebidas para la persecución de bienes ilícitos.

Desafortunadamente, el comiso penal se suele utilizar, de manera anti técnica, para propósitos muy distintos a los de su verdadera naturaleza jurídica, como por ejemplo, para que cumpla fines probatorios⁹; de restablecimiento del derecho o recuperación de activos¹⁰; de indemnización

7 Algunas legislaciones se caracterizan por tener malas prácticas que asemejan los fines de la investigación patrimonial con los fines del comiso penal. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la utilidad de este tipo de investigación, no solo se restringe a la identificación de bienes pasibles de comiso, sino que además, cumple múltiples propósitos que van desde la identificación de información y pruebas que permiten la demostración de la conducta punible o el compromiso de responsabilidad de algún imputado; pasando por la identificación de los nexos de relación que usualmente se requiere en el proceso penal entre hechos, bienes y personas; hasta llegar a la identificación de bienes que permiten satisfacer las pretensiones civiles de restablecimiento del derecho, reparación del daño o el pago de indemnizaciones o multas, entre otros fines prácticos.

8 Un problema recurrente en la mayoría de países es la existencia de grandes inmuebles (Bodegas, parqueaderos, edificios, etc.) repletos de bienes incautados o asegurados cuya funcionalidad o importancia dentro de un proceso judicial es incierta y su situación jurídica nunca se define; pues se acude a la mala práctica de incautar para investigar, es decir, sin una finalidad específica; en lugar de investigar previamente para incautar, teniendo frente a bien una pretensión concreta de utilidad procesal.

9 Se debe tener en cuenta que "bien" (objeto de comiso) y "elemento de prueba", no son sinónimos, a pesar que la afectación dentro del proceso penal pueda tener esa doble funcionalidad; es decir, un bien puede ser pasible de comiso penal y a su vez, puede constituir fuente de prueba. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las evidencias se deben recolectar técnicamente y tienen que ser custodiadas en los almacenes de evidencia, preservando la garantía de autenticidad; por ejemplo, el computador que es incautado en una oficina oficial para recolectar evidencia digital sobre un fraude. Lo relevante para el proceso es la información (elemento de prueba) y no el computador como bien, el cual debe ser restituido a su propietario, a menos que sobre él concurran circunstancias fácticas que permitan estructurar una pretensión de comiso o extinción de dominio. Por su parte, los bienes pasibles de comiso se incautan, ocupan o intervienen y se deben preservar o administrar a través de los distintos sistemas de administración que consagre la legislación para tal fin; por ejemplo: contratación, conservación, enajenación, administración por terceros especializados, etc.

10 Es importante destacar que una de las garantías de los principios de justicia y de tutela jurisdiccional efectiva, es precisamente la de pretender "el restablecimiento del derecho", buscando que las cosas vuelvan a un estado predelictual, concepto que después de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se ha venido asociado a la idea de "recuperación de activos", aplicable a aquellos delitos en los cuales la víctima, individual o colectiva, ha sido despojada de sus bienes o derechos, como sucede, por ejemplo, en las conductas de peculado o malversación de fondos, secuestro, extorsión, hurto, estafa, o en algunas conductas contra el medio ambiente, entre otras. Si bien para el delincuente dichos bienes pueden constituir el producto o las ganancias del delito y, por tanto, se encontrarían bajo una circunstancia de comiso penal, dicho reconocimiento sería un acto injusto "revictimizante" para quien afrontó el acto de despojo, por lo cual, la pretensión de restablecimiento del derecho o de recuperación de activos, debería ser siempre independiente y prevalente, frente a la pretensión de comiso o de extinción de dominio, según el caso.

de perjuicios; de destrucción, entre otros. Por ello, no en todas las legislaciones el comiso se encuentra depurado para cumplir sólo su tradicional función de privar al delincuente de aquellos bienes que son producto, objeto o ganancias del delito, o de aquellos destinados o usados como medios o instrumentos para tal fin.

Realmente, este tratamiento multifuncional del comiso penal constituye una mala práctica que ha llevado a que en muchos países exista una deformación de la figura, problema que se agrava con la ausencia de definiciones técnicas frente las distintas clases de afectaciones o circunstancias en las que se pueden encontrar los bienes dentro del proceso penal; con lo cual, el término “comiso”, suele confundirse con los conceptos de incautación, aseguramiento, confiscación, embargo, secuestro, recuperación de activos, entre otros, a pesar que algunos instrumentos internacionales han contribuido ampliamente a aportar elementos que permiten realizar las correctas precisiones conceptuales para definir los límites y alcances de esta figura jurídica.

Esta concepción multipropósitos, obedece en parte, a la falta de definición clara del objeto sobre el cual recae, pues en la mayoría de países de Latinoamérica, la idea ha estado determinada por la utilización de términos a los que los códigos reconocen distintos propósitos. Nos referimos, por ejemplo, al término “efecto” del delito; el cual es común en la mayoría de países con influencia de la ley penal española, pues dicho vocablo se acuñó desde las primeras formas de comiso adoptadas en el Código Penal español de 1822 y, a partir de ahí, ha sido constante en todas las legislaciones que se han nutrido de esa cultura jurídica.

Si existe un concepto que dentro del contexto latinoamericano pueda ser calificado como complejo y problemático, es precisamente el de “efecto del delito”, pues bajo esta denominación se suele incluir la afectación de cualquier “cosa”¹¹ vinculada con un delito; y, a pesar que parte de la doctrina ha pretendido definir su objeto y límites¹², la práctica judicial y policial latinoamericana se ha desarrollado al margen de cualquier precisión de tipo técnico o conceptual. De ahí que resulte útil indagar sobre los elementos diferenciadores que existen entre las distintas formas de afectación de bienes, para lo cual se hace necesario identificar los fundamentos, objeto y fines de las distintas figuras que suelen asociarse al tema de la pretensión de bienes dentro del proceso penal.

Es por ello que este análisis parte de un sencillo ejercicio taxonómico que intenta identificar las distintas clases de afectación de bienes dentro de un proceso judicial o administrativo. Para ello, se parte de la idea de que todas las figuras jurídicas asociadas con la problemática de la persecución de bienes ilícitos, a pesar de presentar características comunes, permiten identificar elementos distintivos que revisten de identidad a su objeto, definen sus fines y presentan distintos fundamentos de legitimación¹³. Es por esta razón que, atendiendo a estos tres elementos diferenciadores, las

11 Para entender de mejor forma cuáles bienes serían pasibles de una decisión de comiso, resulta oportuno resaltar las reflexiones que realiza la doctrina civil especializada sobre los conceptos de bien y cosa. Al respecto, Velásquez Jaramillo destaca como, desde los romanos, el concepto de cosa se fundaba en la idea de la utilidad que le brinda a los seres humanos y de ahí su carácter de apropiable. Sin embargo, precisa que el concepto de bien tiene mayor relevancia jurídica, pues “Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos y que además tiene características pecuniarias y económicas, merece el calificativo de bien” (Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes; Editorial Temis, Bogotá. Pg. 2.)

12 A pesar de los trabajos jurídicos que existen frente a tema, no se puede asegurar que existe un consenso doctrinal sobre el contenido y los alcances de los efectos del delito, pues mientras importantes estudios consideran que dicha discusión está zanjada y como tal se deben entender “...los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción (v.g. el dinero falsificado)” (Patricia Vargas. Tesis doctoral: El Comiso del Patrimonio Criminal, 2012. Pg. 98), lo que en principio excluiría de tal tratamiento a los bienes objeto del delito, los medios e instrumentos y las ganancias del mismo; se debe reconocer que el estado de la cuestión no es tan claro, pues importantes voces expertas en el tema presentan argumentos válidos para comprender también bajo ese concepto los bienes objeto del delito (Gascón Inchausti. El decomiso transfronterizo de bienes. Editorial Colex; Madrid, 2007. Pg. 62) e incluso, extenderlo también, como lo destaca José Ignacio Gallego Soler, a “...todos los bienes o cosas que se encuentran en poder del delincuente—mediata o inmediatamente— como consecuencia de la infracción.”, postura que si bien no responde a una clasificación técnica, sí se puede reconocer como predominante en la práctica judicial y policial latinoamericana.

13 Con esta clasificación no se pretende desconocer ni renunciar a la tradicional clasificación de los bienes objeto del comiso penal, ya sea por su relación directa con el delito (producto, instrumento o ganancias) o su falta de vinculación directa con este (equivalentes, derivados, de terceros, etc.); sino que por el contrario, se pretende revisar esta clasificación desde un contexto más amplio, atendiendo a la funcionalidad y a los factores de legitimación que justifican la afectación de un bien dentro de un proceso judicial; es decir, partiendo del interrogante de conocer qué es lo que legitima al Estado a limitar o cuestionar el derecho de propiedad sobre un bien en un caso concreto.

distintas figuras e institutos relacionados con la afectación de bienes se pueden adscribir a un determinado sistema de afectación patrimonial. Se identifican así, para tal efecto, tres sistemas: uno de carácter real, otro de carácter personal y un tercero de carácter mixto, sustentado en la pretensión o imputación penal.

A. Afectación real

En el sistema de afectación real, los fundamentos de legitimación que habilitan a que el Estado pueda pretender la limitación de los derechos sobre un bien, se derivan de una circunstancia que se predica del bien mismo. En otras palabras, son las condiciones o características del bien, las que van a justificar que el Estado disponga su afectación, independiente de quien sea su titular.

Corresponde a este sistema la incautación o recolección de bienes con fines probatorios, pues es la vocación probatoria que puede desprenderse del bien la que va a legitimar al Estado para que pueda limitar el derecho a la propiedad, con el fin de cumplir los fines propios de la administración de justicia en un asunto concreto. Sería el caso, por ejemplo, de la incautación de un vehículo con el fin de recolectar evidencias de un accidente; o la incautación de un computador o el celular del indiciado, con el fin de extraer la información jurídicamente relevante para el caso que se está investigando¹⁴.

Por lo general, este tipo de afectación no conlleva una pretensión de privación del dominio sobre el bien, pues una vez que éste cumpla con su fin probatorio, se debe proceder a su devolución, a menos que sobre el mismo pueda recaer otro tipo de pretensión, como la de comiso penal o su destrucción. Este sistema de afectación es uno de los que genera mayores problemas en los almacenes de evidencias o en las oficinas de administración de bienes, pues se suele abusar de la pretensión probatoria para afectar bienes que no son de interés en el proceso o que su intervención solo resultaría procedente con otra finalidad; es decir, a través de otros institutos, sin necesidad de saturar o congestionar las oficinas o almacenes de administración o custodia.

Así mismo, es propio de este sistema la incautación con fines de destrucción, propio de las formas de comiso de seguridad o peligro (bienes objeto, medios o instrumentos del delito) y del denominado “decomiso administrativo”; es decir, recae sobre aquellos bienes que conllevan un potencial riesgo de lesión o afectación de un bien jurídico de carácter individual o colectivo. Esta forma de afectación recae sobre aquellos bienes que representan un peligro potencial a la seguridad en sus distintas dimensiones: seguridad económica, como los bienes objeto de contrabando, o que son productos de violaciones a la propiedad industrial o de derechos de autor; seguridad pública con relación a aquellos bienes que pueden representar un potencial peligro público, como las armas, explosivos, municiones, equipos de uso militar o restringido, etc.; seguridad ciudadana, con relación a los bienes que pueden afectar a la ciudadanía en general, como las sustancias ilícitas, estupefacientes, medicamentos, alimentos o licores adulterados, entre otros. Generalmente la contención del riesgo potencial que representa este tipo de bienes se neutraliza a través de una orden de destrucción o de una decisión de decomiso administrativo.

También se destacan dentro de este sistema, aquellas formas de comiso sin condena que se centran en circunstancias ilícitas que recaen sobre los bienes y no sobre sus titulares, como el comiso civil

¹⁴ Se debe aclarar que si bien un vehículo, un computador o un celular jamás pueden ser considerados como elementos de prueba o pruebas propiamente dichas, su incautación se legitima por ser la fuente donde estas pueden ser halladas. Para mayor comprensión resulta útil traer la definición de “elemento de prueba” que hace Vélez Mariconde, citado por Cafferata Nores, quien distingue el concepto de elemento prueba del de “bien”, indicando que ““El elemento de prueba”, o “prueba” propiamente dicha es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un convencimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.” (Cafferata Nores, José I. (2007) La Prueba en el Proceso Penal, Ed. Lexis Nexis, Sexta Edición Buenos Aires).

o comiso *in rem* de la justicia angloamericana; los supuestos de comiso sin condena de la actual tendencia Europea; las acciones de extinción de dominio de Colombia, Guatemala, México o El Salvador; la privación de dominio de bienes de origen ilícito de Honduras, o la acción de pérdida de dominio del Perú. En este tipo de bienes, la limitación o pérdida del derecho de propiedad se va a legitimar en la ilicitud del origen o destinación del bien y no en la responsabilidad o compromiso penal que pueda tener su titular.

En este sistema también se pueden ubicar los bienes que son objeto de una falta o infracción administrativa, pues su ilicitud viene determinada por la misma ley, como sería el caso de las leyes aduaneras, las disposiciones protectoras de la fauna y el medio ambiente, la normas de policía, entre otras disposiciones que describen qué tipo de bienes se consideran por naturaleza ilícitos. Se hace relación a aquellos bienes que por sus condiciones o características especiales no requieren esperar a que su intervención o incautación proceda en virtud de una investigación de carácter penal. Ejemplo de ello se puede constatar con el tráfico de fauna silvestre, pues en estos casos, la legislación ambiental suele facultar a autoridades administrativas especializadas para incautar o decomisar administrativamente las especies que lleguen a ser traficadas, para disponer, en lo posible, su protección o reintegro a su ambiente natural; razón por la cual, sólo basta constatar la condición de la especie traficada, para disponer su afectación por vía administrativa, a pesar que dicha especie también pueda ubicarse teóricamente en una circunstancia de comiso penal, por constituir el objeto material de un delito contra la fauna o medio ambiente.

B. Afectación personal

A diferencia del anterior sistema, aquí los factores o circunstancias que legitiman la limitación del derecho a la propiedad se van a predicar del titular del bien y no del bien mismo. En otras palabras, son circunstancias, condiciones o características que recaen sobre el propietario o titular de derechos, las que van a justificar que el Estado disponga la afectación de sus bienes.

Pertencen a este sistema las medidas cautelares de carácter civil, pues atendiendo a que a la mayoría de bienes se le reconocen una vocación de garantía para el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, se puede pretender la limitación del derecho de propiedad sobre los bienes de un ciudadano, cuando este se encuentra obligado en virtud de un derecho de crédito. Es el caso, por ejemplo, de los bienes lícitos del delincuente que son afectados dentro del proceso penal para cumplir con las expectativas económicas de reparación del daño o la indemnización de los perjuicios padecidos por la víctima de un delito; o la afectación de bienes que se requieren para garantizar el pago de la pena de multa. Aquí su afectación no surge por la relación de los bienes con el delito, pues lo que realmente es determinante, es que dichos bienes pertenezcan a quien resulte civilmente responsable por el hecho delictivo que generó el daño que debe ser objeto de reparación o indemnización, o que fue condenado a una pena de multa.

También responden al sistema de afectación personal, aquella privación del dominio sobre los bienes de una persona por vía de la confiscación, figura que se encuentra expresamente proscrita en la mayoría de constituciones modernas¹⁵, entendida esta como aquella privación de carácter definitivo de la totalidad de los bienes de una persona o una parte significativa de los mismos, sin título o compensación alguna, debido a una condición o circunstancia predicable del titular de dichos bienes, históricamente asociado a la calidad de delincuente, rebelde, enemigo, traidor, hereje, entre otros. En términos más sencillos, aquí la pretensión patrimonial no se va a sustentar en la licitud o ilicitud del bien, sino en las condiciones o calidades de su titular.

¹⁵ A pesar que el concepto de "confiscación" ha sido objeto de rechazo en la mayoría de constituciones latinoamericanas, dicho vocablo sigue siendo empleado como sinónimo de comiso o decomiso penal en distintas partes del mundo, como es el caso de Uruguay, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Puerto Rico, entre muchos otros.

Existen también institutos que pueden ser considerados mixtos que tienen prevalencia del sistema personal. Sería el caso de algunas formas de comiso sin condena, y los eventos donde se deba dar aplicación al denominando comiso indirecto, también conocido como comiso de bienes por valor sustitutivo, equivalente o correspondiente. Frente al primer evento, el bien no solo debe ser de origen o destinación ilícita, sino que además debe concurrir alguna circunstancia que imposibilite la comparecencia de su titular al proceso, ya sea por muerte del investigado, su contumacia o rebeldía. Ejemplos de este esquema, lo constituyen el comiso de pleno derecho de la legislación uruguaya¹⁶, y la primera forma de extinción de dominio que existió en Colombia¹⁷, donde la consecuencia jurídica se imponía por un acto omisivo o de abandono del titular, al no reclamar oportunamente sus bienes, independiente de una declaratoria previa de la licitud o no de su origen o destinación.

También se puede ubicar dentro de este sistema el comiso sobre bienes por valor equivalente, el cual recae sobre aquellos que son lícitamente adquiridos por una persona, quien a su vez es titular de bienes que estarían comprendidos dentro de una circunstancia de comiso o enmarcados dentro de una causal de extinción de dominio, los cuales no pueden ser identificados, localizados o afectados materialmente. En esta figura, si bien se deben verificar algunas condiciones de carácter real, como la licitud del bien y su valor correspondiente al valor de algún bien ilícito, lo que realmente resulta prevalente, es que la no protección al derecho de propiedad de bienes adquiridos lícitamente solo proceden porque pertenecen al mismo titular de los bienes ilícitos cuyo comiso o extinción de dominio no se pueden pretender por otra vía.

C. Afectación mixta basada en la imputación penal

Este sistema presenta una doble condición, pues requiere de circunstancias de los dos sistemas anteriores. Aquí se van a valorar fundamentos de legitimación, tanto de carácter real (origen o destinación ilícita de los bienes), como personal (responsabilidad o compromiso penal). Este es el sistema que predomina en las codificaciones penales de Latinoamérica, pues es común a la mayoría de formas de comiso existentes en la actualidad, presentando interesantes variaciones según el nivel del compromiso penal del titular del derecho, pues si bien muchos países adoptan un comiso de naturaleza punitiva, como Chile, Honduras, Colombia, entre otros, pues el comiso se impone a título de pena; en otras legislaciones, dicho compromiso es menor, y solo basta que el titular del bien presente un compromiso con el proceso penal, ya sea como imputado o acusado.

Responden a este sistema el comiso tradicional, el comiso ampliado y el comiso sin necesidad de condena de la legislación española, el comiso extensivo, el comiso autónomo del Paraguay, entre otros.

III. Comiso penal

El denominado “comiso penal”, concebido en algunas legislaciones bajo el nombre de “decomiso” o “confiscación”, es un instituto de derecho penal sustancial¹⁸ mediante el cual, los bienes vinculados con un delito, ya sea por razón de su origen o destinación delictiva, pasan a poder del Estado a

16 Ley 18.484 de 2009. Artículo 63.4. “Decomiso de pleno derecho. Sin perjuicio de lo expresado, el tribunal penal competente, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o imputado no fuera habido, librará la orden de prisión respectiva y transcurridos seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubiesen cautelarmente incautado, operando el decomiso de pleno derecho.”

17 La primera forma de extinción de dominio que existió en Colombia era de carácter procesal penal, introducida a través del Decreto Ley 2790 de 1990, que en su artículo 55 establecía que: “Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9o. de este Decreto como de competencia de la jurisdicción de Orden Público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, éstos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución.”

18 Aunque existen en los distintos países normas que pretenden desarrollar formas de comiso a través de disposiciones de carácter adjetivo, no se puede pasar por alto que la pretensión de comiso conlleva una afectación de derechos de orden sustancial; razón por la cual, su estudio no puede prescindir del reconocimiento de su naturaleza jurídica y sus fundamentos de legitimación, aspectos que serán analizados más adelante.

título de pena o consecuencia jurídica, mediante una decisión definitiva de carácter jurisdiccional¹⁹.

Esta aproximación conceptual responde a una tendencia generalizada, pues sus principales características se reconocen en los distintos instrumentos internacionales que tratan la materia.

Existe ya un consenso generalizado sobre qué se debe entender como comiso, pues este concepto fue acuñado en el literal “f” del artículo primero de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, conocida como Convención de Viena, el cual se reitera en las Convenciones de Palermo y Mérida, contra la criminalidad organizada transnacional y la corrupción, respectivamente, donde se define el comiso o decomiso como “... *la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente*”. En similares términos se concibe dentro del sistema normativo de Europa, donde este concepto está contenido en distintos instrumentos, como el Convenio de Varsovia del 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, en el cual se describe al comiso como “...*una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien*”.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que estos instrumentos internacionales presentan una tendencia que busca generar un estándar normativo uniforme en los distintos Estados sobre ciertos conceptos básicos: bienes, producto, instrumento, decomiso, embargo, incautación etc.; la adopción de medidas para detectar e identificar bienes ilícitos, levantando las reservas legales de la información útil para tal efecto (reserva bancaria); la estandarización de un mínimo de formas o circunstancias de comiso (producto, objeto, ganancias, instrumentos, mezcla, equivalentes, etc.); la consagración de medidas cautelares de carácter patrimonial (materiales y jurídicas); el impulso de nuevos acuerdos, tratados o convenios bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional; y, la definición de fines específicos a la destinación final de los bienes decomisados en función del mismo sistema.

A. Distinción frente a otros institutos

Dentro del contexto internacional los términos de “comiso”, “decomiso” y “confiscación” se reconocen como sinónimos, siendo los dos primeros, los de mayor aceptación en el ámbito latinoamericano. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos se suele confundir el comiso o decomiso con las medidas cautelares que permiten garantizar su efectivo cumplimiento²⁰, o con otros institutos que también tienen por objeto la afectación de bienes, pues se utiliza también como sinónimo de incautación, aseguramiento, embargo, confiscación o recuperación de activos. De la misma forma, el comiso se suele confundir con otras figuras que tienen una finalidad similar pero con distinto fundamento de legitimación, como sería el caso de la recuperación de activos y la extinción de dominio.

19 Si bien no existe consenso en los instrumentos internacionales sobre la autoridad que debe emitir la decisión de comiso, pues mientras los instrumentos de Naciones Unidas manejan la alternatividad entre un “tribunal” u otra “autoridad competente”, los instrumentos europeos como los Convenios del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de Estrasburgo, del 8 de noviembre de 1990 o de Varsovia del 16 de Mayo de 2005, restringe la competencia de su reconocimiento a las autoridades de orden jurisdiccional, lo cual es coherente con la reserva jurisdiccional que debe existir en un sistema garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, para dejar en manos de un juez cualquier limitación intensa a dichos derechos.

20 Este hecho es reconocido expresamente por las Naciones Unidas que consideró el capítulo de comiso como uno de los de mayor dificultad para obtener un consenso al momento de redactar la Convención de Viena, debido a la diversidad de conceptos que sobre el mismo tema existe en los distintos países, donde, en unos, es considerado como una medida cautelar; y, en otros, como una sanción (Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Naciones Unidas; New York, 1999. Pg. 98)

No se puede pasar por alto reconocer que la falta de una precisión conceptual sobre estos institutos se traduce en la generación de serios problemas de orden administrativo; especialmente, con relación a la custodia, administración o destinación final de los bienes, lo que a su vez se convierte en un problema de seguridad jurídica que impide que estos institutos sean tratados por los operadores de justicia de manera coherente y técnica, lo cual deslegitima la figura y reduce su eficacia.

Como ejemplo de esta problemática, se puede citar el tratamiento que tiene el comiso en algunas legislaciones, el cual se suele definir a través de otros institutos jurídicos distintos; generalmente es confundido con las medidas cautelares de carácter patrimonial instituidas para hacerlo efectivo. En algunas codificaciones de Centroamérica, por ejemplo, también se suelen denominar “decomiso” a las acciones dirigidas a la recolección de evidencias²¹, asociando esta figura a la afectación de bienes para cumplir fines probatorios y no propiamente los fines propios del comiso penal.

Estas erradas prácticas obligan a buscar un consenso frente a las principales características y precisiones técnicas de cada figura relacionada con la afectación de bienes dentro de un proceso penal; para ello, resulta de suma utilidad hacer una breve distinción del comiso penal con aquellos institutos similares con los que habitualmente se le suele confundir: la incautación, el embargo, el decomiso administrativo, la confiscación, la recuperación de activos y la extinción de dominio.

1. Confiscación

Previo a realizar la aproximación conceptual frente a esta figura, se hace necesario precisar que no siempre que se hable de confiscación, se hace relación a una pena proscrita por las constituciones modernas, pues en algunos países como Uruguay, República Dominicana, Alemania, el Reino Unido, Dinamarca, Puerto Rico, entre muchos otros, el comiso penal, o algunas formas del mismo, son conocidas con dicho nombre. De la misma forma, parte de la doctrina, siguiendo las precisiones de la normatividad alemana, distingue la confiscación del comiso, precisando que la confiscación recae sobre las ganancias ilícitas, las cuales se encuentran en una circunstancia muy distinta a la de los demás bienes pasibles de comiso, pues como bien destaca José Antonio Choclán Montalvo, a través de ella no se pretende privar o limitar un derecho existente, sino corregir una situación patrimonial ilícita²².

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, se suele proscribir aquella confiscación que en el pasado constituía una pena arbitraria, mediante la cual, una persona era privada de su patrimonio o parte de él, sin ningún tipo de compensación, atendiendo a una circunstancia o condición personal, que como se mencionó anteriormente, se asociaba históricamente al traidor, delincuente, rebelde, enemigo, hereje, entre otros.

21 En distintas normas y en la jurisprudencia de Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador, entre otros países, es frecuente encontrar que el término decomiso se utiliza también para la acción de recolección de evidencias. Sin embargo, la doctrina se ha ocupado de hacer las precisiones conceptuales. Es así como, en Costa Rica, por ejemplo, Cárdenas Chinchilla distingue el decomiso del comiso penal de la siguiente manera: “Algo muy importante por destacar es que la figura del comiso no es sinónimo de decomiso, pues este último se puede considerar como conservar y recoger todo aquello que tenga relación con un hecho delictivo. En cambio, el comiso se debe acercar más al concepto de instituto jurídico por medio del cual se llega a definir la pérdida de un bien que tenga relación con un hecho punible, por tanto, queda claro que puede no juzgarse el delito, pero los bienes sí pueden ser comisados. Es relevante destacar que el comiso para poderse decretar debe tener relación con el delito investigado.” (Carlos Eduardo Cárdenas Chinchilla. Persecución Penal del Patrimonio Ilícito Criminal. Editorial Investigaciones jurídicas S.A.; San José, 2013. Pg. 28.)

22 Sobre el particular, el citado autor español señala lo siguiente: “El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente.” (José Antonio Choclán Montalvo (2000). El comiso y la Confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. En ‘Estudios de Derecho Judicial’ número 28. Pg. 345-346)

Es por ello que su principal diferencia radica en sus fundamentos de legitimación, pues mientras que en la confiscación, el origen o destinación ilícita del bien, o su vinculación con el delito, resulta irrelevante, pues lo que determina la imposición de esta pena son los criterios de autoridad del Estado ante una calidad o circunstancia predicable del titular (condición *in personam*), en el comiso, dichos factores constituyen la base de la estructuración de la pretensión, como quiera que esta figura responde al sistema mixto de imputación penal, donde el origen y la destinación ilícita del bien sí resultan determinantes, al igual que el compromiso penal de su titular²³.

2. Decomiso administrativo

No siempre los bienes de origen o destinación delictiva, o aquellos que constituyen el objeto material de una conducta punible, deben ser pretendidos exclusivamente por vía penal, pues en muchas ocasiones, su sola existencia representa un peligro a la seguridad pública; es decir, un riesgo de tal magnitud, que debe ser neutralizado o mitigado a través de medidas de intervención anteriores al derecho penal. Es por esta razón que el ordenamiento jurídico anticipa la contención de dichos riesgos a través de medidas de carácter administrativo, otorgando facultades especiales a organismos no jurisdiccionales para intervenir en aquellos eventos en los cuales se identifican bienes que pueden atentar contra la seguridad en sus dimensiones más sensibles: pública, económica o ciudadana.

Existen riesgos en algunos delitos donde las medidas administrativas de decomiso constituyen el mecanismo más expedito e idóneo para contener anticipadamente aquellas amenazas que representan algunos bienes que se asocian a conductas delictivas de potencial peligro, como sucede con las armas de fuego, los explosivos, o con los elementos incautados por delitos contra la propiedad intelectual o industrial, el lavado de activos, la falsificación de moneda, el contrabando, las conductas contra el medio ambiente, la salubridad pública, entre muchos otros.

Para contrarrestar este tipo de delitos, es común encontrar que la ley otorgue facultades de intervención preventiva a autoridades de carácter administrativo, las que por especialidad, capacidad técnica, recursos e infraestructura profesional y logística, resultan más idóneas para decomisar este tipo de bienes. Estos fines y competencias constituyen su principal diferencia con el comiso penal; por lo general, varios bienes de origen o destinación delictiva que pueden ser afectados a través de medidas de comiso penal, también están vinculados a conductas que se encuentran previstas también en disposiciones especiales de carácter administrativo que generan un ámbito de protección anticipado a través de infracciones o faltas de tal naturaleza²⁴.

Lo anterior no quiere decir que el decomiso administrativo pueda desplazar siempre al comiso penal, pues como bien lo sostiene Tomás Aladino Gálvez, tratándose de ciertas conductas delictivas²⁵, la decisión judicial prevalece en relación con la actuación de la autoridad administrativa, eventos en los cuales la intervención por vía del decomiso administrativo tendrá los efectos de la incautación

23 Se debe precisar que hoy en día existen formas de comiso que para solucionar las dificultades probatorias o extender sus alcances más allá de los límites de sus fundamentos de legitimación, han mutado su naturaleza jurídica a una consecuencia jurídica accesoria (ya sea del delito o de la pena), con el fin de privar el dominio de bienes que no tienen ninguna vinculación con el delito, o que se encuentran en cabeza de terceros que no tienen ningún tipo de responsabilidad penal, como sucede con el comiso ampliado y el denominado comiso sobre bienes de terceros de la legislación penal Española.

24 Ejemplo recurrente de este tipo de bienes lo representan las divisas de origen ilícito que son incautadas por las autoridades administrativas de fronteras por ser el objeto de una infracción cambiaria, que a su vez, suelen ser de interés del derecho penal por constituir, en algunos casos, el objeto material de un probable delito de lavado de activos; así mismo, las especies de fauna silvestre que son objeto de tráfico ilícito y que suelen ser decomisadas por autoridades administrativas y que también son el objeto de un delito ambiental; los licores, alimentos, o medicamentos adulterados o falsificados que constituyen un riesgo potencial a la salud de los ciudadanos y que a su vez son el producto u objeto material de delitos contra la salud, etc..

25 Al respecto, el citado autor peruano destaca, con relación a ciertas infracciones a los derechos de autor, que "...cuando se trate de delitos, en cuyo caso, será el Juez, con intervención del Fiscal, el que disponga el decomiso; lo cual no impide que la autoridad del INDECOPI intervenga previamente disponiendo la incautación en caso de urgencia. Todo ello, debido a que la jurisdicción penal es preeminente en relación con la actuación de la autoridad administrativa." (Tomás Aladino Gálvez Villegas (2015). Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de lege lata y lege ferenda. Buenos Aires; Valleta Ediciones. Pg. 108)

provisional, a menos que la ley especial disponga un procedimiento o destinación diferente, como generalmente suele registrarse con las normas aduaneras, de protección de la fauna y medio ambiente²⁶, de la salubridad pública, entre otras.

3. Embargo o aseguramiento de bienes

La diferencia entre el embargo y el comiso es su naturaleza jurídica, pues tanto la pretensión de comiso, como las pretensiones cautelares, son sustancialmente diferentes, como bien lo ha reconocido Walter Delgado y Tomas Gálvez en la doctrina peruana, al precisar los alcances y límites de cada una de las distintas pretensiones que pueden presentarse dentro del proceso penal²⁷.

Es por ello que los instrumentos internacionales son reiterativos en resaltar la necesidad que tienen los Estados de adoptar dentro de su legislación interna, además del comiso, medidas de embargo o incautación de los bienes ilícitos²⁸, con el fin de garantizar que los bienes afectados con estas medidas lleguen a ser pasibles de una decisión definitiva y efectivamente logren pasar al Estado por vía del comiso penal²⁹. Con ello, se puede concluir que tanto el embargo como la incautación, son dos figuras diferentes al comiso y, a su vez, distintas entre sí. Sin embargo, los dos conceptos comparten una naturaleza cautelar, pues el primero, hace relación a una medida cautelar patrimonial de orden jurídico; el segundo, a una medida cautelar de carácter patrimonial de índole material³⁰.

El embargo también es asociado con los nombres de medida precautar, cautelar, orden de aseguramiento, suspensión del poder dispositivo, entre otros tipos de medidas patrimoniales de orden jurídico que existen en las distintas legislaciones, que tienen como finalidad impedir que el titular del bien pueda neutralizar la efectividad del comiso, realizando cualquier acto jurídico de negociación o disposición sobre los bienes. Al representar esta medida cautelar una limitación intensa del derecho a la propiedad, por lo general goza de reserva jurisdiccional y lo ideal es que solo un juez pueda imponerla.

4. Incautación

Contrario a la medida cautelar de embargo, la incautación no suele ser contemplada como una medida jurídica, sino que hace relación a una medida cautelar, de carácter patrimonial y de índole

26 Quizás uno de los ejemplos más palpables sobre la importancia de las leyes especiales en materia de comiso administrativo se registra con relación a los delitos ambientales, como por ejemplo, las conductas de tráfico de fauna silvestre, donde se pone en evidencia las deficiencias del comiso penal para el manejo de los bienes o especies que constituyen el objeto material de estos delitos, que demandan de medidas urgentes de protección, recuperación y reintegración a su ambiente natural de los animales que lleguen a ser incautados, lo cual exige una logística y preparación profesional que solo suele estar al alcance de las autoridades ambientales, y no de las autoridades judiciales o de policía.

27 Los citados autores parten de la precisión técnica de las distintas pretensiones que se pueden ejercitar dentro del proceso penal, de donde se infiere que las pretensiones de embargo, comiso, incautación, intervención, pueden tener distintos fines y responden a criterios distintos. Al respecto indican: "En estos casos, para que la actuación jurisdiccional del Estado, en el proceso penal, resulte eficaz y eficiente, lo que se debe buscar es concretar la pretensión punitiva, pero considerar no solo la pretensión de pena privativa de libertad, sino buscar la imposición de las penas que tengan incidencia patrimonial como la multa y la inhabilitación; asimismo, imponer en los casos de gravedad una pena privativa de libertad efectiva. Asimismo, concretar todas las demás consecuencias jurídico patrimoniales como la concreción de la pretensión resarcitoria que garantice una adecuada reparación del daño causado; la concreción de la pretensión de decomiso, con la cual se prive a los agentes del delito del producto y de los instrumentos del mismo; igualmente, que se viabilice la pretensión contra las personas jurídicas a través de la cual se imponga las correspondientes medidas contra dichas empresas, cuando estas tengan carácter criminógeno, al facilitar la comisión del delito o propiciar su impunidad." (Walter Javier Delgado Tovar y Tomás Aladino Gálvez Villegas. Las pretensiones que pueden ejercitarse dentro del proceso penal. Jurista Editores; Lima. 2013. Pg. 28).

28 Al respecto, el literal "L" del artículo 1° de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, define estos institutos de la siguiente manera: "Por "embargo preventivo" o "incautación" se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;"

29 Al respecto, se debe aclarar que la medida cautelar de embargo no es exclusiva del derecho penal, siendo reconocida en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, como una típica medida cautelar de carácter civil; razón por la cual, su función dentro del proceso penal, no se limita solo como medida patrimonial que busca garantizar el comiso penal; sino que además, también resulta idónea para que los bienes gravados con esta medida puedan cumplir el fin de garantizar los derechos patrimoniales a favor de las víctimas, como el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios; o garantizar el pago de la eventual pena de multa; e, incluso, algunas obligaciones pecuniarias impuestas en la sentencia, que en algunas legislaciones se extiende hasta el pago de las costas o gastos judiciales.

30 No siempre los contenidos de estas medidas cautelares coinciden con lo aquí expuesto, pues en alguna legislaciones, a pesar de utilizarse términos similares a los que emanan de las recomendaciones internacionales, sus contenidos significados son contrarios, como sucede con la "Ley sobre privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito" de Honduras, donde se hace alusión a las mismas figuras, pero definidas con sentido inverso.

material o físico, la cual puede proceder de distintas maneras: por orden del juez o de una autoridad competente, Fiscalía o Ministerio Público, o ser practicada directamente por acto material de una autoridad judicial, administrativa o de policía investida de funciones o facultades para ello.

Generalmente, la incautación no es una medida exclusiva para garantizar el comiso penal³¹, pues la podemos definir como la facultad que tiene una autoridad de tomar forzosamente un bien que se requiere para cumplir un fin legítimo de interés procesal. Es por ello que también procede la incautación de un bien con el fin de asegurar las evidencias o elementos de prueba que en él pueden ser recolectados³²; o con el fin de ser destruidos para evitar un daño o lesión a un bien jurídico; o con el propósito de garantizar los derechos de la víctima, a través de la restitución del bien con el fin de restablecer su derecho, etc.

En algunas legislaciones, como la colombiana, la incautación es considerada como una medida cautelar de carácter material que recae solo sobre bienes muebles, pues con relación a los bienes inmuebles, proceden medidas jurídicas, como el embargo y la suspensión del poder dispositivo, y la medida material de “ocupación”.

5. Recuperación de activos

La recuperación de activos presenta una naturaleza no punitiva, de notoria orientación civil, al enfocarse sobre aquellos bienes que ilícitamente fueron desplazados de la órbita de dominio de su titular y, que en virtud de los principios de conservación y restablecimiento del derecho, deben volver a su legítimo propietario³³. De esta forma, la recuperación de activos está relacionada con la necesidad de reparación del daño o perjuicio que sobreviene como consecuencia civil que se deriva del delito, procurando devolver las cosas a su estado predelictual.

Con posterioridad a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se generalizó la tendencia de hablar del concepto de “recuperación de activos”, que en dicho instrumento se instituye como un principio orientador en su artículo 51³⁴, y no como un instituto del proceso penal. Sin embargo, algunas posiciones doctrinales y decisiones judiciales lo relaciona con el comiso penal³⁵ o la extinción de dominio (como forma de comiso sin condena)³⁶, aspecto que solo tendría sustento desde la perspectiva del procedimiento, pero no de sus fines, pues algunos fundamentos de estos

31 Si bien la incautación es considerada en las legislaciones peruana, colombiana, entre otras, como la medida cautelar patrimonial exclusiva del comiso penal, la práctica judicial obliga a reconocer que su utilidad es más amplia, pues a través de esta medida se suelen garantizar otros fines o pretensiones dentro del proceso penal, como las probatorias, de destrucción, restablecimiento del derecho, entre otras.

32 Atendiendo a la necesidad de respetar el debido proceso probatorio, el cual hace relación a los distintos actos que se relacionan con la legitimidad, validez y eficacia probatoria, se hace necesario precisar que la evidencia no se “incauta”, sino que se “recolecta técnicamente” o se toma en “custodia”. Excepcionalmente, un bien recolectado con fines probatorios, puede ser objeto de comiso. Sin embargo, de presentarse tal situación, se debe garantizar primero que el mismo cumpla con su finalidad probatoria, antes de disponer de él para otros fines.

33 No es extraño que la afectación de bienes con fines de comiso sea confundida con la pretensión de restablecimiento del derecho, pues las dos medidas forman parte de las tendencias actuales de política criminal con relación al doble enfoque de la investigación patrimonial, como bien resalta Choclán Montalvo, que sobre el particular señala: “Las nuevas tendencias de la política criminal siguen otros derroteros. De un lado, junto a la pena y las medidas de seguridad, la reparación del daño a la víctima se propone como tercera vía de reacción frente al delito, por lo que la reparación del daño civil, aparte de la satisfacción psicológica a la víctima, se erige en uno de los objetivos fundamentales, a costa de la imposición de la pena, sujeta a la reserva de su necesidad social, y que es entendida de forma distinta a la mera retribución de la culpabilidad por el hecho; de otro lado, en lo que ahora nos importa, la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por tanto, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal.” (Choclán Montalvo, José Luis. Op. Cit. Pág. 332)

34 El artículo 51 de la Convención de Mérida dispone: “Disposición general. La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.”

35 Sobre el particular, Isidoro Blanco Cordero destaca el comiso como “una herramienta fundamental para la recuperación” (Cordero Blanco, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. En “El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción”. México D.F.; Ed. Ubijay. Pg. 337). En el mismo sentido Marcelo Castillo. Op cit. Pg. 404; Manuel Bonnelly (Bonnelly Vega Manuel Ulises. Extinción de Dominio o confiscación civil de bienes de origen ilícito: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada. Santo Domingo. 2008), entre otros.

36 Importante apreciación presenta la doctrina Dominicana al destacar que el concepto de recuperación de activos es un concepto amplio que abarca también el de extinción de dominio, como bien lo destaca Manuel Bonnelly que ve en este instituto una modalidad de recuperación de activos, la cual define como “el mecanismo legal que tiene por objeto devolver o ingresar, a sus legítimos propietarios o al patrimonio estatal o de quien la ley determine, aquellos bienes considerados ilícitos” (Manuel Ulises Bonnelly Vega. Op. cit. Pg. 234).

institutos también están contemplados en dicho instrumento internacional, en sus artículos 31 y 54; lo que permite concluir que el comiso penal, la extinción de dominio y la recuperación de activos, son institutos diferentes, pues los dos primeros se encuentran previstos como institutos que buscan privar al delincuente de los bienes de origen o destinación ilícita, mientras que este último, al ser concebido como principio, se instituye como un fin o propósito específico distinto del comiso penal o la extinción de dominio, pues a diferencia de estos, no pretende que los bienes pasen a poder del Estado, pues su pretensión principal, es que las cosas vuelvan al estado previo de la consumación del hecho delictual.

Mientras el comiso y la extinción de dominio se legitiman en distintos factores que buscan privar al delincuente de los bienes de origen o destinación ilícita vinculados con una conducta delictiva, la recuperación de activos se sustenta en la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas a través de medidas que persigan el restablecimiento del derecho, siendo en muchos casos prevalentes sobre el mismo comiso penal³⁷. Como se analizará más adelante, existen múltiples delitos donde la pena o sanción de comiso solo resulta procedente, en aquellos casos donde los bienes vinculados con el delito no deban ser objeto de restablecimiento del derecho³⁸, pues donde existe apropiación o desapoderamiento de bienes, el derecho tiene que procurar regresar las cosas al estado predelictual para evitar cualquier tipo de “revictimización”.

Por ello, la recuperación de activos puede ser apreciada como la expresión procesal del principio de restablecimiento del derecho, el cual se materializa a través de distintas vías, independiente que se utilice las mismas normas jurídicas de las que se vale el comiso penal o la extinción de dominio, para alcanzar sus fines.

6. Extinción de dominio

La extinción de dominio, no es otra cosa distinta que un instituto que acoge las distintas clases o circunstancias de comiso penal para ser reconocidas a través de un procedimiento de carácter *in rem*. Sin embargo, al sacar el comiso de su marco penal, no se puede seguir predicando que su naturaleza jurídica siga siendo la misma, ya que no se puede adscribir al sistema mixto de imputación penal, pues a pesar de que la extinción de dominio conserva elementos y fines comunes con el comiso penal, sus fundamentos de legitimación varían sustancialmente.

Es por ello que la principal diferencia entre la extinción de dominio frente al comiso penal, la constituye sus fundamentos de legitimación, pues como se mencionó anteriormente, el eje principal del comiso recae en el compromiso penal del bien y/o su titular, con una actividad delictiva; mientras que la extinción de dominio, se adscribe a otras fuentes jurídicas de orden constitucional³⁹, que están relacionadas con dos aspectos en particular: la verificación de la validez

37 No se puede perder de vista que una de las razones que justifican el derecho penal, es precisamente la de garantizar los derechos y las expectativas de restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios causados a las víctimas, razón por la cual, las diferencias que suelen existir entre determinar la prevalencia del comiso de los bienes ilícitos a favor del Estado o satisfacer las expectativas de restablecimiento del derecho de las víctimas, se suelen resolver a favor de estas últimas, como por ejemplo lo contempla el artículo 90 del Código Penal del Paraguay que establece la siguiente regla de privación de beneficios o comiso especial: “Cuando el autor o el partícipe de un hecho antijurídico haya obtenido de éste un beneficio, se ordenará la privación del mismo. No se procederá al comiso especial si ello perjudicara la satisfacción del derecho de la víctima al resarcimiento”. En similar sentido se ubica el artículo 78 A de la ley de Privación de Dominio de Honduras, que dispone: ““DE LA RESTITUCION A LAS VÍCTIMAS. Excepcionalmente, previo a la distribución señalada en el Artículo 78 y cuando la sentencia definitiva declare la privación de dominio, el comiso o decomiso de los bienes provenientes de actividades ilícitas tales como secuestro, la extorsión y corrupción; la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI) procederá a restituir los bienes a la víctima debidamente identificada o a la institución pública afectada, en este caso, la autoridad judicial competente indicará en la sentencia el monto o los activos susceptibles de restitución.”

38 Se hace relación a los delitos contra la administración pública que implican el apoderamiento ilícito de recursos o bienes públicos (malversación, peculado, etc.); las conductas que afectan directa o indirectamente el patrimonio individual, como el hurto, la estafa, la extorsión, el secuestro extorsivo, entre otros.

39 La extinción de dominio se vale del reconocimiento de los principios y valores constitucionales relacionados con el derecho a la propiedad privada, que de acuerdo con la constitución colombiana, país donde se originó esta figura, hacen relación al justo título y a la observancia de la obligaciones inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad dentro de un Estado Social de Derecho.

del acto jurídico mediante el cual se adquiere el dominio; y el ejercicio del derecho con observancia plena de las obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social que es inherente al derecho a la propiedad privada.

Las facultades especiales con que fue dotada la extinción de dominio, también constituyen otro factor distintivo, pues se debe tener en cuenta que este instituto fue diseñado a partir de los límites y debilidades del comiso penal; es decir, considerando aquellos casos en que una decisión de privación definitiva del dominio del bien no era posible dentro del proceso penal, como cuando no se logra desvirtuar la presunción de inocencia con un grado de convicción más allá de duda razonable⁴⁰; cuando se extingue la acción penal por muerte del acusado o por prescripción; o por imposibilidad de finiquitar la acción por declaración de ausencia, contumacia o rebeldía del acusado; o, porque la titularidad de los bienes recae en cabeza de terceros, menores, o personas jurídicas que no intervienen en la conducta delictiva; o, porque los bienes son afectados en un proceso donde se profieren decisiones absolutorias⁴¹, preclusivas o de sobreseimiento definitivo, sin que se haya decidido sobre el origen o la destinación ilícita del bien, entre otras múltiples circunstancias donde el comiso penal tradicional resulta inoperante.

Frente a estos aspectos, la extinción de dominio comparte algunas características con las modernas clases de comiso penal desarrolladas en Europa (comiso ampliado, comiso sin condena, comiso de bienes de terceros y comiso por valor equivalente); las cuales, también han sido construidas a partir de las deficiencias del comiso penal tradicional. En otras palabras, tanto la extinción de dominio, como las modernas modalidades de comiso, comparten el fin de superar las dificultades que presentan las clásicas formas de comiso penal, centrandó su principal diferencia, en que estas nuevas formas de comiso se reconocen, de manera independiente a la declaratoria de la responsabilidad penal; mientras que la extinción de dominio resulta ser más ambiciosa, pues no solo pretende trascender el límite de la responsabilidad punitiva, sino que además, se va a desarrollar y declarar de manera autónoma e independiente de un proceso penal.

B. Discusiones sobre la naturaleza jurídica del comiso

Si existe un asunto polémico dentro del estudio del comiso penal, es el relacionado con la identificación de su naturaleza jurídica⁴² para reconocer a cuál categoría jurídica podemos adscribirlo, pues como dice Cortés Becharielli⁴³, desde su aparición está buscando su verdadera identidad, pues no existe un consenso sobre su posición exacta dentro del mundo normativo, ya que son distintas las posturas jurídicas que existen al respecto, que lo ubican como una pena accesoria, una consecuencia civil, una sanción, o una consecuencia accesoria, entre otras.

40 Esta es una de las principales limitantes que debe afrontar el comiso tradicional, como bien lo destaca Manuel Bonelly, al indicar lo siguiente: "Otro gran problema que presenta el decomiso, por la vía penal, deriva del respeto al principio de presunción de inocencia que gravita sobre todo el proceso penal y cuya destrucción se encuentra sometida a los más estrictos estándares probatorios con todas sus consecuencias. Esto implica que, en muchos casos, resulta muy difícil lograr una condena por no existir pruebas que permitan destruir, más allá de duda razonable, la indicada presunción. Lo anterior impediría, por supuesto no solo la condena del perseguido, sino, además la posibilidad de recuperar los bienes vinculados al ilícito, aún cuando sea casi seguro, que en estos casos la prueba sea suficiente para demostrar que tales bienes se encuentran íntimamente relacionados con un hecho prohibido y sancionado penalmente." (Bonnelly Vega, 2012. Op. cit. Pg. 3)

41 Si bien, desde la óptica penal, esta posibilidad de extinguir el dominio de un bien a pesar que su titular sea favorecido con una decisión absolutoria puede parecer arbitrario o absurdo, se debe tener en cuenta que los fundamentos, la causa, los fines o el objeto de la extinción de dominio son muy distintos a los de la investigación penal. Por esta razón, resulta probable que se verifiquen casos en los cuales, a pesar de que se obtenga una absolución por duda razonable; o porque no se logró acreditar un elemento del tipo; o no se pudo probar más allá de toda duda la participación del titular del bien en el delito; o porque se acreditó que no existió una conducta concreta reprochable al titular; si es perfectamente viable que dichas deficiencias probatorias logren ser superadas en el proceso de extinción de dominio, acreditando inequívocamente el origen o la destinación ilícita de los bienes.

42 También la "naturaleza jurídica" del comiso penal carece de un consenso homogéneo dentro de la doctrina, lo que impide definir de manera clara e inequívoca este instituto, a partir de sus rasgos fundamentales o esenciales. Para la comprensión de este problema, nos adscribimos a la noción planteada por el profesor español José Lois Estevez, quien concibe la naturaleza jurídica de la siguiente manera: "Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por «naturaleza jurídica», la réplica fluye de suyo. No la esencia, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el género próximo, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la ratio essendi; por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica." (José Luis Estevez. Sobre el Concepto de "Naturaleza Jurídica". Anuario de Filosofía N° 4. Madrid; 1956)

43 Cortés Becharielli, Emilio. Valoración crítica de la reforma del comiso- LO 15/2003 de 25 de noviembre, en Homenaje a Ruperto Núñez Babero. Ediciones Universidad de Salamanca – 2007. Pg. 109.

Si bien no es objeto del presente análisis revivir las discusiones sobre este asunto, resulta ineludible hacer una breve reseña de las principales tesis al respecto y asumir una postura práctica para comprender de mejor manera el tránsito evolutivo del comiso penal, hacia las nuevas modalidades de comiso extendido o hacia institutos más autónomos e independientes, como la extinción de dominio, pues son precisamente las dificultades y limitaciones que se presentan a partir del reconocimiento de su naturaleza jurídica penal, las que ha impulsado los importantes avances en esta materia.

Si bien resulta imposible adscribir todas las formas de comiso a una naturaleza jurídica en particular⁴⁴, si se considera, para efectos prácticos, tener como referente un punto de partida para esta discusión, que a nuestro juicio, debe ser también el punto de retorno, como sería el reconocimiento de una naturaleza jurídica punitiva del comiso; es decir, su consideración como pena, la cual es común en varios países de Latinoamérica. Sin embargo, la definición de sus alcances y límites ha sido objeto de fuertes críticas, en especial, frente a la carga de garantías penales que traslada al tema patrimonial⁴⁵ y a la problemática que se presenta para que sea efectiva sobre bienes de origen o destinación delictiva que se encuentren en cabeza de personas físicas o jurídicas, distintas al penalmente responsable, pues este tipo de bienes, que son de frecuente afectación en la práctica judicial, suelen quedar por fuera del alcance del comiso penal.

La evolución de la naturaleza jurídica del comiso penal ha estado impulsada por la necesidad de dar respuesta a esta problemática y busca extender los límites del comiso tradicional, para que pueda proceder sobre bienes comprometidos con el delito sin depender de la declaratoria de responsabilidad penal de su titular. Esto ha llevado a la redefinición de su objeto, lo cual se ha dado a través de dos grandes corrientes que buscan solucionar los problemas de efectividad del comiso, más allá de la responsabilidad penal, las cuales responden a posturas filosóficas completamente distintas:

La primera, que podemos llamar la corriente europea, de amplia aceptación dentro de la normativa comunitaria, que se caracteriza por trascender la responsabilidad penal, pero insiste en buscar la solución a los problemas del comiso dentro de la misma acción penal⁴⁶, permitiendo así el desarrollo de nuevas formas de comiso: ampliado o extendido, sin condena, de terceros, etc..

La segunda vertiente, que podemos denominar latinoamericana, asume el problema desde una postura filosófica diferente y buscan solucionar esta problemática a través de institutos de carácter *in rem* que, además de trascender la responsabilidad penal, procura que los aspectos problemáticos del comiso sean debatidos por fuera del proceso penal, siendo la extinción de dominio de Colombia, México, Guatemala y El Salvador; la pedida de dominio de Perú y la privación de dominio de Honduras, sus institutos más representativos.

Debemos reconocer que las dos corrientes son el producto del proceso evolutivo de la naturaleza jurídica del comiso penal, la cual podemos analizar de la siguiente manera:

44 Con relación a este tema, Patricia Vargas, al analizar la legislación española, destaca como, a pesar que gran parte de la doctrina propugna por dar un tratamiento homogéneo a la figura del comiso, concretamente desde la perspectiva de las consecuencias accesorias, la normatividad en la práctica "... contiene diferentes clases de comiso cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diverso", lo que imposibilita enmarcar esta figura bajo una sola naturaleza jurídica en particular. (op. cit. Pg. 92)

45 Con relación a esta problemática, la doctrina especializada en Argentina destaca lo siguiente "En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, sólo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso sólo podría ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría siempre derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios in absentia impediría el decomiso frente a casos de fuga y el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." (Jorge, Guillermo. Recuperación de activos de la corrupción. Editores del Puerto, Buenos Aires; 2008. Pg. 72)

46 El principal referente de esta corriente para el contexto latinoamericano lo constituye sin duda la evolución que, en algo más de veinte años, ha tendido el comiso penal en España, el cual ha presentado cuatro reformas sustanciales, a través de la Ley Orgánica 10 de 1995, la Ley Orgánica 15 de 2013, la Ley Orgánica 5 de 2010 y la Ley Orgánica 1 de 2015, destacándose esta última, por ser la expresión de la tendencia europea, generalizada a través de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea del 24 de febrero de 2005 y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 3 de abril de 2014 .

1. Naturaleza jurídica punitiva: el comiso como pena

La forma más tradicional de comiso ha estado históricamente asociada a una naturaleza punitiva⁴⁷, mediante la cual se valora el comiso como una consecuencia de la conducta punible, en aquellos eventos donde la declaratoria de la responsabilidad penal del titular del bien comprometido en una actividad delictiva, constituye el presupuesto principal de su reconocimiento. Se identifica así, al comiso, como un instituto de derecho penal sustancial que lo declara un juez penal sustentado en la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular; y, de acuerdo con el objeto sobre el cual recae (bienes y derechos), se le reconoce también el cumplimiento de una función disuasiva o preventiva⁴⁸.

El reconocimiento del carácter disuasivo se da en aquellos delitos de motivación económica, donde el delincuente mide el riesgo de la amenaza penal a cambio de un producto o ganancia ilícita, pues como bien resalta Ricardo Pérez, la expectativa de ganancia justifica el riesgo de la pena⁴⁹. Por ello, si el delincuente obtiene una ganancia ilícita y no se le privan de esos bienes espurios, se envía un mensaje equivocado a la sociedad de que “delinquir sí vale la pena”. Por el contrario, con la pena de comiso, no solo se busca que el delincuente asuma el riesgo de perder su libertad, sino que además, considere el riesgo de pérdida de lo que ilícitamente obtenga, con lo cual, si el sistema penal responde integralmente ante un delito de motivación económica, es decir, con pena de prisión y el consecuente comiso del producto o las ganancias ilícitas, se estaría enviando el mensaje correcto, de que “delinquir no vale la pena”.

De otro lado, el carácter preventivo resulta más evidente en los casos de destinación o utilización de bienes en actividades delictivas, pues sin desconocer su capacidad disuasiva, resulta más notoria su funcionalidad preventiva: ya sea para evitar que el bien en sí constituya un peligro para la sociedad en manos del delincuente; o, para impedir que dicho bien esté en función de nuevos delitos, neutralizando así otras infracciones a la ley penal. Ejemplo de esta funcionalidad lo encontramos en la incautación de las aeronaves o embarcaciones destinadas o utilizadas en actividades del narcotráfico, donde el comiso busca que el condenado afronte un serio impacto en su patrimonio, evitando que sus bienes constituyan la infraestructura logística de una actividad delictiva, previniendo así que dichos medios de transporte sigan siendo utilizados en contra de la sociedad o, dicho de otra manera, destinados para atentar contra bienes jurídicos.

En este sentido, la consecuencia jurídica de pérdida del dominio del bien por parte de la persona condenada, también puede ser considerado como un acto de retribución justa⁵⁰ en respuesta a una

47 Destaca Emilio Cortés Bechiarelli que el comiso se ajusta a la definición tradicional de pena, al respecto señala: “De manera que, acogiendo la clásica definición de pena que propusiera Cuello Calón, nos encontramos ante «la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales», por lo que, en definitiva, esta clase de comiso entronca con la tradicional naturaleza que le otorgaba su ubicación sistemática hasta 1995 y merece ser incluida en el artículo 33, esta vez del Código Penal vigente, usando para ello de manera crítica el argumento sistemático: «El comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción íntimamente unida no a la ejecución del delito, sino a la imposición de una pena.»” (Op. cit. Pg. 114).

48 Sobre los fines del comiso, Guillermo Jorge destaca lo siguiente: “En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que “el crimen no debe pagar” (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas es un fenómeno socialmente peligroso.” Op.cit. Pg. 74.

49 Op. cit. Pg. 2.

50 A pesar que la idea del carácter retributivo de la pena de comiso es la que justifica que en varias legislaciones este instituto se limite sólo a los bienes del condenado, se debe reconocer que esta postura tiene una férrea resistencia por parte de la doctrina especializada. Al respecto, Javier Zaragoza expresa que “...Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse “si de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles”). (La nueva regulación del comiso en el código penal y en el derecho comparado, publicado en El combate al lavado de activos desde el sistema judicial. OEA –CICAD. 2014. Pg. 338)

conducta que lesione un bien jurídico; ya sea por pretender detentar un derecho cuya fuente en el delito constituye un acto socialmente intolerable que desconoce las reglas legítimas de acceso al derecho de la propiedad (origen ilícito); o, como consecuencia del mal ejercicio de derecho a la propiedad privada, por utilizar o destinar los bienes para poner en peligro o atentar en contra de bienes jurídicos (destinación ilícita).

Es de precisar que la naturaleza jurídica penal del comiso no se desprende de un reconocimiento nominal como tal; es decir, de su descripción expresa como pena dentro del capítulo correspondiente en el Código Penal, como lo consagran varios países⁵¹; sino que se deduce especialmente de su descripción normativa⁵²; es decir, aquellos casos en donde la descripción del comiso condiciona su reconocimiento a la declaratoria de responsabilidad por una conducta específica de relevancia jurídico penal. Por ello se puede afirmar que las descripciones normativas del comiso constituyen una especie de “tipo genérico” de comiso, que es común y se complementa con los tipos penales de la parte especial, donde se debe acreditar un nexo de relación directo entre el bien y el delito, teniendo como presupuesto de su reconocimiento, la exigencia de un vínculo directo con un titular de derechos sobre el bien que sea declarado penalmente responsable.

Al respecto, se debe destacar que desde hace ya varias décadas, la doctrina viene invocando serios argumentos que niegan al comiso su naturaleza jurídica de pena, argumentando que esta figura no se ajusta a los principios que orientan la punibilidad. Por ejemplo, Manzanares Samaniego, señala que es imposible realizar un juicio entre la gravedad del hecho y la proporcionalidad del comiso, especialmente en los casos cuando se vinculan varios partícipes o autores “...*porque se tropieza con el obstáculo insalvable de la individualización*”⁵³. Sin embargo, se debe aclarar que esta reflexión resulta coherente, si el juicio de proporcionalidad se realiza sobre la acción delictiva que compromete los bienes; es decir, sobre la conducta del tipo penal específico que se investiga y no sobre la conducta propia que subyace en las reglas de comiso.

Situación distinta se presenta, si en la valoración del comiso penal se realiza un ejercicio de adecuación de una acción a un “tipo penal genérico”⁵⁴, que se vale de sus propias conductas y que prevé como consecuencia jurídica la pérdida del bien, pues es indiscutible que tras las descripciones normativas del comiso subyacen inequívocas conductas de relevancia jurídico penal; como, por ejemplo, producir, adquirir, instrumentalizar, transformar, destinar, beneficiarse, mezclar, etc., que al ser valoradas de manera independiente a las conductas típicas específicas, resultan coherentes y proporcionales a la consecuencia jurídica de pérdida del bien o derecho, y, por tanto, se ajusta a los principios y garantías de cualquier tipo penal, en especial, el principio de proporcionalidad.

Y es que una lectura detallada de las normas de comiso penal, desde la perspectiva de la teoría del delito, permite determinar que, si bien no guarda la misma técnica de descripción de los tipos de la parte especial del Código Penal, si resultan implícitos varios elementos descriptivos u

51 Esta naturaleza jurídica punitiva la encontramos de manera expresa, por ejemplo, en los artículos 38 y 55 del Código Penal de Honduras; en el artículo 70 del Código Penal de Ecuador, en el artículo 21 del Código Penal de Chile; en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal de Colombia; entre otros.

52 Ejemplo de este tipo de descripción se encuentra en la descripción del comiso en el Código Penal colombiano, donde a pesar de no estar contemplado como pena, ni principal ni accesoria, pues está consagrado en el capítulo de la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, su tenor literal no deja dudas de que se trata de una pena, al condicionar su reconocimiento a la demostración de que el bien pertenezca al penalmente responsable, lo cual se obtiene a través de la correspondiente sentencia penal. Dicha norma reza así: “... Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.” (Código Penal, artículo 100).

53 (Manzanares Zamaniego, José Luis. La Pena de comiso en el Código Penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid. 1981. Pg. 614)

54 Esta reflexión no es extraña a la técnica legislativa utilizada en la mayoría de códigos penales y leyes especiales, donde son múltiples los ejemplos en los cuales se describen como tipos penales conductas que se ajustan a las descripciones normativas del comiso y, a su vez, prevén este instituto como pena o consecuencia jurídica directa de la acción allí descrita. Ejemplo se encuentra en los tipos penales de narcotráfico, lavado de activos, falsificación de moneda, corrupción de alimentos o medicamentos, violaciones de derechos de autor, falsificación de marcas, cohecho entre muchos otros delitos, donde la producción, utilización, destinación, transformación de bienes se prevé como conductas típicas que conllevan el comiso del bien vinculado con el delito.

objetivos que le son comunes, como la exigencia de un sujeto activo (el que adquiere, el que utiliza o el que destina, el que mezcla, etc.); la descripción de un objeto material (bienes, elementos, cosas, patrimonios, etc.); la definición de una conducta de comiso (adquiera, utilice, transforme, mezcle, destine, derive, etc.); la consideración de ingredientes o elementos de orden normativo que recaen sobre el objeto (no justificado, producto del delito, instrumento del delito, etc.); entre otros elementos que son comunes al cualquier tipo penal. Se debe precisar aquí que en este tipo genérico, la acreditación de una conducta descrita en la parte especial del Código, se va a tratar como un ingrediente o elemento normativo del comiso que va a recaer sobre el objeto o la conducta; aspecto que, de acuerdo con la posición que ocupe en la descripción normativa, va a incidir en la determinación de su naturaleza jurídica.

La tendencia en varios países de América Latina es la de reconocer el comiso como pena accesoria, al consagrar la privación de un derecho distinto a la libertad. Sin embargo, esta posición ha ofrecido una fuerte resistencia por parte de un gran sector de la doctrina⁵⁵, que advierte que esta naturaleza punitiva no permite atender los problemas prácticos que se presentan en los casos donde el titular del bien obra sin culpabilidad o los bienes se encuentran en cabeza de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas, como bien lo destaca Luis Gracia Martín al justificar la transformación de la naturaleza jurídica del comiso que pasó de pena a consecuencia accesoria del delito. Sobre el particular indicó lo siguiente:

Los problemas que planteaba esta regulación del comiso se derivaban precisamente de su configuración formal como una auténtica pena. La pena tiene su fundamento en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad. De ahí se derivaban las siguientes consecuencias en relación con la aplicación del comiso: Por una parte sólo podría ser aplicado al sujeto que hubiera obrado culpablemente, pero no a quien, habiendo realizado una acción típica y antijurídica, fuera no obstante declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, por ejemplo por tratarse de un inimputable. Pero, por otro lado y además, como del principio de culpabilidad se deriva necesariamente el carácter personalísimo de la pena, únicamente cabía aplicar la pena de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a instrumentos y efectos del delito pertenecientes a él, pero no respecto a los instrumentos que, habiendo sido utilizados por el culpable para la comisión del delito, fueran sin embargo propiedad de un tercero no responsable del delito⁵⁶.

Así mismo, atendiendo a la experiencia con relación a uno de los mecanismos más frecuentes de evasión que utilizan los delincuentes para evitar el comiso de sus bienes, el mismo autor destaca como una enorme debilidad de la tesis sobre la naturaleza punitiva del instituto, la imposibilidad de su reconocimiento en los casos en que el bien se encuentre en cabeza de personas jurídicas. Su argumento es el siguiente:

De acuerdo con esto, y como ya advertí hace años en otro lugar, en nuestro Código anterior se producía de *lege lata* una laguna ante la imposibilidad de aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecieran exclusivamente a ésta o que produjera efectos para ella, pues

55 En este sentido Vizueta Fernández señala que: "En el Código Penal de 1973, como se sabe, el comiso era una pena accesoria. La doctrina puso de manifiesto los graves inconvenientes que se derivaban de una tal concepción. Al tener la consideración formal de pena, el comiso de los efectos e instrumentos del delito no podían imponerse en los casos en que el sujeto realizaba una conducta típica y antijurídica pero actuaba sin culpabilidad (2). Además, el carácter personalísimo de la pena constreñía la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal.

De este modo, los efectos e instrumentos del delito pertenecientes a un tercero quedaban extramuros del comiso, tal y como expresaba la dicción legal «los unos y los otros (efectos e instrumentos) serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito»". (Jorge Vizueta Fernández. Comiso: ¿Consecuencia accesoria de una pena?. Diario La Ley N° 6643. 2007)

56 Luis Gracia Martín (2004). Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito. Valencia; Tirant Lo Blanch. Pg.495.

la persona jurídica es, por un lado, un tercero con respecto al responsable del delito, y por otro lado, aquélla no puede ser nunca responsable del delito, dado que en nuestro Derecho rige sin excepciones el principio *societas delinquere non potest*, es decir: el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁷.

En los últimos años, estos cuestionamientos vienen siendo objeto de una contra argumentación bastante fuerte en América Latina. A diferencia del desarrollo del comiso en Europa, donde se pretende ampliar su ámbito de reconocimiento, en Latinoamérica la tendencia en algunos países es la de ir restringiendo el ámbito del comiso a las necesidades propias del proceso penal, viendo el comiso desde la perspectiva de un sistema penal adversarial, donde lo relevante es resolver un conflicto entre el Estado y el infractor de la ley penal, sin necesidad de involucrar en la discusión penal a terceros ajenos a la conducta punible.

Desde esta perspectiva, no resulta claro el fundamento de legitimación del comiso cuando se ha excluido el reproche subjetivo de la conducta jurídica; ni tampoco se justifica la necesidad de insistir en forzar a los terceros a someterse a un proceso penal ajeno, es decir, a una actuación cuyos resultados van a depender de la situación jurídica del acusado, que para efectos de la pretensión patrimonial, sería él el tercero, pues dicho conflicto entre el Estado y el tercero penal, bien puede resolverse de manera más dinámica y eficiente a través de un proceso autónomo e independiente de la responsabilidad penal.

Sin duda, en esta discusión se encuentra uno de los principales argumentos que motivaron la creación de nuevos institutos jurídicos, como la extinción, privación o pérdida de dominio, sobre los cuales ahondaremos más adelante.

2. El comiso como medida de seguridad

La discusión sobre la naturaleza jurídica del comiso y su ubicación sistemática dentro del Código Penal, ha sido objeto de distintas reflexiones, que incluso han llevado a que durante su tránsito evolutivo se haya considerado la posibilidad de contemplarlo como una especie de medida de seguridad, como sucedió en el Código Penal Español de 1928, que como bien destaca Patricia Vargas en su tesis⁵⁸, respondió más a una necesidad de ubicación sistemática concreta por la supresión de las penas accesorias, que a la identificación del comiso como un instituto de tal entidad.

No se puede desconocer que algunas características del comiso de bienes que son utilizados o destinados a ser medio o instrumento del delito mantienen aún la idea de encontrar cierta identidad entre el comiso penal con las medidas de seguridad⁵⁹, atendiendo al hecho de que sobre algunos bienes se puede predicar cierta peligrosidad objetiva⁶⁰; es decir, una potencialidad práctica para atentar o lesionar bienes jurídicos. Sin embargo, no se puede perder de vista que las medidas de seguridad son medidas personales que responden a la responsabilidad criminal, y por tanto, no

57 Luis Gracia Martín; ob. cit. Pg. 495.

58 Op. cit. Pg. 26

59 José Antonio Choclán destaca esta semejanza de la siguiente manera: "Son consecuencias accesorias aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil. Son consecuencias que presentan una función autónoma, aunque su contenido se aproxima notablemente en algunos casos al propio de las medidas de seguridad –así, el comiso de los instrumentos del delito, por ejemplo–, destinándose, en otros –como en la pérdida de la ganancia– a corregir situaciones patrimoniales ilícitas." (Choclán Montalvo op. cit. Pg. 338-339).

60 Sobre la peligrosidad objetiva que apoyaría esta naturaleza jurídica, Ricardo Pérez señala que: "El decomiso también ha sido calificado como una medida de seguridad especial basada en la peligrosidad objetiva, instrumental.

Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos – eso se puede apreciar claramente en el caso de los instrumentos–, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias". Op. cit. Pg. 5.

basta con que un bien sea potencialmente peligroso, pues siempre requerirá que alguien disponga de él para atentar o lesionar un bien jurídico.

Sin embargo, se debe precisar que no es la peligrosidad objetiva del bien la que sustenta el comiso en estos casos, pues es claro que un bien potencialmente peligroso, por su naturaleza, en las manos expertas, constituye un riesgo aceptable y tolerable, como por ejemplo los explosivos en manos de mineros expertos. De otro lado, cualquier bien, sea por naturaleza peligroso o no, representará un serio riesgo, dependiendo de los actos ilícitos de disposición que ejerza un titular o poseedor.

Sobre este aspecto, resultan bastante ilustrativas las precisiones realizadas por Javier Zaragoza, quien destaca el carácter personal de las medidas de seguridad, aspecto que impide que los fines del comiso coincidan con los fines de las medidas de seguridad, al indicar que:

Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán), ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido Ferreiro consideraba aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta⁶¹.

De otro lado, no se puede desconocer que la concepción del comiso penal a partir de la idea de una peligrosidad objetiva del bien comprometido dentro de una acción típica y antijurídica, solo sería predicable en las formas de comiso de peligro, es decir, aquellas que legitiman la afectación del bien en su peligrosidad, como sucede en el denominado comiso indiferenciado, que a juicio de Choclán Montalvo *“presenta los perfiles propios de una medida de seguridad”*⁶². Sin embargo, esta perspectiva no es clara en otras formas de comiso, como las del producto indirecto o de ganancias, pues incluso estas, suelen ser destinados a fines distintos de cualquier compromiso criminal; por lo tanto, mantener la idea de que el comiso tiene la misma naturaleza de una medida de seguridad, no es coherente con las generalidades del instituto.

3. El comiso como consecuencia civil de la conducta punible

Una de las primeras posturas que históricamente se le ha dado al comiso penal, es la de reconocer en esta figura una connotación civil en materia resarcitoria de los perjuicios, pues dicha finalidad se reconoce en las redacciones de comiso en España, cuyos postulados irradiaron gran parte del continente americano, a partir del Código Penal de 1822⁶³ y posteriormente fue retomada en el contexto regional a través del Código Penal Tipo para Latinoamérica que asumía el comiso dentro del Título IV, *“Sobre la responsabilidad civil derivada del delito”*⁶⁴, donde prevé las modalidades básicas de comiso: instrumentos, producto, objeto y ganancias del delito.

61 Op. cit. Pg. 339.

62 Op. cit. Pg. 347.

63 Código Penal español de 1822. “Artículo 90. Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya cometido el delito y los efectos en que este consista, o que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubiere robado o sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirá íntegramente.” (negrita fuera del texto)

64 El Código Penal Tipo para Latinoamérica contempló el comiso en el título correspondiente a la responsabilidad civil derivada del delito, en su artículo 97 de la parte general, con el siguiente tenor normativo: “El delito determina la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas y valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tenga el ofendido o terceros”.

Existen múltiples disposiciones que aún reconocen en parte tal naturaleza del comiso penal, como el código penal de Costa Rica, que prevé dicha consecuencia en sus artículos 103⁶⁵ y 110 que están bajo el título VII del libro primero ‘Consecuencias civiles del hecho punible’. De la misma forma, la legislación Colombiana la prevé como una consecuencia civil del delito, en el artículo 100 del estatuto penal, norma que en la práctica prevé tres formas de comiso, las dos primeras de naturaleza punitiva, las cuales recogen las formas tradicionales de comiso (producto, efectos, instrumentos, etc.); y, una tercera forma de comiso, reservada para los delitos culposos, denominada doctrinalmente como comiso provisional⁶⁶, cuya naturaleza es eminentemente civil, pero cuya descripción coincide con una forma de restablecimiento del derecho y no de comiso penal.

Sin embargo, se debe precisar que técnicamente es inapropiado atribuir una naturaleza civil al comiso tradicional, pues en aquellos eventos donde la afectación del bien busca satisfacer alguna expectativa de carácter civil, como por ejemplo la restitución o restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, se suele acudir a otro tipo de figuras, pues como se mencionó anteriormente, tales fines se pueden cumplir a través de las medidas de incautación (generalmente en delitos culposos) o el embargo de bienes, pues se debe recordar que cuando procede la pretensión civil dentro del proceso penal, el bien no pasa a poder del Estado, pues se destina a satisfacer las expectativas de reparación de la víctima, pues de lo contrario, se incurriría en un proceder injusto de revictimización del ofendido.

Situación distinta se presenta con relación al denominado comiso civil o *in rem*, de amplia tradición en las jurisdicciones angloamericanas⁶⁷, y en algunas de América Latina donde se adopta una forma de comiso *in rem* a través de las figuras de extinción, pérdida o privación de dominio. Sin embargo, se debe precisar que el carácter real de la acción no es suficiente para considerar que el comiso adopta una naturaleza civil, pues en estas formas de comiso su objeto y fines siguen siendo similares a los del comiso tradicional, y solo presentan diferencias con relación al tipo de acción mediante el cual se hace efectivo, y a los fundamentos de legitimación que sustentan la respectiva pretensión de comiso, los cuales se adscriben al sistema de afectación real y no se sujetan a la responsabilidad penal del titular del bien perseguido.

De otra parte, se pueden reconocer algunos matices de naturaleza civil a ciertas formas de comiso indirecto, como el denominado comiso por valores equivalentes, el cual recae sobre bienes lícitos, que se equiparan con los bienes ilícitos que son de imposible afectación a través de las formas tradicionales de comiso, por lo cual, se equipara esta dificultad a la generación de una obligación por valor del bien que sería pasible de comiso, la cual se satisface a través de bienes lícitos, atendiendo a la vocación de garantía que tiene todos los bienes del patrimonio de una persona para honrar con ellos sus obligaciones.

65 ARTÍCULO 103. Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso.

66 Artículo 100 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). “... En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender el pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.”

67 Sobre esta forma de comiso *in rem*, Ricardo Pérez destaca lo siguiente: “La legislación de los Estados Unidos de América por su parte, establece el decomiso civil “*in rem*”, basado sustancialmente en la ficción de que ‘la cosa es la que delinque’, como resultado de la teoría de la personificación – que ubica sus orígenes en el derecho marítimo – según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable de sus acciones. La acción persigue al objeto, independiente de su propietario” Op. cit. Pg. 2.

4. El comiso como consecuencia accesoria

La subordinación del comiso a la declaratoria de responsabilidad penal del titular del bien comprometido en el delito, llevó a una revisión sustancial de su naturaleza punitiva y, por tanto, del cuestionamiento del sistema de afectación mixto basado en la imputación penal, pues eran múltiples los eventos en los cuales se podía demostrar el compromiso de un bien con una conducta típica y antijurídica, ya sea por su origen o por su destinación ilícita, pero al no contar con la culpabilidad penal de su titular, el comiso resultaba improcedente. Gracia Martín explica muy bien los factores que llevaron a reevaluar la naturaleza punitiva del comiso, de pena a consecuencia accesoria, de la siguiente manera:

Las consecuencias accesorias, y entre ellas el comiso, son consecuencias jurídicas del delito que no pertenecen sin embargo, en rigor, al Derecho penal, pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal. Se trata más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos. Para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél⁶⁸.

Por ello, si el bien cuestionado pertenecía a un tercero sin responsabilidad alguna en la conducta típica y antijurídica que lo vincula; o, si este se encontraba en cabeza de una persona jurídica, respecto de la cual no se reconoce capacidad acción, de culpabilidad ni de pena en virtud del principio *societas delinquere non potest* (predominante en la mayoría de países latinoamericanos), el comiso resultaba totalmente inviable. La solución, llegó por vía de las denominadas “consecuencias accesorias del delito”; es decir, aquellas sanciones⁶⁹ que de acuerdo con la doctrina especializada son de carácter *sui generis*, acogidas en algunos códigos penales como una tercera categoría de sanciones penales, cuya naturaleza no es punitiva, por no constituir una pena o una medida de seguridad; y que tampoco pueden ser encasilladas bajo una consecuencia de naturaleza civil, por no ser una medida reparadora o de restablecimiento del derecho⁷⁰.

En principio, esta concepción del comiso como una consecuencia accesoria del delito⁷¹, introduce nuevos elementos al análisis del instituto, pues al prescindir de la culpabilidad, como factor de legitimación de la imposición de esta sanción, se abre la posibilidad de realizar juicios de valoración

68 Luis Gracia Martín, Op. cit. Pg. 497-498

69 Si hay un punto en el que se puede admitir un amplio consenso internacional es el reconocimiento del comiso como un instituto de naturaleza sancionatoria, como bien lo ha destacado las Naciones Unidas al explicar la descripción que se incluye en las recomendaciones contenidas en sus instrumentos multilaterales: ““5.1. La redacción del artículo 5 resultó difícil, en parte debido a las diferentes forma de decomiso que se usan en las leyes nacionales (véase el párrafo 5.7 infra) en parte en razón de los diferentes conceptos de decomiso que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales, algunos de los cuales lo consideran como una medida preventiva y en otras como una sanción. Cabe tener presente que el decomiso se trata expresamente como una sanción en el inciso a) del párrafo 4° del artículo 3, donde el contexto es la necesidad que la comisión de delitos sea pasible de sanciones que tengan en cuenta la naturaleza grave de los delitos pertinentes”. (Naciones Unidas., Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; 1999. Pg. 98).

70 Una noción práctica de las consecuencias accesorias ofrece Choclán Montalvo, quien las define como “...aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil”. (Choclán Montalvo, José Luis. 2000 Op. cit. Pg. 338)

71 A pesar que en el presente trabajo se parte de la idea de que existe un comiso como consecuencia accesoria del delito, se debe reconocer que no existe consenso sobre el objeto sobre el cual recae la accesoriidad, pues dependiendo de la legislación, esta puede variar de ser una consecuencia accesoria del delito o, ser una consecuencia accesoria de la pena o de la responsabilidad penal, aspecto que si bien, a primera vista, pareciera que no tiene mayor incidencia en su reconocimiento, desde el punto de vista probatorio si presenta serios efectos, en especial, con relación a la acreditación de sus elementos estructurales. De ahí que no siempre los problemas que presenta el comiso en las distintas jurisdicciones son iguales, a pesar de que compartan la idea de una naturaleza del comiso como consecuencia accesoria.

a través de la verificación de elementos que generalmente son ajenos al derecho penal como, por ejemplo, la confrontación de los actos de adquisición o destinación del bien conforme a la legalidad del acto jurídico o los postulados de la buena fe y diligencia debida, elementos que sustituyeron el juicio de responsabilidad, para poder justificar el comiso de bienes de terceros o de personas jurídicas a partir de elementos distintos de la declaratoria previa de responsabilidad penal.

Sin duda, reconocer la naturaleza de sanción *sui generis* del comiso, por constituir una consecuencia del delito, ha sido uno de los avances más grandes en la evolución de la figura, pues permitió superar una de sus principales limitantes, como lo era, el condicionamiento de su reconocimiento a la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular del bien comprometido en una circunstancia de comiso, lo que facultó a las autoridades judiciales a extender la pretensión de comiso sobre bienes de terceros y personas jurídicas que no hubiesen intervenido en la conducta típicamente antijurídica.

Sin embargo, este paso evolutivo no prescindió del todo de la imputación penal, como fundamento de legitimación del reconocimiento de la consecuencia jurídica, toda vez que su carácter mixto, aún demandaba el reconocimiento jurisdiccional del vínculo o nexo de relación del bien, con una conducta típica y antijurídica, que por lo general, se realizaba a través de la declaratoria de responsabilidad de una persona comprometida con el delito, pero distinta del titular del bien; como, por ejemplo, cuando se pretendía el comiso del vehículo utilizado como medio de transporte para facilitar un secuestro, el cual pertenece a la esposa del autor de tal conducta (penalmente responsable), que sin haber participado en el delito, si consintió o fue permisiva frente a la ilícita destinación de su bien.

Es claro que al concebirse el comiso como una pretensión penal, este queda condicionado a que su declaración se realice dentro del marco del proceso penal y deba ser declarado por un juez de dicha jurisdicción. Por ello, su reconocimiento como consecuencia accesoria del delito, a pesar de ser una pretensión distinta a la declaratoria de responsabilidad penal, debe observar un debido proceso para garantizar los derechos del titular del bien, lo que generalmente se realiza a través de un trámite accesorio o incidental. Como tal, todo procedimiento accesorio o incidental requiere para su existencia la coexistencia de una actuación principal.

Es aquí donde la naturaleza del comiso como consecuencia accesoria presenta su mayor limitación, pues su reconocimiento siempre estará condicionado a la preexistencia de un proceso penal donde se haga declaraciones de responsabilidad de dicha índole. De no existir una pretensión de declaratoria de responsabilidad penal principal, donde se acredite objetivamente la existencia del delito y de donde se pueda inferir su vínculo o nexo de relación entre la conducta típica y antijurídica con el bien, la pretensión de comiso no puede generarse.

Sería el caso, por ejemplo, del vehículo y el inmueble utilizados en un delito de secuestro, donde los únicos responsables mueren en el operativo policial de rescate del secuestrado. En este evento, se impone la extinción de la acción penal por muerte de los implicados y la pretensión de comiso no puede subsistir, pues debido a su condición accesoria atada a la pretensión penal, a pesar de tener acreditado el probable vínculo de los bienes con el delito, el caso no puede llegar a la instancia jurisdiccional correspondiente donde pueda resolverse la pretensión de comiso, pues su reconocimiento siempre va a estar condicionado a la preexistencia de una acusación penal; es decir, la pretensión accesoria sigue la suerte de la principal.

En la práctica judicial, son múltiples los eventos en los cuales la pretensión de comiso no alcanza a llegar al debate jurisdiccional, debido a circunstancias de orden sustancial o procesal que impiden que prospere la pretensión penal principal, como serían los casos de prescripción de la acción penal, de renuncia a la misma por aplicación de un criterio de oportunidad, por ausencia o contumacia del acusado, por decisión absolutoria a favor de quien no tiene ninguna relación con los bienes comprometidos con el delito, entre otros eventos en los cuales resulta imposible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal.

También suelen presentarse distintos eventos en los cuales, dentro de una investigación penal, se logran identificar bienes de probable origen o destinación ilícita, pero que no guardan relación alguna con el hecho delictivo investigado, como sería el caso de la casa destinada como expendio para la venta de drogas, que es allanada y se capturan en flagrancia a sus propietarios, pero a su vez, se encuentran escrituras de valiosos inmuebles a nombre de los detenidos o familiares, adquiridos un año antes del hecho que es objeto de investigación. Si bien en este caso no existe duda sobre la viabilidad de la pretensión de comiso sobre el inmueble destinado como medio para la venta de sustancias ilícitas, no sucede lo mismo con relación a los otros inmuebles identificados, los cuales, si bien resulta probable que su origen se relacione con las actividades ilícitas acreditadas a sus propietarios, su adquisición está por fuera del marco fáctico de la investigación principal y, por tanto, no podría sustentarse una pretensión de comiso dentro del mismo proceso penal.

Las anteriores circunstancias, junto con otras particulares de cada legislación, son las que permiten cuestionar la efectividad del comiso como una consecuencia accesoria del delito, pues si bien esta naturaleza de “sanción *sui generis*” presenta un importante avance dentro de la evolución del instituto, sus alcances y limitaciones no permiten colmar todas las expectativas de política criminal que recaen sobre esta figura, especialmente, frente a las necesidades particulares que se presenta en la persecución de delitos complejos, toda vez que las expresiones de la criminalidad actual, especialmente aquella de motivación económica, han puesto en evidencia que no basta con romper la dependencia del comiso frente a la responsabilidad penal, sino que además, se requiere superar la órbita de relación entre un bien ilícito con el delito investigado en un caso concreto. Incluso, la expectativa de efectividad va más allá, pues se requiere superar también la dependencia de la preexistencia de un proceso penal, constituyendo estos eventos los principales factores que han sustentado los avances actuales del instituto, hacia nuevas formas de comiso ampliado o hacia expresiones autónomas e independientes del proceso penal como los institutos de extinción, pérdida o privación de dominio.

5. Naturaleza del comiso y sistema adversarial

Después de revisar el proceso evolutivo de la naturaleza jurídica del comiso penal, resulta claro que defender una naturaleza punitiva, pareciera ser un total despropósito, una idea absurda sobre la cual no valdría la pena discutir, pues como bien lo señala Patricia Vargas, el consenso mayoritario de la doctrina apunta a desconocer su carácter de pena⁷². Por el contrario, la tendencia mundial es la ampliación de los límites del comiso a través de figuras que no dependen de una condena penal, aunque sí del correspondiente proceso⁷³.

72 En este sentido Vizuela Fernández señala que: “En el Código Penal de 1973, como se sabe, el comiso era una pena accesoria. La doctrina puso de manifiesto los graves inconvenientes que se derivaban de una tal concepción. Al tener la consideración formal de pena, el comiso de los efectos e instrumentos del delito no podían imponerse en los casos en que el sujeto realizaba una conducta típica y antijurídica pero actuaba sin culpabilidad (2). Además, el carácter personalísimo de la pena constreñía la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal. De este modo, los efectos e instrumentos del delito pertenecientes a un tercero quedaban extramuros del comiso, tal y como expresaba la dición legal «los unos y los otros (efectos e instrumentos) serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito»”. (Jorge Vizuela Fernández. Comiso: ¿Consecuencia accesoria de una pena?. Diario La Ley N° 6643. 2007).

73 Ejemplo de este proceso evolutivo al interior del proceso penal lo representa las nuevas formas de comiso contenidas en la Ley Orgánica N° 1 del 2015 que complementa las circunstancias de comiso existentes en el artículo 127 del Código Penal español, donde además de ampliar más los alcances del denominado comiso ampliado, se crean formas de comiso sin condena y comiso sobre bienes de terceros que superan ampliamente las deficiencias y limitantes en la legislación penal española.

Sin embargo, lo que puede calificarse como una involución o retroceso, que sería retomar la naturaleza de pena del comiso, se debe ver más como un refinamiento en aquellos países de la denominada “corriente latinoamericana”, que cuentan con un sistema penal adversarial acusatorio, y que además, han desarrollado formas de comiso *in rem*, como la extinción, pérdida o privación de dominio.

Lo anterior, toda vez que si un país cuenta con un sistema penal que responde al esquema de un proceso adversarial, de partes, no es extraño considerar la necesidad de reducir al máximo la intervención de terceros ajenos al objeto principal del debate con el fin de evitar romper el equilibrio de partes, pues es claro que dentro del proceso penal, los derechos, garantías y pretensiones de cualquier tercero, serán tratados a través de un proceso incidental, como un asunto intrascendente, de segundo orden, subordinado a los términos y resultados de la pretensión penal principal.

Y es que ampliar el ámbito de acción del proceso penal a pretensiones sobre derechos patrimoniales de terceros ajenos a la relación jurídica principal, si bien puede apreciarse como una medida necesaria, no es coherente con el sistema de garantías que debe operar en un Estado Social de Derecho, pues la discusión de los derechos de ese tercero, en este caso los derechos a la propiedad, domicilio, trabajo, condición de vida digna y demás derechos que se pueden ver afectados con una pretensión de comiso, se condicionan al desarrollo de un proceso que es completamente ajeno para el afectado, con lo cual, se inhibe la posibilidad a ese tercero de ser protagonista de su propio proceso, donde sus derechos se garanticen directamente como actor principal y se le reconozcan todas las garantías de un debido proceso como el extremo pasivo de la relación jurídico procesal, y no, como un convidado accidental o incidentante, como suele suceder en aquellas legislaciones que permiten el comiso dentro del proceso penal de bienes a nombre de personas distintas al penalmente responsable.

En otras palabras, en los países donde existe un sistema penal de corte acusatorio, adversarial, concentrado y garantista, la tendencia es que el comiso retome su naturaleza jurídica penal, pues la situación de los bienes que detentan personas distintas del acusado o condenado, o donde no resulte posible obtener una declaratoria de responsabilidad penal respecto a su titular, lo más recomendable y sano para el sistema, es que dichos problemas no sean debatidos de forma incidental dentro del proceso penal, sino que por coherencia sistémica, se avoquen a través de un proceso de decomiso sin condena o de extinción de dominio, que como se analizará más adelante, han sido diseñados para superar todos los inconvenientes que presenta el proceso penal, y por tal razón, admite casi todos los eventos de comiso que generalmente resultan improcedentes dentro del proceso penal adversarial.

C. Evolución y clasificación del comiso

Todas las decisiones relacionadas con el comiso penal, conllevan la limitación o restricción de distintos derechos fundamentales⁷⁴; por tanto, es imperativo preservar las garantías mínimas de motivación y fundamentación suficiente de las decisiones relacionadas con este instituto. Sin

⁷⁴ Las medidas de afectación de bienes con fines de comiso no solo afectan el derecho a la propiedad, pues en múltiples ocasiones sus efectos repercuten en otros derechos, como bien destaca la jurisprudencia constitucional colombiana que al respecto ha señalado que “La afectación del derecho a la propiedad tiene incidencia directa en el efectivo goce y respeto de otros derechos que como la vivienda digna, el trabajo, el mínimo vital y la propia vida entre otros, imponen el deber al juez constitucional de garantizar la protección oportuna del derecho a la propiedad privada, por consolidarse que entre éste y otros derechos de carácter fundamental existe una inescindible conexidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T.1321 de 2005). En similar sentido la Sentencia T. 1000 de 2001, con relación a la vulneración de los derechos al trabajo y el libre ejercicio de profesión u oficio tras la errada incautación de un taxi “En este caso, la retención del vehículo (taxi), lesiona el derecho al trabajo del accionante, y por consiguiente, la subsistencia de él como de su familia. Esto ocurre porque, el tutelante carece de vinculación laboral alguna que le posibilite obtener ingresos, y los mismos dependen del ejercicio de su oficio de taxista, a través de la utilización del automotor como único medio económico a su alcance para obtener la renta esencial destinada a la satisfacción básica de necesidades. Por lo tanto, ante la imposibilidad para el tutelante del ejercicio de su derecho al trabajo y del libre ejercicio de su oficio, derechos fundamentales reconocidos en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política, se produce fácticamente una situación que pone en serio peligro las condiciones de subsistencia de él y de su familia.”

embargo, como quiera que no todas las circunstancias de comiso son iguales o responden a los mismos fundamentos de legitimación, para poder garantizar de manera efectiva los derechos de los potenciales afectados y respetar seriamente los principios de legalidad, debido proceso, contradicción y defensa, resulta indispensable conocer detalladamente los presupuestos, el contenido, alcance y límites de cada una de las circunstancias de comiso a través de la identificación de sus elementos distintivos.

No obstante lo anterior, se debe reconocer que en materia de comiso penal no es fácil realizar una clasificación específica, pues esta dependerá de la perspectiva con la que se asuma la valoración del objeto, la que a su vez estará determinada por la orientación jurídica que inflencie dicha valoración. De ahí que se presentan diversas posturas frente al comiso, según el tipo de sistema jurídico donde se desarrolle: inquisitivo, acusatorio o mixto. Incluso, dependiendo del tipo de cultura jurídica predominante, ya sea anglosajona, europea, latinoamericana, asiática, etc., donde si bien existen nociones similares frente a su concepto, los distintos sistemas legales obligan a que la valoración de los problemas que se relacionan con este instituto, se aborden desde puntos de vista diferentes.

Lo anterior, como quiera que no tiene el mismo enfoque discutir el tema de los bienes de origen o destinación ilícita que pertenecen al autor o participe del delito, de aquellos que pertenecen a un tercero; tampoco es fácil hablar de los bienes que tienen relación con el delito de aquellos que no guardan ningún vínculo con este, pero que aun así, se pueden comisar; o de aquellos bienes que son objeto de comiso cuando existe responsabilidad penal o, cuando no se requiere de ella; o si el comiso requiere ser declarado dentro del proceso penal o por fuera de este; o si cierta circunstancia de comiso solo se encuentra consagrada para delitos comunes, o prevalecen las medidas especiales de afectación para delitos graves, como aquellos que se tratan en leyes especiales contra el narcotráfico o el crimen organizado, debiendo reconocer que esta última perspectiva constituye uno de los principales factores que mayor impulso han dado al proceso evolutivo del instituto.

De ahí que resulte complejo comprender o adaptar algunas formas de comiso en sistemas o culturas jurídicas diferentes a aquellas donde se han generado. No es extraño encontrar en la doctrina discusiones o críticas de ciertas formas de comiso a partir de valoraciones realizadas desde un enfoque y contexto jurídico diferente a aquel que inspiró su concepción. Ejemplo de esta problemática lo representa la extinción de dominio de Colombia, que surgió en 1996 como la adaptación del comiso civil o *in rem*, instituto de larga tradición en países con un sistema penal acusatorio de orientación jurídica angloamericana; en su momento, esta figura fue fuertemente cuestionada desde la perspectiva de un sistema inquisitivo y formalista, de acuerdo con la cultura jurídica predominante para la época.

Sin duda, los problemas de coherencia sistémica generados a través de esta adaptación forzada del instituto se reflejaron en el fracaso de la primera ley de extinción de dominio, problema que solo pudo superarse, de manera progresiva, a partir del momento en que esta figura empieza a evolucionar con el tránsito de un sistema inquisitivo a un sistema penal acusatorio⁷⁵, logrando ser reconocida en la actualidad como un instituto garantista altamente efectivo en la persecución de bienes ilícitos⁷⁶.

75 Se debe precisar que los cambios sustanciales de la extinción de dominio se dieron a través de la Ley 793 de 2002, la cual se tramitó en el Congreso Nacional de Colombia al mismo tiempo que se discutía la reforma constitucional que permitió la implementación del Sistema Penal Acusatorio, razón por la cual las discusiones de la ley extintiva, estuvieron influenciadas, en gran parte, por la filosofía, principios e institutos del nuevo sistema penal. Si bien esta figura no es penal, si fue diseñada como un instituto que se vale y complementa del sistema penal, presentando rasgos y elementos comunes, especialmente en cuanto al tema de investigación y pruebas.

76 Actualmente Colombia cuenta con un Código de Extinción de Dominio, el cual fue diseñado a la medida del sistema jurídico que se viene consolidando durante la última década, pues se integra, armoniza y complementa con el sistema penal de tendencia acusatoria predominante en la actualidad. Asimismo, esta codificación se estructuró acogiendo todos los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la materia, los cuales han servido para fundamentar sus reglas e institutos.

Proceso similar se viene presentando en Europa en países como España, cuna de importantes avances que han tenido una notoria repercusión en la legislación latinoamericana, donde el proceso evolutivo es más complejo aún, pues los institutos se desarrollan a partir de las directivas europeas contenidas en Decisiones Marco que contienen directrices generales con fuerza vinculante. Es por ello que el proceso de adaptabilidad e integración de las nuevas formas de comiso es más complejo que en América Latina, pues cada nueva recomendación se inspira en formas de comiso que son efectivas para algún sistema jurídico de la comunidad europea, pero que a su vez, pone en evidencia las deficiencias del instituto en otras legislaciones.

A esta conclusión se puede llegar luego de revisar los estudios doctrinales realizados sobre las cuatro modificaciones sustanciales al comiso penal que se han registrado en los últimos veinte años⁷⁷ a través de la Leyes Orgánicas 10 de 1995, 15 de 2013, 5 de 2010 y 1 de 2015, donde se pone de presente que cada una de estas reformas, no solo buscan adaptar el comiso conforme a los estándares regionales, sino que además son producto de la revisión técnica que persigue optimizar la eficacia del instituto y suplir las deficiencias detectadas en el proceso de adaptación de las nuevas formas de comiso contenidas en las mencionadas directrices a su propio sistema jurídico, por lo que se puede concluir que la tendencia Europea también está en la línea de dar solución a los mismos problemas prácticos detectados en América Latina, con la diferencia de que en el viejo continente la solución se plantea desde la perspectiva del proceso penal, mientras que en Latinoamérica las soluciones se plantean por fuera de este⁷⁸.

Así mismo, como los avances e innovaciones se vienen registrando en distintas culturas jurídicas, resulta imposible partir de un proceso de evolución gradual; por el contrario, se debe admitir que los avances se han presentado generalmente en distintas etapas y en diversas legislaciones, sin que se pueda decir que una forma de comiso es producto de la mutación de una anterior, pues por lo general, estos avances responden a la necesidad coyuntural de algún Estado de superar las deficiencias de sus propios instrumentos, desarrollando nuevos modelos que al mostrar alguna efectividad, comienzan a irradiarse a otros países, como ha sucedido, por ejemplo, con las formas de comiso ampliado y decomiso sin condena que se han venido homogenizando en el contexto europeo gracias a las decisiones marco del Consejo de Europa, o con la extinción de dominio (pérdida o privación), que se viene desarrollando dentro del contexto latinoamericano, y que viene siendo impulsada a través de recomendaciones no vinculantes contenidas en documentos de organismos multilaterales como las Naciones Unidas⁷⁹.

Por todo lo anterior, se considera necesario abordar conjuntamente los temas del proceso de evolución del comiso en Latinoamérica junto con la clasificación de sus principales formas o expresiones, debiendo advertir que la evolución que aquí se plantea no se ajusta a una línea de tiempo progresiva⁸⁰; tampoco se puede afirmar que el orden que se sugiere, signifique considerar que un modelo se encuentre en un estado superior al otro, pues cada etapa registra formas de comiso que presentan tantas bondades como dificultades, según el sistema jurídico donde se desarrolle.

77 Sobre este aspecto, de enorme ilustración resultan los serios análisis presentados por la profesora Teresa Aguado en el artículo "Comiso: crónica de una reforma anunciada". InDret. 2014; en el mismo sentido Margarita Roig Torres en la "Regulación del Comiso. El modelo alemán y la reforma española".

78 A pesar que tan solo cinco países cuentan con leyes especiales de extinción de dominio, son varios los Estados que han intentado iniciar el proceso de adopción de este instituto, existiendo al momento de este estudio proyectos en discusión en Costa Rica, Paraguay, Argentina, Brasil, República Dominicana; además, países como Ecuador, Bolivia, entre otros, también han contado con proyectos de leyes de extinción de dominio que no pudieron ser concretados.

79 Dentro de esta experiencia se destacan los proyectos de Ley Modelo de Extinción de Dominio y Juicio Simulado de Extinción de Dominio impulsados por la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas.

80 Si bien para algunos países como Colombia, México, Guatemala, Perú, El Salvador y Honduras, la cúspide evolutiva del comiso se manifiesta a través de institutos de extinción, pérdida o privación de dominio, se debe tener en cuenta que esta figura no presenta mayor novedad, pues se trata de la adaptación latinoamericana del comiso civil o in rem que lleva una larga tradición en las culturas jurídicas de corte angloamericano.

Por ello, se proponen abordar el estudio de las clases de comiso en Latinoamérica a través de dos grandes grupos: el primero, atendiendo a sus criterios básicos de valoración, donde se clasificaran las circunstancias de acuerdo con el origen o destinación ilícita del bien; y, el segundo, de acuerdo con su relación con el tema penal (el delito, la responsabilidad penal o el proceso penal), donde se analizaran las distintas clases de comiso que se estructuran a partir del vínculo que tiene el bien con el delito, clasificación práctica que permite apreciar de mejor manera el proceso evolutivo que ha tenido esta figura desde sus formas tradicionales, hasta las nuevas tendencias de comiso ampliado, comiso sin condena y extinción de dominio.

1. De acuerdo con los criterios básicos de valoración

En materia de comiso penal se puede reconocer, a primera vista, dos grandes grupos de circunstancias de comiso que presentan diferentes fundamentos de legitimación o, en palabras de Gracia Martín, “criterios de valoración fundamental”⁸¹, clasificación que se acentúa más en la extinción de dominio, donde estos dos grupos, a pesar de prever la misma consecuencia jurídica, van a partir de criterios de valoración o fundamentos de legitimación completamente diferentes, de acuerdo con el interés jurídico que subyace en la descripción de la norma. Por ello, tanto las formas de comiso, como las causales o presupuestos de extinción de dominio se pueden clasificar dependiendo de si la descripción normativa cuestiona la procedencia del bien o su utilización. Desde este punto de vista, tanto las circunstancias de comiso como las causales de extinción de dominio se pueden clasificar según su origen o destinación:

• Comiso por el origen ilícito de los bienes

El primer grupo de bienes objeto de comiso está caracterizado por aquellos que tienen fuente u origen directo o indirecto en un delito, correspondiendo a las descripciones de los bienes que son producto, efecto, objeto del delito, o que constituyen sus ganancias, frutos, transformación o equivalencia, los cuales parten del principio de que el delito no puede generar derechos. Por tanto, el comiso de bienes de origen delictivo se va a fundamentar, en la necesidad de devolver el equilibrio del ordenamiento jurídico que debe ser restaurado a través de la pérdida de dominio del bien ilícito a favor del Estado.

Sobre el fundamento de legitimación de las circunstancias de comiso sobre bienes de origen ilícito, Isidoro Blanco Cordero, destaca lo siguiente:

El comiso ampliado no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que pretende remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Persigue un objetivo preventivo, evitando la reinversión de las ganancias de origen delictivo por parte de las organizaciones criminales, con lo que se basa en el correspondiente pronóstico de peligrosidad (al estilo de las medidas de seguridad).

⁸¹ Importante la invitación que realiza el profesor Gracia Martín de partir del análisis de la naturaleza jurídica del objeto, al indicar que “Es una realidad fácilmente constatable que el ordenamiento jurídico consta de regulaciones jurídicas de diversa naturaleza y con distintas finalidades. Para ello, basta confrontar por ejemplo las normas que regulan la colación de la herencia y fijan sus consecuencias con las que regulan la conducta delictiva y le atribuyen asimismo consecuencias. Cada una de dichas regulaciones, según lo expuesto arriba, tiene un objeto diferenciado y se rige asimismo por sus propios criterios valorativos fundamentales, que resultan ya de la misma naturaleza del objeto. Para comprender la estructura de la regulación jurídica penal, dado que la misma tiene por objeto el delito, y que establece los presupuestos de la atribución de responsabilidad penal, es preciso recordar que ésta es el resultado de una sucesión de valoraciones parciales de la conducta humana y de su autor...” (Gracia Martín, Luis. Fundamentos de dogmática penal. Una introducción de la concepción finalista de la responsabilidad penal. 2006. Ed. Atelier, Barcelona. Pg. 83-84)

También tiene una finalidad preventivo general (aspecto positivo de la prevención general positiva), pues persigue reducir el incentivo a la comisión de delitos que supone la obtención de ganancias. Complementa así la función de la pena, cuya eficacia resultaría cuestionada si pese a su imposición las ganancias del hecho se mantuvieran en manos del delincuente. Privando a los delincuentes de sus ganancias se les envía un mensaje (también a toda la sociedad) en el sentido de que el enriquecimiento penalmente ilícito no es tolerable y que el delito no es una actividad lucrativa⁸².

• Comiso por destinación ilícita

La otra clasificación está relacionada con la destinación ilícita de los bienes, es decir, aquellos objetos materiales e inmateriales de los que se vale el autor para preparar o ejecutar un delito. Está compuesta por aquellas formas de comiso en cuya descripción normativa se prevé una relación funcional, instrumental o de disposición entre el bien y un delito concreto, relación que puede acreditarse, ya sea en la fase preparatoria, consumativa o post consumativa del delito, donde el reconocimiento de la consecuencia jurídica se determinará por el peligro que representa el bien para atentar o poner en riesgo un bien jurídico.

Dentro de esta clasificación se debe distinguir el comiso de bienes destinados en función de un delito, que generalmente comprende las ilicitudes previas a su consumación; el comiso de instrumentos o medios del delito, que se verifican por su directa relación durante la fase consumativa de la infracción penal; y, otras circunstancias de comiso por destinación que se concretan en la fase post consumativa de los delitos, cuando se verifica la mezcla u ocultamiento de bienes lícitos con ilícitos, circunstancias últimas que no guardan una relación directa entre el bien y el delito.

A diferencia del comiso sobre bienes de origen ilícito, la privación del dominio de los bienes destinados ilícitamente se va a sustentar en la necesidad de neutralizar el peligro potencial que estos representan. Al respecto, Tomás Gálvez y Walter Delgado, destacan lo siguiente:

El fundamento jurídico del comiso de los instrumentos del delito no es, como en algún momento se entendió, la culpabilidad o la peligrosidad criminal, sino la peligrosidad objetiva de los instrumentos (la que sin embargo, en algunos casos deberá de vincularse con ciertos criterios subjetivos respecto a la conducta, intención o voluntad del agente), es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros, para cometer nuevos delitos. El medio o instrumento, puede pertenecer al propio agente del delito o a tercero, pues en ambos casos estará presente la peligrosidad⁸³.

2. De acuerdo con la relación del bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal

Como se mencionó anteriormente, no se puede afirmar que el comiso penal ha presentado un proceso evolutivo lineal o sucesivo que permita determinar con claridad su estado actual. Sin embargo, las formas de comiso que han surgido a lo largo del tiempo, tienen como común denominador la exigencia de acreditación de una relación directa o indirecta entre el bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal; dependiendo del tipo de relación (producto, instrumento, objeto, equivalencia, ganancia, etc.) se elaboran las distintas descripciones normativas que estructuran las diferentes clases de comiso.

82 Blanco Cordero, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. En *Criminalidad Organizada, Terrorismo e inmigración. Retos Contemporáneos de política criminal*. Editorial Comares; Granada, 2008. Pg. 94.

83 Delgado, Walter; Gálvez, Tomás. Op. cit. 2013. Pg. 156)

Se debe precisar que la clasificación que aquí se adopta no pretende desestimar las otras clasificaciones que existen en la doctrina sobre este instituto, que en algunos sistemas jurídicos se enmarcan dentro de un comiso de primer o de segundo grado, según la proximidad que tenga el bien cuestionado con el delito, ya sea por una relación directa o indirecta con este. Para el presente análisis, esta clasificación sigue teniendo pleno valor, pero se reconoce también que existen nuevos elementos que entran en juego al momento de definir las clases o formas de comiso, como son la vinculación del bien con la responsabilidad penal o con un proceso penal.

Es por ello que a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988⁸⁴, se pueden distinguir o marcar tres etapas o hitos evolutivos, partiendo de las formas de comiso directo o tradicional, pasando por las nuevas propuestas que se incluyen en la convención o formas de comiso indirecto o sin relación con el delito (por mezcla, equivalencia, entre otros), hasta llegar a la extinción de dominio y las demás figuras de comiso *in rem* o sin condena.

3. Comiso directo o tradicional

En cada legislación se suele describir las clases de comiso de distintas formas. La doctrina y la jurisprudencia las suele denominar también como “circunstancias de comiso”, “bienes objeto de comiso”, “formas de comiso” o “eventos de comiso”, etc.; descripciones que buscan realizar una precisión técnica del instituto desde la perspectiva del principio de legalidad.

Dentro del comiso tradicional, también denominado comiso basado en condena⁸⁵, comiso de primer grado o comiso ordinario, se analizaran aquellas circunstancias que de acuerdo con el proceso histórico de evolución de la figura, constituyen las formas generales y elementales que son comunes a la mayoría de codificaciones penales y que recaen sobre aquellos bienes que tienen una relación o vínculo directo con el delito, ya sea por ser producto, medio, instrumento u objeto del mismo. Estas circunstancias de comiso presentan una subordinación directa a la responsabilidad penal, al exigir dentro de su ámbito subjetivo, una relación directa entre el bien con el penalmente responsable, ya sea por ser propietario o titular real o beneficiario final de los derechos patrimoniales comprometidos.

Al respecto, se debe precisar que en materia de comiso directo, el ámbito objetivo demanda demostrar una directa relación entre el bien con el delito, ya sea por su origen o destinación ilícita. En el ámbito subjetivo, el nexo de relación que se exige, generalmente hace relación a que el titular o propietario del bien pretendido por vía de comiso, sea a la vez, el penalmente responsable; frente a ello, se debe precisar que dicha relación de titularidad no es nominal, pues al convencimiento sobre tal condición se puede llegar por vía indirecta, en aquellos casos en que la titularidad real se esconde tras prestanombres o testaferros, por lo cual, basta con demostrar quién es el beneficiario final⁸⁶ del bien o el titular en la sombra, como bien lo destaca la doctrina uruguaya, que sobre el particular ha señalado lo siguiente:

84 Se toma como punto de referencia las recomendaciones introducidas en el artículo V de la Convención de Viena de 1988, pues a nuestro juicio, es a partir de este instrumento internacional que se empieza a marcar un nuevo hito de evolución del comiso penal, pues además de recomendar las circunstancias tradicionales del comiso (producto, instrumentos, etc.) se propone la adopción de nuevas formas de comiso de bienes que no guardan relación directa con el delito, como el comiso indirecto o de bienes derivados, por valor equivalente, mezcla, etc.

85 Para Teresa Aguado, las nuevas circunstancias de comiso que se recomiendan a través de las propuestas de directivas europeas, tendrían la siguiente clasificación “según se utilice la terminología de la Propuesta de Directiva o la del Proyecto, contempladas en estos textos: a) decomiso o comiso basado en condena o “comiso directo”; b) decomiso o comiso ampliado; c) decomiso o comiso no basado en condena; d) decomiso o comiso de terceros.” (Aguado Correa, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. InDret. Barcelona. 2014. Pg. 13)

86 Al respecto se destaca la redacción del artículo 23 del Código Penal argentino que señala que “...Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos...”. Una fórmula similar es la adoptada por el Código Penal paraguayo en su artículo 90, que señala: “2º Cuando el autor o el partícipe haya actuado por otro y éste haya obtenido el beneficio, la orden de comiso especial se dirigirá contra el que obtuvo el beneficio.”

Ello no obstante, cuando hablamos de propiedad, no estamos hablando de aquellos bienes que formalmente son de propiedad del condenado, sino aquellos que son realmente de su propiedad aun cuando figuren a nombre de testaferros o sociedades. Es por ello que la legislación nacional al establecer el ámbito subjetivo del decomiso estableció que comprende los bienes que el condenado sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de éstos sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Y la misma norma agrega a que los fines del decomiso se considerará al condenado por éstos delitos beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia. (art. 63.5 del decreto ley 14.292 en la redacción dada por el art. 2 de la ley 18.494).⁸⁷

• Comiso de bienes producto del delito

Los bienes que constituyen el producto del delito representan una de las primeras circunstancias que históricamente han sido considerada como pasible de comiso penal; de ahí que es común a casi todas las legislaciones y tiende a ser objeto de recomendación en la mayoría de instrumentos internacionales relacionados con el tema criminal, donde suele incluirse una definición convencional⁸⁸ que delimita los alcances de este concepto. El comiso del producto del delito, conocido también como comiso de bienes derivados, hace relación a aquellos bienes que se originan o derivan directamente de la ejecución de la actividad delictiva, o como reconoce la doctrina⁸⁹, aquellos que son *“producidos, manipulados o transformados desde la propia conducta criminal”*⁹⁰; o, en términos más sencillos, al decir de Vizuela Fernández, *aquello “cuya existencia se debe a la comisión del delito”*⁹¹.

Sin embargo, sus límites varían según la legislación donde se desarrolla, pues por lo general, siguiendo las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales que hacen relación a la persecución del producto “directo o indirecto” del delito, este tipo de comiso suele abarcar también otro tipo de bienes que se suelen clasificar como formas de comiso diferentes a las del “producto”; como por ejemplo, el comiso de “ganancias”, “efectos”, “frutos” u “objeto” del delito, entre otras circunstancias.

Se debe tener presente que no basta con que un bien sea calificado como producto para que sea objeto de una pretensión de comiso, pues además de cumplir dicha condición, el bien deben tener la vocación de ser susceptible de apropiación o aprovechamiento⁹², para que puedan revestir un interés jurídico penal. Por ejemplo, en el delito de defraudación de servicios públicos, si alguien se apropia de agua luz, gas, etc., ese bien material o inmaterial, así sea fungible, se puede considerar

87 Díaz, Jorge. Op. cit. Pg. 195.

88 Por ejemplo, el literal ‘P’ del artículo 1 de la Convención de Viena, define como “producto” “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Esta definición se reitera en las convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, y permite manejar un criterio extensivo de producto, que permite sustentar también otras formas de comiso con relación a bienes que constituyen el producto de una transformación, las ganancias del delito, sus frutos, rentas, etc., circunstancias que por no guardar una relación directa entre el bien y la actividad delictiva, serán analizadas más adelante.

89 Patricia Vargas, Op. cit. Pg. 37.

90 Dentro del contexto español, esta definición también es utilizada para los “efectos del delito”. Sobre el particular, González Cussac señala: “En cuanto a su contenido, puede distinguirse, esquemáticamente, del modo siguiente. Por efectos se entienden los objetos creados, transformados o manipulados desde la propia conducta delictiva (v. gr. los documentos falsificados), pero no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma (dinero, joyas,) (González Cussac, José Luis. Decomiso y Embargo de Bienes. En “La armonización del derecho penal español: una armonización legislativa” 2005. Secretaría de Estado de Justicia. Pg. 14).

91 Vizuela Fernández, Jorge. Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal. Revista electrónica de derecho penal y criminología. 2011. Pg. 20.

92 Como se mencionó anteriormente, no se puede confundir los conceptos de “efecto del delito” con el de “producto”, pues no cualquier cosa que proviene de un delito puede ser decomisible, pues algunos efectos deben ser objeto de destrucción, devolución o de un tratamiento jurídico diferente, mientras que el comiso, hace relación siempre al concepto de “bienes”, que como se mencionó anteriormente al revisar la definición propuesta por Velásquez Jaramillo (Op. cit. Pg. 2), tiene una connotación jurídica y demanda por lo menos la concurrencia de distintos elementos, como su utilidad para el ser humano, su carácter apropiable y su contenido patrimonial o económico, que genera ciertos derechos para su titular.

como producto directo del delito. Sin embargo, su carácter inmaterial impide que dicho producto pueda ser susceptible de comiso penal. Pero si el agente, además de apropiarse de estos fluidos, en lugar de tener su aprovechamiento directo, lo usufructúa, vendiendo lo hurtado o defraudado a sus vecinos, la ganancia obtenida también llega a ser considerada producto y por tanto su materialidad sí permitiría fijar una pretensión de comiso sobre la ganancia obtenida.

Pero no siempre la identificación del producto del delito resulta tarea fácil, pues según la legislación y el sistema jurídico imperante, la descripción del producto también puede abarcar la de las ganancias del delito, como sucede en aquellos casos donde la misma descripción típica lleva implícita la obtención de un beneficio o incremento patrimonial, como sucede en los delitos contra el patrimonio económico, contra el sistema financiero, contra el orden económico o el interés patrimonial del Estado, entre otros, donde se utilizan descripciones normativas que aluden a conductas que tienen por finalidad obtener dicho beneficio, como por ejemplo: “se apodere”, “adquiera”, “reciba”, “se apropie”, “obtenga un incremento patrimonial”, “venda”, etc.; por ello, en estos casos, será producto - y no ganancia-, por ejemplo, el bien apoderado en el hurto, la adquisición de bienes en el lavado de activos, lo apropiado en la malversación o el peculado, el dinero o la dádiva recibida en la concusión o el cohecho, el pago realizado en la venta o comercialización en un tráfico ilícito, o el incremento patrimonial injustificado obtenido en el enriquecimiento ilícito, según el caso.

Situación distinta se presenta en aquellos delitos donde no se hace alusión alguna al tema patrimonial, como el narcotráfico, las falsedades, el homicidio, el falso testimonio, entre otros, etc., en los cuales, el tema patrimonial o económico no forma parte de la descripción típica. Por esta razón, resulta necesario tratar los temas de ganancias, frutos, transformaciones, etc., a través de formas de comiso independiente.

De otro lado, se debe destacar que por regla general, el comiso de los bienes que son producto del delito solo procede frente a conductas dolosas, pues si se tiene en cuenta la distinción técnica entre “producto” y “efecto” del delito, se debe reconocer que detrás de todo producto, subyace un proceso consciente y voluntario dirigido a un fin delictivo; por tanto, muy difícilmente, por no decir imposible, se puede generar “bienes”⁹³ que se consideren como un producto derivado de un delito imprudente, razón por la cual algunas legislaciones, como la ecuatoriana⁹⁴, prohíben expresamente la modalidad de comiso imprudente. No obstante lo anterior, también se debe reconocer que por excepción, existen algunas formas de producto provenientes de un delito imprudente, como lo reconoce el numeral segundo del artículo 127 del Código Penal español, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015, que establece que “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 de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.”. Al respecto, si bien esta normatividad admite la posibilidad de perseguir el producto de una conducta imprudente, no son claros los fundamentos de legitimación de esta forma de comiso, ni tampoco los posibles eventos en que dicha circunstancia puede concretarse.

93 Se hace énfasis en el concepto de “bien”, como producto del delito, dado su contenido patrimonial y económico como se mencionó anteriormente, y no de objeto o cosa, pues sin duda, “cualquier cosa” se puede generar a través de un proceder imprudente, sin que ello quiera decir que dicho producto deba ser pasible de afectación con fines de comiso, pues además de que debe cumplir con la condición económica o patrimonial del concepto civil de “bien”, dicho producto no debe ser objeto de otras medidas de carácter patrimonial, como las relacionadas con su vocación probatoria (cadena de custodia), o la necesidad de destrucción o el restablecimiento del derecho. Lo anterior, como quiera que no se pretende desconocer que existen casos en los cuales la doctrina ha reconocido la posibilidad de existencia de un “producto” derivado de una conducta imprudente, como el caso del documento falsificado a través de una acción culpable, evento en el cual, dicho producto se deberá tratar de acuerdo con sus fines probatorios o de destrucción, pero nunca por vía del comiso penal. Lo mismo sucede con la propuesta frente al producto de lavado de activos imprudente (Patricia Vargas. Op cit. Pg. 87), hipótesis que consideramos inconsistente, como quiera que dicha forma de lavado siempre será complementaria o accesorio respecto a un lavado de activos que es realizado dolosamente por el interesado; además, que sin duda, su objeto material siempre se derivará de delitos dolosos subyacentes y no imprudentes.

94 Numeral 2° del artículo 70 del Código Penal de Ecuador: “Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos.”

De otra parte, se debe precisar que los bienes producto del delito, también son objeto de persecución a través de las causales de extinción de dominio, que también prevé circunstancias ilícitas que recae sobre el bien y coinciden con los fines esenciales del instituto: repudiar todo lo que se deriva de un proceso delictivo. Sin embargo, a diferencia del comiso penal, la generalidad es que en materia de extinción de dominio se maneja un concepto amplio de producto, que no solo abarca el producto directo, sino también el indirecto, pues al salir el comiso del proceso penal, los fundamentos de legitimación son diferentes, lo que permite manejar una relación de causalidad más amplia; por ende, la extinción de dominio siempre hará relación al producto directo o indirecto del delito, comprendiendo así también las ganancias, frutos, lo bienes obtenidos por sustitución o transformación, etc..

Es necesario advertir que si bien algunos bienes se pueden enmarcar bajo el concepto de producto del delito, no siempre el comiso resulta ser la pretensión más idónea, especialmente, cuando el bien constituye también el objeto material de la conducta típica, aspecto que se reconoce como una circunstancia especial de comiso que tiene su propia problemática, como se analizará a continuación. Igual precaución se debe tener en aquellos eventos en los cuales el bien pasible de comiso pertenece a distintas personas (copropiedad), donde no todas ellas intervienen en el delito; o en los casos donde no existe propiedad sino posesión sobre el bien pretendido; o simples expectativas de derechos, eventos en los cuales, la pretensión de comiso debe ajustarse a los derechos que realmente resulten comprometidos con el delito y no sobre todo los derechos que recaigan sobre el bien, pues se corre el riesgo de vulnerar los derechos de posibles terceros.

• **Comiso de bienes que constituyen el objeto material del delito**

Esta circunstancia de comiso hace relación a aquellos bienes que de acuerdo con la doctrina penal, constituyen el objeto material del delito; es decir, aquel “objeto material físico sobre el que recae la acción”⁹⁵. En la actualidad, esta forma de comiso es común a casi todas las legislaciones, al punto que también ha sido objeto de recomendaciones internacionales, pues se encuentra descrita en el literal b) del numeral 1° del artículo 5° de la Convención de Viena (donde hace relación a sustancias psicotrópicas), y en las distintas legislaciones se alude a ella de distintas formas: comiso del objeto, comiso de efectos, comiso del cuerpo del delito e, incluso, como una forma de comiso de producto, con la cual guarda identidad en algunos tipos penales (Lavado de activos, cohecho, concusión, extorsión, peculado, etc.).

Los límites entre el comiso del producto del delito con los del objeto material del delito suelen ser muy difusos, y si bien este aspecto no ha sido un problema en aquellas legislaciones donde se manejan formas omnicomprendivas de comiso, como la del “efecto del delito”, desde el punto de vista del derecho de defensa, este tipo de precisiones resultan garantistas y necesarias, por ejemplo, para precisar aspectos como la carga de la prueba o evitar imputaciones generalizadas.

Por ello, atendiendo a las características del bien, a la posición que este ocupe dentro del plan de acción criminal y, al nexo de relación que guarde el bien con alguno de los autores o partícipes del delito, se puede estructurar la pretensión de comiso, ya sea como producto u objeto del delito, como sucede por ejemplo, con el delito de cohecho con el bien o dinero o dádiva que ilícitamente se entrega al servidor público, el cual puede ser valorado como el objeto material del delito, desde la perspectiva del agente corruptor, o se puede apreciar como el producto del delito, cuando este es percibido por dicho servidor a cambio del acto realizado u omitido.

95 Muñoz Conde, Francisco. Teoría del Delito. Valencia. Tirant lo Blanch. Pg. 65.

Si bien la línea de producto y objeto es muy delgada, se debe tener presente que sobre un mismo bien pueden recaer diferentes pretensiones de comiso, como sucede, por ejemplo, con los bienes objeto del delito de lavado de activos, donde su descripción típica hace relación a que deben ser bienes que son el producto de otros delitos (narcotráfico, corrupción, secuestro, etc.), pero al ser objeto de una conducta típica de lavado de activos, esos mismos bienes también constituyen el objeto material de dicho delito, distinción que si bien pareciera irrelevante, resulta de utilidad en aquellos eventos en los cuales la pretensión de comiso se sustenta en una acción de lavado de activos que se desarrolla a través de conductas socialmente adecuadas o neutrales, como la administración de bienes, la inversión en bolsa, la compra de bienes, etc..

De otra parte, la distinción de los bienes que son objeto material del delito de aquellos que son producto o efecto del mismo, presenta una utilidad práctica con relación a las distintas consecuencias jurídicas que pueden concurrir con relación a la pretensión de comiso y que en algunos casos la excluiría, pues en ciertos delitos, el bien que resulta del proceso delictivo a su vez puede ser pasible de otro tipo de pretensiones o decisiones; por ejemplo, puede ser objeto de destrucción⁹⁶, como los productos ilícitos o prohibidos: alimentos o medicamentos adulterados, drogas, explosivos, armas, bienes objeto de violaciones de derechos de autor o propiedad industrial, etc.; u objeto de cadena de custodia por cumplir un fin probatorio, como el objeto material del delito de falsedad; o ser objeto de medidas de restitución o restablecimiento del derecho, en el evento de los dineros o bienes entregados como producto de un peculado, malversación, hurto, extorsión etc.; o pueden ser objeto de medidas administrativas de decomiso con fines de seguridad económica, donde se requiere adoptar una medida que evite un daño frente a un bien fungible o perecedero, como como sería el producto de la actividad ilícita de acaparamiento -producto primera necesidad – o el de tráfico de fauna silvestre, donde se hace necesario adoptar medidas inmediatas de disposición que eviten que los productos acaparados, leche o carne, por ejemplo, se dañen, o que la fauna recuperada se muera.

Esta circunstancia de comiso también se encuentra reconocida en algunas legislaciones como una causal o presupuesto de extinción de dominio⁹⁷ y a pesar que la descripción normativa hace relación al objeto material de actividades ilícitas, en la práctica debe reconocerse como la única causal delictiva de la extinción de dominio⁹⁸.

De otra parte, no se puede desconocer que esta circunstancia de comiso suele presentar algunos inconvenientes prácticos, pues no es ajena a los problemas de justicia material, en especial, frente al objeto material que debe ser restituido a la víctima en virtud del principio de restablecimiento del derecho, como sucede con aquellos bienes que constituyen el objeto material de un delito de hurto, secuestro, peculado, malversación, extorsión, etc., los cuales deberían ser objeto de restitución o restablecimiento del derecho a la víctima, en aquellos casos donde resulte procedente, para evitar así el riesgo de revictimización.

96 La finalidad de destrucción no es común a todos los delitos, sin embargo son varias las conductas cuyo objeto material carece de interés para ser pretendido por vía de comiso penal, como bien resalta Guillermo Jorge: “El decomiso de los elementos del delito, *objetum sceleris*, se refiere en cambio a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva –el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc.–. Tales objetos son normalmente destruidos con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular, o los derechos de terceros, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. Este tipo de decomiso opera *in rem*, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor de los bienes”. Op. cit. Pg. 69

97 La extinción de dominio del objeto material del delito se reconoce en el numeral 5 del artículo 11 del Decreto 27 de 2010, Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras; numerales I y IV del artículo 8° de la Ley Federal de Extinción de Dominio de México; literal a) del artículo 6° del decreto 534 de 2013, Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador; numeral segundo del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio de Colombia, entre otros.

98 Al ser la extinción de dominio un instituto autónomo del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, las disposiciones normativas que lo desarrollan tienden a utilizar un lenguaje no penal, razón por la cual no se hace alusión a delitos sino a actividades ilícitas, aspecto formal que no presenta ningún tipo de reparo, como quiera que al ser las actividades ilícitas un elemento normativo de las causales extintivas, generalmente se encuentra definido en los mismas leyes que consagran el instituto. Por ejemplo, el literal a) del artículo 1 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas la define como “‘Actividad ilícita’: Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley”. En el mismo sentido, el numeral primero del artículo 1 del Código de Extinción de Dominio de Colombia: Actividad ilícita: “Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social.”.

Al respecto, resulta oportuno tener en cuenta que cada caso presentan sus propias características; por tanto, las medidas de restablecimiento del derecho no pueden generalizarse de forma automática, pues no en todos los casos se puede demostrar que un bien comisado guarda una relación directa con una víctima en particular, especialmente, en aquellos casos de víctimas en delitos colectivos, masa o del crimen organizado; y si bien algunas voces autorizadas de la doctrina hace relación a la exclusión de este tipo de bienes de la pretensión de comiso⁹⁹, lo más apropiado es que en estos casos las medidas de restablecimiento del derecho sean acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Imaginemos, por ejemplo los cientos o miles de víctimas del delito de extorsión por parte de organizaciones criminales tipo guerrilla, pandillas o maras, como se ha registrado en Colombia y Centro América; o los casos de estafa o captación ilícita de recursos a través de un esquema de defraudación piramidal, donde se pueden presentar cientos o miles de víctimas, donde la mayoría de ellas actuaron de mala fe. En estos casos, de llegarse a incautar algunos bienes que constituyen el producto u el objeto material del delito, surge el dilema de determinar a quién se le restablece el derecho, pues muy difícilmente se logra asociar los bienes incautados con un delito concreto o una víctima en particular, lo que obliga además, a mantener la pretensión de comiso con relación a aquellos bienes que constituyen el objeto material de delitos cuyas víctimas se desconoce; o que no pueden ser restituidos a la víctima, como quiera que estas actuaron por fuera de los límites de la buena fe.

• Comiso de bienes utilizados como medios o instrumentos del delito

Sin duda, el comiso de los instrumentos del delito es una de las formas más tradicionales del comiso penal que viene acompañando a esta figura desde sus orígenes, siendo común a todas las legislaciones que contemplan este instituto de derecho penal. Actualmente encuentra su respaldo en las recomendaciones internacionales contenidas en los instrumentos multilaterales, pues se consagra en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la citada Convención de Viena, intención que se reitera con similar tenor literal en las mencionadas convenciones de Palermo y Mérida.

Esta forma de comiso también se suele reconocer con los nombres de comiso de seguridad, comiso de aseguramiento, comiso de medios, comiso de efectos instrumentos, comiso de peligro, entre otros, y se fundamenta en el peligro objetivo que representa el bien para atentar o poner en riesgo un bien jurídico¹⁰⁰, ya sea por la misma naturaleza del bien, como el caso de las armas, los explosivos, un veneno, etc.; o porque el peligro se desprende de los actos de disposición del autor dentro del marco de un plan criminal.

Uno de los principales aspectos que caracterizan a esta circunstancia de comiso, es que aquí el origen del bien no resulta relevante, pues basta con que este se haya puesto en función del delito, independiente de que sea de lícita o ilícita procedencia, como quiera que lo que va a legitimar su reconocimiento, es la función que el bien cumple con relación a la vulneración o puesta en peligro

99 Sobre el particular, Luis Gracia Martín destaca lo siguiente: "según la opinión dominante, no puede tener la consideración de efectos del delito y no podrán por ello ser decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas. Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en que el objeto material está representado por una cosa que será perteneciente a la propia víctima". Gracia Martín, Luis; Boldova Pasamar, Miguel Ángel; Alastuey Dobón, María del Carmen. 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. Pg. 450.

100 Este aspecto distintivo del comiso de instrumentos es destacado por Guillermo Jorge en los siguientes términos. "El decomiso de los instrumentos del delito—instrumentum scleris— asocia físicamente los elementos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los elementos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que sólo puede adoptarse in personam, es decir, contra el condenado." Op. cit. Pg. 69

de un bien jurídico; es decir, el papel que desempeña dentro del proceso delictivo; o, en palabras de Gracia Martín, que los bienes “...puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación”¹⁰¹. Esta finalidad se comprueba cuando el bien ha sido utilizado dentro de los actos consumativos del delito; o, cuando ha servido de medio dentro del cual la conducta delictiva se pudo desarrollar.

Por tanto, se puede afirmar que los bienes que son pasibles de esta forma de comiso son aquellos que sirven para cumplir el fin ilícito propuesto¹⁰², como por ejemplo el arma utilizada para ejercer la violencia en el hurto o causar la muerte en el homicidio; la retroexcavadora empleada en las operaciones de minería ilegal; los documentos falsos utilizados en la estafa; la gramera usada en actividades de microtráfico de estupefacientes; las placas de impresión, tintas e impresoras en la falsificación de moneda; el servidor y los “quemadores” de CD en los delitos contra la propiedad intelectual; los escáneres y las impresoras en la falsificación de documentos; el celular usado para realizar la llamada extorsiva en un secuestro extorsivo; los equipos tecnológicos en la intervención ilícita de comunicaciones; la caja de seguridad donde se conserva el dinero de origen ilícito en el lavado de activos, etc..

Pero el carácter instrumental tiende a ser restrictivo, es decir, limitativo a todos aquellos bienes sencillos¹⁰³ que se pueden manipular o “instrumentalizar”, por lo cual no es claro frente a bienes de mayor envergadura. De ahí que algunas legislaciones dispongan también el comiso de los “medios” del delito, descripción que si bien desde el punto semántico pareciera innecesaria, desde el punto de vista práctico permite ampliar el espectro de bienes y derechos sobre los cuales puede recaer la pretensión de comiso, como bien destaca Javier Muñoz Cuestas, quien sobre el particular ha precisado lo siguiente:

“... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice...”¹⁰⁴

Se abre así la posibilidad de perseguir bienes que sirven para alcanzar un determinado fin ilícito, como medios de transporte, medios de ocultamiento, medios de producción, medios de seguridad, etc., los cuales permiten tener como pasibles de comiso, los inmuebles que sirvieron como medio para ocultar al secuestrado, la embarcación que se utilizó como medio de transporte para trasladar la droga, la sociedad que se utilizó como medio para lavar activos o la empresa que se benefició fraudulentamente de un contrato público y sirvió de medio para canalizar los dineros ilícitos objeto de un peculado o fraude al tesoro público.

Si bien esta circunstancia de comiso es de enorme utilidad para combatir eficazmente las estructuras económicas del crimen organizado que utilizan complejos esquemas empresariales e industriales para invertir sus ilícitas ganancias, no se pueden desconocer los aspectos problemáticos de esta forma de

101 Gracia Martín, Luis. Op. cit. (2004) Pg. 502.

102 La definición del concepto instrumento no deja duda sobre su carácter finalista, como se puede apreciar en una de las acepciones descritas por la Real Academia Española en su diccionario, donde se dice que instrumento es toda “Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin.”

103 Otras de las acepciones que trae el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, hace relación al carácter sencillo del instrumento, al indicar que como tal se debe entender “El objeto fabricado, relativamente sencillo, con el que se puede realizar una actividad.”

104 Muñoz Cuesta, Javier. El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre; Navarra, Editorial Aranzadi, 2004.

comiso, en especial, frente a las sociedades que son utilizadas como medio para la realización de un delito, pues para ello, se deberá examinar siempre cuál fue la forma de destinación de la misma y quien es el responsable de ello; por ejemplo, si la destinación fue realizada por uno de sus socios o accionista, o un empleado, directivo o representante con poderes limitados para actuar; o si por el contrario, la destinación se realizó por quien tenía plenas facultades para comprometer la sociedad con la actividad delictiva.

Adicionalmente, se deberá precisar claramente el objeto sobre el cual ha de recaer la pretensión de comiso, toda vez que las sociedades de por sí, al estar revestidas de personería jurídica, no pueden ser incautadas como un bien, mas sí sus acciones o derechos de participación social, y los bienes a su nombre. De ahí que la pretensión de comiso debe ser precisa frente al objeto sobre el cual recae; ya sea sobre el total de las acciones o cuotas de participación o una parte de ellas, en especial, en aquellos países donde no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde la pretensión de comiso dependerá del compromiso de cada socio con la circunstancia de comiso, ya sea por acción, al presentar algún nexo de relación con el delito; u omisión, por no cumplir con una debida diligencia o no actuar dentro de los postulados de la buena fe.

Los bienes que constituyen medios o instrumentos del delito también se encuentran contemplados como causales o presupuestos de extinción de dominio, las cuales, a diferencia de las formas de comiso, presentan un fundamento de legitimación totalmente distinto, pues al ser la extinción de dominio un instituto autónomo e independiente del proceso y la responsabilidad penal, el peligro que representa el bien para la vulneración de bienes jurídicos no puede servir como el único factor de valoración para reconocer la consecuencia jurídica, razón por la cual, la extinción de dominio penetra en el ámbito del correcto ejercicio de la capacidad de disposición que tiene un sujeto sobre su propiedad, y lo confronta con el respeto de las obligaciones que emanan del derecho a la propiedad privada, en especial, con el respeto de la función social que debe cumplir la propiedad privada en un Estado Social de Derecho, tema sobre el cual se profundizará más adelante.

• Comiso de bienes destinados a actividades ilícitas

Esta circunstancia de comiso no es otra cosa que una modalidad práctica del comiso de medios o instrumentos del delito, donde no resulta tan relevante demostrar la utilización del bien en la actividad delictiva, ya sea como medio o instrumento, sino comprobar que dicho bien se utilizó en su preparación o estaba siendo destinado en función de la consumación de un delito. Como forma autónoma de comiso, encuentra respaldo en las recomendaciones internacionales, pues se describe en el literal b) del numeral 1° del artículo 5° de la Convención de Viena donde la utilización de un bien en un delito en particular y la destinación para que dicho bien sea utilizado en una actividad delictiva que aún no se ha concretado o definido, se establecen como proposiciones jurídicas diferentes.

El comiso por destinación también se le conoce como comiso por preparación, comiso indiferenciado o comiso de bienes en tentativa. Al igual que la circunstancia analizada en el numeral anterior, también presenta su fundamento de legitimación en la peligrosidad objetiva del bien con relación a la potencial capacidad de vulnerar o poner en peligro un bien jurídico. Se debe recordar además que “destinar”, de acuerdo con su acepción más práctica, significa “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”; en este sentido, se debe examinar que el bien cuestionado tenga la vocación para ser empleado como medio o instrumento de un delito, lo cual se puede inferir del producto o resultado del delito, o de un juicio de inferencia lógica y razonable que se realice sobre las características y circunstancias en que el bien fue hallado. En el primer caso, estaremos ante el

comiso en un delito tentado¹⁰⁵; y, en el segundo, ante la destinación ilícita inferida, siendo estas dos situaciones, modalidades o formas de manifestación de esta circunstancia de comiso.

Este último caso, se comprobaría, por ejemplo, con relación a la casa que es hallada dentro del marco de una investigación en contra de una organización dedicada al secuestro extorsivo, en la cual se encuentra un sótano en el que se ha adaptado una celda con barrotes de acero, grilletes con cadenas adheridas a la pared y donde se ha instalado una cama junto a una batería sanitaria, donde a pesar de no encontrar a ninguna persona retenida, dichos elementos permite inferir de manera razonable que el bien no está siendo destinado como domicilio de habitación y, por el contrario, está siendo destinado para retener a los secuestrados de dicha organización criminal.

Sin embargo, dada la naturaleza jurídica que adopte una legislación frente a sus reglas de comiso penal, los alcances de la destinación ilícita dependerán de la punibilidad o no de los actos preparatorios del delito que vinculan el bien, y no de las circunstancias objetivas del caso, aspecto problemático que ha sido abordado por la doctrina, que plantea varias discusiones al respecto. Sobre el particular, Patricia Vargas aborda el tema de la siguiente manera:

El art. 127 del Código Penal español contempla el comiso de los instrumentos con que se haya preparado la infracción y no el de aquellos destinados a cometer la infracción. El comiso de los primeros es admisible cuando se hayan efectuado con tales instrumentos actos preparatorios punibles, pues si esos mismos instrumentos se han empleado en la ejecución de la infracción, su comiso procederá por esta última circunstancia. Por su parte, el comiso de los instrumentos destinados a cometer la infracción que no se han empleado en su ejecución no tiene fundamento legal y por ende, no es viable. Piénsese p. ej., en el arma de fuego destinada a cometer un homicidio. Si ésta no ha sido usada para preparar la infracción, o no al menos de una forma que interese al Derecho penal, su comiso solo procederá en caso de que el sujeto activo la emplee en actos ejecutivos. Asimismo, si un instrumento se ha utilizado para preparar la infracción pero no en su ejecución (v.g., el instrumental de laboratorio que usa el sujeto A para elaborar un veneno que luego destinará a dar muerte a B), su comiso no cabe, no a menos que esos actos preparatorios sean punibles.

De otra parte, se debe señalar que esta forma de comiso también se encuentra reconocida como una causal o presupuesto de extinción de dominio; pero al igual que la circunstancia anterior, sus fundamentos de legitimación no se restringen a la responsabilidad penal y a la peligrosidad objetiva del bien con relación a determinado delito, pues al desarrollarse este instituto por fuera del proceso penal, su fundamento va a estar determinado por la inobservancia que tiene el titular del bien del deber de respeto de las obligaciones constitucionales y legales que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada, por el incorrecto o ilícito ejercicio de sus derechos de uso, goce y disposición al destinar un bien en función de atentar o poner en riesgo un bien jurídico.

A diferencia de las discusiones que se presentan frente al comiso penal, en materia de extinción de dominio si resulta posible poder privar el dominio del bien, así los actos preparatorios no sean previstos como punibles, siempre y cuando se pueda inferir de manera razonable y coherente, a

¹⁰⁵ Sobre los límites y el alcance del Comiso de Bienes en tentativa, Muñoz Cuesta señala que: "Esta ampliación a la fase de preparación, es lógica y necesaria al existir determinados delitos en que precisamente en la fase de preparación es donde se utilizan los bienes, instrumentos o medios para su ejecución. Por fase de preparación entendemos toda la actividad individual del delincuente dirigida a la posterior ejecución del delito y también todos los actos de conspiración, proposición y provocación al delito, que son sin duda actos preparatorios punibles aunque no se ejecute el delito que se pretendía, (...). Como afirmábamos, es evidente que debe proceder el comiso en los supuestos de preparación del delito, sin embargo si el mismo no llega a ejecutarse por no haber entrado el sujeto en la fase de ejecución, tentativa acabada o inacaba, o se trata de delitos en que los actos preparatorios antes citados no está expresamente previsto su castigo en el Código, el comiso no procederá por la simple razón de que la conducta preparatoria no es típica y por tanto no existe infracción criminal de la que es tributaria el comiso."

partir del análisis de la naturaleza del bien, sus características y las circunstancias del caso, que este se encuentra destinado o puesto en función de una actividad ilícita.

Sería el caso, por ejemplo, si dentro del marco de una investigación por los delitos de terrorismo y tráfico de explosivos, se encuentra un vehículo al cual se le ha adaptado una caleta o compartimento secreto, alterando el modelo original de fábrica, en el cual se encuentran ocultos estopines, cordón detonante e insumos químicos utilizados en la fabricación de explosivos, accesorios que por sí solos, generalmente no revisten la calidad de delito, pero que siendo analizados de manera armónica, razonable y coherente con las circunstancias del caso, permiten inferir que el vehículo está siendo destinado en función de la actividad ilícita de fabricación de explosivos.

4. Comiso indirecto o de bienes sin relación directa con el delito

Las anteriores circunstancias de comiso tradicional presentan sus mayores bondades en el diario ejercicio práctico de los delitos de mayor ocurrencia asociados a los problemas de delincuencia común, pues sus presupuestos de procesabilidad y exigencias probatorias no demandan mayores esfuerzos, ya que por lo general la pretensión de comiso se construye dentro del marco fáctico del delito común, y con los mismos elementos que sirven para estructurar la pretensión penal. No sucede lo mismo con los fenómenos delictivos complejos, especialmente los asociados con la denominada criminalidad organizada, donde los bienes suelen ser adquiridos o destinados ilícitamente en una fase post consumativa del delito, y se colocan fuera del alcance de las autoridades a través de esquemas complejos de coparticipación criminal, encubrimiento y lavado de activos, rompiendo así cualquier relación directa entre los bienes y el delito¹⁰⁶.

En esta etapa evolutiva del comiso, las nuevas circunstancias de ilicitud que sustentan la privación de dominio superan los problemas inherentes a la naturaleza misma del comiso; ya no se van a sustentar la pretensión patrimonial en la acreditación de la declaratoria previa de responsabilidad penal, sino que se van a sumar nuevos fundamentos de carácter normativo que trasladan el juicio de valoración, de la conducta penal, a las conductas ilícitas que subyacen en las descripciones de las nuevas circunstancias de comiso que no exigen una relación directa entre el bien con el delito, lo que permite superar la necesidad de establecer un nexo directo de relación entre el bien, la responsabilidad penal y el delito. De esta manera, la pretensión de comiso se va a sustentar en la acreditación de los presupuestos normativos de su propia descripción general de ilicitud (transformación, equivalencia, mezcla, etc.), lo que permite trabajar nexos indirectos de relación entre el bien y el delito investigado.

De ahí que el segundo gran paso evolutivo del comiso va a estar determinado por la distancia que marque el bien frente al delito con el cual se relaciona, pues resulta casi natural, previsible y obvio, que el delincuente pretenda borrar el rastro de los bienes que adquiere o destine ilícitamente; y es que este tipo de maniobras de distanciamiento terminan neutralizando la efectividad del comiso tradicional, lo que generaba la necesidad de contar con herramientas jurídicas que trascendieran

¹⁰⁶ Gustavo Gascón destaca como este paso evolutivo del comiso fue el producto de una necesidad de política criminal para superar las deficiencias de las circunstancias de comiso directo. Sobre el particular señala: "Si se limitara el decomiso a los efectos, instrumentos y productos directamente vinculados con el delito, el decomiso de bienes, en muchos casos, no cumpliría con los objetivos político-criminales que está llamado a desempeñar. En efecto, no es en absoluto infrecuente que los bienes relacionados de forma directa con el delito hayan desaparecido o se hayan colocado de otro modo fuera del alcance de las autoridades de persecución penal; y también es habitual que sean objeto de transformaciones, físicas o jurídicas, que los «alejen» de la infracción originaria. (...)

Para tratar de compensar estas situaciones, ciertos ordenamientos-como el alemán o el suizo- han sido pioneros en dar cabida a diversas fórmulas que, posteriormente, se han incorporado a los textos supranacionales aprobados en este sector, gracias a lo cual se han acabado extendiendo a los ordenamientos de los demás Estados. Así, diversas normas de origen supranacional establecen la posibilidad de decomisar otros bienes más indirectamente relacionados con la actividad delictiva objeto de persecución a través del proceso penal y que pueden reconducirse, al menos, a alguna de las siguientes categorías: el decomiso de valor, el decomiso en casos de transformación o mezcla y el decomiso de bienes en poder de terceros. (Gascón Inchausti, Gustavo. El Comiso Transfronterizo de Bienes. Ed. Colex; Madrid, 2007. Pg. 65)

cualquier limitación sustentada en la exigencia de nexos directos de relación entre el bien y el delito, siendo las más reconocidas, aquellas circunstancias de comiso que se sustentan en la transformación, equivalencia, mezcla, ganancia, o no justificación racional o coherente del origen lícito, de las cuales se pueden destacar los siguientes aspectos.

- **Comiso por transformación o sustitución**

La transformación del producto del delito es una de las principales formas de comiso indirecto; es decir, aquel cuyas circunstancias de ilicitud se van a verificar por fuera del marco descriptivo de la conducta típica que se vincula con el bien. Esta forma de comiso también encuentra respaldo en los instrumentos internacionales y su reconocimiento comenzó a generalizarse a partir de su adopción como circunstancia de comiso recomendada en el literal a) del numeral 6° del artículo 5° de la Convención de Viena¹⁰⁷, que recoge las circunstancias también conocidas con los nombres de comiso de segundo grado, comiso subrogatorio, comiso de bienes por sustitución o bienes sustitutos, comiso por transformación o comiso por conversión.

Como todas las circunstancias de comiso, sus límites suelen ser muy tenues, en especial, con los bienes que son ganancias o frutos del delito, o aquellos que son el producto de una mezcla, pues generalmente la mayoría de casos de mezcla conlleva una transformación. Sin embargo, su reconocimiento como una circunstancia independiente tiene efectos prácticos con relación a la observancia del principio de legalidad, como quiera que se sustenta en criterios naturalísticos de causalidad que constituye la principal característica que lleva a su reconocimiento. Esta relación de causalidad puede presentar distintas expresiones propias de esta forma de comiso, dependiendo de si la transformación que se produce es de carácter material o jurídico.

Transformar es una acción que conlleva cambiar la forma de un bien o convertirlo en otro similar o diferente; esta conducta también se encuentra contemplada como verbo rector en distintos tipos penales que se ocupan por censurar las ganancias u operaciones realizadas con bienes o recursos de origen delictivo, pues su finalidad no es otra distinta que la de cumplir con algunos de los principios operacionales del lavado de activos, como alejar el bien de su fuente delictiva y procurar borrar el rastro de ilicitud para garantizar su disfrute por parte del delincuente. De ahí que las acciones de transformación o conversión, no solo suelen prever como consecuencia la pérdida del bien ilícito transformado, sino que por sí misma, puede ser objeto de reproche penal.

Por ello, se hablará de transformación física o material, cuando se somete el producto del delito a un proceso que tiene como resultado un bien que materialmente es diferente al original, o que presenta características distintivas con relación a su forma, valor, utilidad, etc. Por ejemplo, sería un caso de transformación cuando el producto de la explotación de una mina ilegal de oro se transforma en joyas de mayor valor, o se convierte en el dinero que resulta de producto de su venta; o el producto de un delito ambiental por explotación ilegal de madera, que es transformada en muebles de hogar u oficina. Lo mismo sucede con el dinero producto de un delito de secuestro o extorsión que se utiliza para hacer inversiones en el mercado de valores, convirtiendo el producto del delito en títulos, acciones o bonos de deuda pública de fácil negociación.

Por su parte, si para la transformación se acude a la celebración de actos jurídicos, se estaría frente a una transformación de orden jurídico, como cuando la casa adquirida con el producto del narcotráfico se permuta por acciones de una empresa; o cuando una sociedad constituida con aportes de origen ilícito, cambia su naturaleza o su razón social, conservando las raíces ilícitas en su patrimonio.

¹⁰⁷ “a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.”

La conversión, sustitución o transformación material o jurídica de bienes también se encuentra contemplada dentro de los presupuestos o causales de extinción de dominio, donde generalmente suele ser prevista en distintos supuestos relacionados con el producto indirecto de una actividad ilícita. Si bien las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales restringe la transformación a los bienes que son producto del delito, en materia de extinción de dominio la transformación se extiende también sobre los bienes que son cuestionables por su destinación ilícita (medios, instrumentos o destinados), y aquellos que constituyen el objeto material del delito, toda vez que la naturaleza jurídica y el carácter real de este instituto facilita ir más allá del marco fáctico que habilita el ejercicio de la acción penal y permite cerrar la brecha de impunidad que suele presentarse en materia de persecución de bienes ilícitos, cuando por maniobras fraudulentas de evasión de la acción de la justicia, el agente trata de transformar o sustituir el bien que sería pasible de comiso o extinción de dominio, por uno totalmente distinto.

Sería el caso, por ejemplo, del vehículo de origen lícito y sin vicio alguno, que es utilizado en un hurto y luego se permuta o se entrega como forma de pago de otro que es adquirido a nombre de un tercero. Sin embargo, este nuevo bien, que generalmente queda por fuera de las circunstancias habituales de comiso penal, sería pasible de extinción de dominio a través de la causal de transformación, lo que permite evitar las discusiones que suelen presentarse en materia penal con relación a los terceros, no intervinientes en el delito, que adquieren de destinación ilícita, pues al ser la extinción de dominio una acción real, autónoma e independiente de la responsabilidad y la acción penal, dichos bienes pueden ser perseguidos de manera directa. Aquí el Estado no tendrá que esforzarse con demostrar algún nexo de relación entre el nuevo titular con el delito, sino simplemente la relación de éste con las circunstancias de la causal extintiva; por tanto, en materia de extinción de dominio el adquirente no sería tratado como un tercero, sino que tendría las garantías y derechos propios del extremo pasivo de la relación procesal.

Con lo anterior, no se pretende desconocer la existencia de legislaciones que admiten esta posibilidad de reconocer la circunstancia de transformación en otros bienes distintos al producto del delito (medios o instrumentos), como es el caso de la transformación que dispone el Código Penal español¹⁰⁸. Sin embargo, estos casos de transformación de bienes, distintos al producto del delito, suelen presentarse por fuera del marco fáctico que habilita el ejercicio de una acción penal, pues generalmente hacen relación a hechos extrapenales, muchos de ellos, que se concretan a través de conductas neutras o socialmente adecuadas que quedan por fuera del umbral de investigación penal, aspecto que genera problemas probatorios que dificulta que este tipo de comiso de bienes pueda demostrarse en juicio.

• Comiso de bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos

Uno de los aspectos más problemáticos del comiso tradicional es el relacionado con los casos de concurrencia de patrimonios lícitos con ilícitos, cuando estos se mezclan o confunden, toda vez que, debido al principio de proporcionalidad que orienta toda la gama de consecuencias jurídicas en materia penal, generalmente no suele existir un factor de legitimación que permita extender la pretensión de comiso a los bienes de lícita procedencia que se vean comprometidos con acciones de mezcla u ocultamiento, lo que convierte esta situación en una típica maniobra de evasión del comiso, pues este tipo de mezclas generalmente quedaban en la impunidad, especialmente, en aquellos casos donde la escisión de la porción lícita del producto ilícito, resultaba materialmente imposible.

¹⁰⁸ Artículo 127, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015. “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.”

De ahí que incluso, recomendaciones internacionales que han inspirado a algunas legislaciones para reconocer esta circunstancia como una forma autónoma de comiso, permitan limitar la pretensión de comiso hasta el valor estimado del producto mezclado, como lo dispone el literal b) del numeral 1° del artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹⁰⁹, formula que se reitera en las convenciones contra la Corrupción¹¹⁰ y la Criminalidad Organizada Transnacional¹¹¹.

Siguiendo con las recomendaciones internacionales, se debe precisar que lo que es objeto de mezcla, es el producto del delito y no los bienes comprometidos por destinación ilícita (medio, instrumentos, destinados); de ahí que la circunstancia de mezcla se ubica siempre en la fase post consumativa del delito y demanda como primer presupuesto para su reconocimiento, la acreditación previa del producto de una conducta típica precedente o determinante, que se integra a un bien de origen legítimo.

En virtud del principio de legalidad, no se puede hablar de mezcla si se carecen de las pruebas que acrediten la condición de “producto del delito”; por ejemplo, no se hablaría de mezcla si el bien mezclado simplemente carece de una justificación lícita¹¹², pues dicha circunstancia tiene sus propios presupuestos y particularidades probatorias que no son reconocidas en todas las legislaciones, y tan solo excepcionalmente suele contemplarse en algunos países como una forma autónoma de comiso. En otras palabras, no puede asimilarse la circunstancia de “no justificación” con la de “producto”, pues quebrantaría los principios de legalidad, contradicción y defensa, toda vez que las exigencias probatorias para esta última circunstancias son más altas y concretas.

Como segundo presupuesto, para hablar de mezcla se requiere que el bien que es producto de un delito se integre con un bien de procedencia lícita, de tal manera, que no resulte fácil separarlos a través de una operación sencilla. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público corrupto que integra los ahorros obtenidos a través de largos años de trabajo con el producto de distintos cohechos, generando con ello un solo capital con el cual el funcionario construye una casa; como quiera que el producto final de la mezcla sería el inmueble del cual no se puede saber cuál ladrillo o elemento fue adquirido con el dinero lícito y cuál con el producto del cohecho, se reconocería aquí un caso de mezcla que obliga a la estimación del valor del producto ilícito. De lo contrario, de poder separar los bienes ilícitos de los adquiridos correctamente, simplemente la pretensión de comiso se limitaría hasta el monto del capital ilícito que se puede escindir del capital legal, a menos que concurran elementos de juicio que permitan cuestionar el correcto ejercicio de la capacidad dispositiva sobre el bien, frente a otra circunstancia que algunas legislaciones toman como maniobra de ocultamiento, en la cual los bienes lícitos son utilizados para ocultar aquellos que son producto de un delito.

109 “b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.”

110 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 31, numeral 5 “Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.”

111 Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, artículo 12, numeral 5 “Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.”

112 Lo anterior, no impide que las dos circunstancias, mezcla y no justificación, se planteen de forma concurrente, evento en el cual resultaría admisible sustentar la mezcla, pues de reconocerse judicialmente la circunstancia de no justificación lleva implícita la pretensión de acreditar por vía indirecta un producto ilícito, y de esta manera, podría concurrir con una declaración de mezcla.

Uno de los ejemplos más comunes de ocultamiento se verifica en los actos de venta de acciones o cuotas de participación de algunas sociedades¹¹³, donde un delincuente invierte su capital espurio en la compra que hace de los derechos económicos que tienen algunos socios en una empresa constituida con capital incuestionable, siempre y cuando los demás socios sean conscientes del origen de esos recursos, y permiten que el nuevo socio oculte el producto de un delito dentro del patrimonio de una empresa, pues si bien los recursos ilícitos ingresan directamente en el patrimonio del socio que vende y no en la empresa, dicha operación conlleva un acto de transformación jurídica de dineros ilícitos a acciones o cuotas de participación social que tendría capacidad de comprometer toda la sociedad que se convierte en medio para ocultar dichos recursos ilícitos.

De ahí que los actos de mezcla u ocultamiento donde se utilizan bienes de lícita procedencia para integrarlos con el producto de un delito, también suele ser abordados desde la perspectiva del comiso de bienes comprometidos en un delito de lavado de activos (bienes objeto del delito), evento en el cual, también resultaría viable la pretensión de comiso sobre el producto que resulta de la mezcla u el ocultamiento, el cual constituye un todo que puede ser perseguido a través de las circunstancias del comiso tradicional, pues la pretensión de comiso no solo se sustentaría en el cuestionamiento del origen de los bienes productos del delito subyacente, sino que además, los bienes lícitos también serían pasibles de comiso, por ser utilizados como medio o instrumento para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Por su parte, la extinción de dominio acoge la circunstancia de mezcla como una causal o presupuesto de extinción plena, pero no con la limitación de las recomendaciones internacionales, es decir, hasta el monto del valor del producto ilícito, sino bajo la idea anterior, asumiendo el resultado de la mezcla entre el bien lícito con el ilícito como un nuevo producto que es pasible de extinción de dominio en su totalidad. A diferencia del comiso penal, la extinción de dominio no se ve limitada por el principio de proporcionalidad, pues parte de un fundamento de legitimación totalmente diferente, dada su naturaleza jurídica y su carácter real, pues aquí no se va a examinar la conducta del titular del derecho con relación al tipo penal del que se deriva el producto, sino que va a confrontar las acciones concretas de mezcla u ocultamiento de un bien de origen ilícito con otro de lícita procedencia, desde las perspectiva del cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la propiedad privada, pues se parte de la idea de que en estos casos, la porción de bienes lícitos se destina ilícitamente en función del ocultamiento o mezcla de los bienes espurios y, por tanto, dichos bienes lícitos no cumplen con las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad.

Resulta importante también precisar que la mezcla se predica entre bienes y no entre patrimonios, pues este último es un concepto más amplio que engloba el anterior y sobre el cual, algunas legislaciones han estructurado circunstancias de comiso o causales de extinción de dominio concretas, ya sea por el rechazo de capitales emergentes como sucede en Costa Rica, o por la no justificación razonable, como sucede con el comiso ampliado o las causales no justificativas en algunas leyes de extinción de dominio.

¹¹³ Tanto la mezcla como el ocultamiento del producto de un delito en sociedades comerciales, no deben ser abordados como formulas generales predicables en todos los casos de inversión en personas jurídicas, pues dependiendo del tipo de sociedad y las facultades que emanan de los derechos sociales, se puede reconocer o no un acto de mezcla y ocultamiento. Por ejemplo, no es lo mismo valorar los actos de disposición de los socios en una sociedad de responsabilidad limitada, que en una sociedad anónima, pues en esta última, la capacidad dispositiva se ve limitada cuando los derechos económicos pueden ser adquiridos en el mercado de valores, sin que los mismos otorguen mayores derechos de intervenir en las decisiones de la empresa, como suele suceder con algunas sociedades anónimas.

• Comiso de bienes por valor equivalente

Una de las circunstancias más representativas de las formas de comiso de bienes que no guardan relación con el delito, es la del denominado comiso de bienes por valor equivalente, conocida también como comiso de reemplazo, por valor correspondiente, equiparable o sustitutivo, el cual se erige como una de las mejores herramientas para contrarrestar o evitar la “impunidad” en materia de persecución de bienes ilícitos. Esta es una clase de comiso indirecto que también ha sido difundida a partir de las recomendaciones previstas en el literal a) del numeral 1° del artículo 5° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹¹⁴.

Al igual que la anterior circunstancia, el comiso sobre bienes por valor equivalente también recaen sobre bienes de procedencia lícita, pero que por referencia normativa, se van a tratar como bienes ilícitos, cuando su valor corresponda, se equipare o sea equivalente al valor de un bien de origen ilícito cuyo comiso se ve frustrado o neutralizado en aquellos eventos donde resulte imposible su identificación, localización o afectación material.

A pesar de ser una circunstancia de comiso indirecto, se debe tener en cuenta que aquí confluyen distintos fundamentos de legitimación, tanto del sistema de afectación real como del personal, por lo cual, su reconocimiento, demanda la verificación de distintas circunstancias reales y personales.

En primer lugar, esta forma de comiso requiere la acreditación de un bien ilícito cuyo valor sirve de referencia para la estructuración de la pretensión; es decir, aquel bien sobre el cual resulta imposible su comiso por vía directa. Si bien la recomendación contenida en los instrumentos internacionales aluden a que dicho bien de referencia debe tener la condición de producto del delito, el desarrollo normativo de esta figura en las distintas legislaciones ha presentado distintos matices que extiende el alcance de esta forma de comiso a la equivalencia de bienes que son ganancias, efectos, medios o instrumentos del delito, como sucede en algunas formas de comiso en España¹¹⁵, Uruguay¹¹⁶, entre otros.

En segundo lugar, se debe verificar la imposibilidad de afectación o persecución del bien ilícito que frustre o neutralice de manera efectiva cualquier posibilidad de comiso, ya sea porque el bien se encuentra grabado totalmente o ha sido transferido a un tercero que actúa de buena fe exenta de culpa; o porque el bien ilícito no puede ser localizado, ubicado o identificado; o, porque a pesar de estar ubicado e identificado, resulta imposible su afectación por haberse transformado en un bien no decomisible o de imposible afectación, como cuando el dinero ilícito se gasta en una campaña política o se invierte en un “paraíso fiscal” o en un Estado que no brinda cooperación judicial.

En tercer lugar, se requiere verificar una condición *in personam*, pues para su reconocimiento se exige que tanto el bien de origen ilícito, como aquel de legítima procedencia que se toma como equivalente o de reemplazo, deben pertenecer a la misma persona, constituyendo este factor uno de los principales presupuestos para su reconocimiento.

114 “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;”

115 Código Penal, artículo 127, numeral 3, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015 “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”

116 Ley 18494 sobre Control y Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, artículo 63.3. (Decomiso por equivalente). “Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

El cuarto presupuesto hace relación al objeto sobre el cual recae la pretensión de comiso, pues la norma alude a que esta se dirige sobre bienes de origen lícito; es decir, aquellos que el titular del bien ilícito adquiere de manera legítima como producto de su trabajo, de una herencia, de una indemnización judicial o extra judicial, de la explotación de derechos de autor, etc., aspecto que obliga a reconsiderar su naturaleza jurídica, pues como se mencionó anteriormente, las discusiones sobre el particular no son satisfactorias frente a esta forma de comiso, la cual presenta ciertos matices de naturaleza civil, pues la imposibilidad de perseguir el bien que sería pasible de la pretensión de comiso, se va a equipar, por referencia normativa a una obligación civil por el valor del bien que sería decomisible, la cual se puede extinguir con cualquier bien lícito del mismo titular, atendiendo a la vocación de garantía que tiene todos los bienes del patrimonio de una persona para honrar con ellos sus obligaciones personales. Sobre el particular, Gascón Inchausti puntualiza lo siguiente:

La figura del decomiso de valor abre las puertas, de hecho, a que la orden de decomiso acabe convirtiéndose en la reclamación de un crédito dinerario dirigido contra el autor de la infracción penal que, de no ser satisfecho, puede conducir al decomiso-embargo de bienes del delincuente: se trata de un mecanismo habitual en otros ordenamientos tanto de corte angloamericano, como continentales al que, en virtud de las normas sobre cooperación, pueden tener que acabar dando cumplimiento nuestros propios tribunales¹¹⁷.

Por último, el quinto presupuesto a tener en cuenta al momento de estructurar una pretensión de comiso por bienes equivalentes, es la imposibilidad de perseguir bienes sustitutos o el producto de una transformación, como por ejemplo, cuando la imposibilidad de afectación de un inmueble producto de actividades de narcotráfico vendido a favor de un tercero que lo compra de buena fe exento de cualquier culpa. En este caso de enajenación, el Estado queda habilitado para perseguir el valor entregado por el tercero como pago del precio acordado en la compra, y de no lograr encontrarlo o afectarlo, surge la legitimidad para pretender el valor de ese inmueble a través de otro bien lícito del mismo titular que tenga igual valor al bien que no se pudo decomisar.

Sin embargo, se debe reconocer que no siempre es fácil determinar el valor de sustitución, pues si bien algunas legislaciones hace alusión al valor del bien ilícito, la estimación de dicho valor suele presentar problemas prácticos, pues no siempre el valor cancelado por la adquisición o venta del bien coincide con el valor del mercado al momento de la orden de incautación, lo cual genera discusiones probatorias con relación a la determinación del precio de referencia que servirá de base para limitar la afectación de bienes lícitos. De ahí que el valor del bien ilícito represente uno de los principales temas de prueba que deben ser debidamente acreditados al momento de estructurar una pretensión de comiso por esta vía, para evitar así discusiones que puedan presentarse durante el debate judicial, especialmente cuando se presentan casos de compra o venta por fuera del valor del mercado, o cuando la posesión del bien se ve afectada por factores de valorización o depreciación que afectan el valor inicial del producto ilícito. En todo caso, este tipo de problemas generan la necesidad de contar con avalúos periciales del bien ilícito, siendo esta la práctica probatoria más recomendable.

Al igual que las anteriores circunstancias de comiso, la pretensión de bienes lícitos por valor equivalente a otros de ilícita procedencia que no se pueden identificar o incautar, también se encuentran previstas como causales o presupuestos de extinción de dominio en algunas leyes o codificaciones especiales que se han desarrollado a partir de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en la cual

117 Gascón Inchausti, Gustavo. Op. cit. Pg. 66

se recomienda adoptar esta figura como causal para los casos en los que se deban reconocer los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa, o en aquellos eventos en que resulte imposible la identificación o incautación del bien ilícito. Así mismo, al igual que el comiso por valor equivalente de la legislación española, las leyes de extinción de dominio no limitan la persecución de bienes por valor equivalentes en los casos del producto del delito, pues también procede con relación a bienes lícitos cuyo valor equivale o corresponden a bienes objeto de una actividad ilícita, o son producto de la transformación de un producto ilícito, o de bienes que constituyen medios o instrumentos de una actividad ilícita, o son objeto de ocultamiento, mezcla, incremento patrimonial no justificado, ganancias, etc.

• Comiso de ganancias, réditos, frutos y rendimientos - “confiscación”

Es indudable que el comiso en la actualidad tiene propósitos de política criminal bien definidos, entre ellos, el de rechazar socialmente el valor de cualquier ganancia o fruto ilícito, o como bien lo expresa Muñoz Conde y García Aran¹¹⁸, busca “evitar el enriquecimiento injusto” de los autores de un delito. Para ello, el cuestionamiento de ilicitud no solo recae en el producto del delito o en los bienes en que este pueda transformarse, sino que además, se extiende a las demás ganancias, beneficios, frutos o rendimientos que este puede generar.

Al igual que las anteriores formas de comiso, estas circunstancias parece confundirse con otras que también cuestionan el origen ilícito, pues al ser una forma de comiso indirecto, trasciende el simple producto del delito (directo o transformado)¹¹⁹ y reconoce como una categoría distinta, aquellos bienes que se generan a partir del aprovechamiento o explotación del producto directo del delito. Es por ello que estas circunstancias de comiso se van a concentrar en las ganancias del delito, cuando median procesos productivos; y en los beneficios, rentas, réditos frutos o utilidades económicas que generan dichos bienes ilícitos, cuyo resultado se deriva de otras acciones de usufructo o aprovechamiento que se verifican más allá de la consumación delictiva. De ahí que en Alemania se contemple esta circunstancia con un nombre totalmente distinto, siendo este tipo bienes pasibles de una medida de “confiscación”, como se explicó anteriormente¹²⁰.

Se puede decir que esta forma de comiso se explica con el mismo principio con el que opera, en materia probatoria, la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, pues el carácter espurio de un bien de origen ilícito no desaparece por las acciones lícitas que se hacen de ellos, sino que dicha ilicitud se transfiere a sus ganancias, beneficios, frutos o utilidades. En este sentido, si el producto de un delito se transforma en ganado, serán pasibles de comiso por esta vía las crías que nazcan de dichos animales. De la misma forma, si dicho producto es invertido en la compra de un inmueble que es destinado para ser usufructuado a través de su arrendamiento, se consideraran beneficios o frutos, el valor de los cánones pagados, o los bienes adquiridos con ellos. O si con dicho producto se instala un negocio o empresa, se tendrán por ganancias, aquellas que se deriven del proceso productivo en cumplimiento de su objeto social.

118 Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. Pg. 607.

119 Para José Luis González Cussac, las ganancias incluyen también el producto de la transformación, al indicar que “... en cuanto a las ganancias, estas suele extenderse a todas las provenientes del delito, incluidas las transformadas” (González Cussac, José Luis. Op. cit. Pág. 14)

120 Sobre la distinción entre el comiso y la confiscación, Choclán Montalvo señala lo siguiente. “El art. 127 CP contiene en realidad una dualidad de consecuencias que pueden considerarse de naturaleza diversa. De un lado, el comiso de los instrumentos y los efectos del delito; de otro, la pérdida de la ganancia o confiscación de los provechos ilícitos. El StGB alemán distingue más adecuadamente ambas figuras destinando a su regulación preceptos separados (§§ 73 StGB –confiscación–, §§ 74 y 75 –comiso –). Cada una de estas figuras responde a una finalidad político criminal bien diferente:

1) El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente.” (Choclán Montalvo, José Luis. Op. cit. Pg. 345)

A pesar de lo anterior, se debe reconocer que con relación a los bienes que constituyen las ganancias de un delito, se suelen presentar problemas de proporcionalidad, pues al sustentarse el comiso, generalmente, en el sistema de imputación penal, la identificación de las ganancias va a presentar límites relacionados con los efectos concretos de la conducta ilícita; de ahí que doctrinalmente se discuta si las ganancias que se generan del delito deben ser brutas o líquidas, pues al enmarcarse el reproche del patrimonio que se deriva de un producto espurio dentro del marco de una sanción o consecuencia penal del delito, su reconocimiento también debe estar regido por el principio de proporcionalidad. De ahí que la doctrina mayoritaria se incline por contemplar como pasibles de comiso las ganancias líquidas.

Adicionalmente, la definición del objeto sobre el cual recaen estas circunstancias de comiso también presenta otros problemas prácticos, pues dentro del ejercicio de la función investigativa de un patrimonio ilícito, se pueden presentar dos situaciones en particular: en primer lugar, la investigación puede permitir reconocer, de manera inequívoca, una relación directa de causalidad entre el producto de una actividad delictiva, con los bienes que se consideran ganancias, frutos, rentas o utilidades, evento en el cual, la pretensión de comiso se estructurará a través de las circunstancias de comiso indirecto analizadas en este ítem; en segundo lugar, dichas ganancias se pueden inferir o deducir de los incrementos patrimoniales que presente el investigado, pues no siempre se puede acreditar un nexo de relación directa entre los bienes que se consideran ganancias, frutos, rendimientos o utilidades con el producto de un delito en particular. Para estas circunstancias de indefinición o no justificación, se han generado nuevas circunstancias de comiso indirecto, como el denominado comiso ampliado, predominante en Europa, o el comiso por circunstancias de no justificación razonable, desarrollado en América Latina, que serán examinados a continuación.

De otro lado, se debe precisar que estas circunstancias de comiso se acoge de forma autónoma en algunas leyes de extinción de dominio, donde determina como objeto pasible de extinción de dominio, todas aquellas ganancias, rentas, frutos y otros beneficios que se generen, no solo de los bienes que puedan ser cuestionables por su origen, sino también de aquellos perseguibles por su destinación ilícita, pues la consecuencia jurídica de pérdida del derecho de dominio en estos casos, se reconoce desde el mismo momento en que se adquiere el bien (en los casos de origen delictivo) o desde que se verifica el incumplimiento de los deberes inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad, lo que impide tener por legítimo el usufructo que generen dichos bienes.

De otra parte, al tener la extinción de dominio un fundamento de legitimación distinto al del comiso penal, que en materia de bienes de origen ilícito se sustenta en el cuestionamiento de la validez del acto mediante el cual se adquiere el derecho a la propiedad, la afectación de las ganancias, frutos, rendimientos o beneficios va a contar con dicho factor de legitimación, por lo cual, las discusiones doctrinales que se presentan en materia del comiso penal, con relación a las ganancias brutas o líquidas, no tienen cabida en materia de extinción de dominio, pues aquí dichos bienes serán examinados desde la perspectiva de la validez del derecho que los genera, sin entrar a realizar juicios de proporcionalidad con conducta delictiva alguna.

• Comiso ampliado, extendido o de bienes sin justificación lícita razonable

Uno de los avances más significativos del comiso lo constituye su versión ampliada o extendida adoptada del derecho alemán¹²¹, a través de la cual se pretende superar uno de los más frecuentes obstáculos que se presenta con relación a las exigencias normativas y probatorias del comiso directo

121 Sobre el origen de esta circunstancia de comiso, Gascón Inchausti señala: "El decomiso ampliado es una figura que tiene su origen en el ordenamiento alemán-erweiterter Verfall: § 73d StGB-, pero que ha sido asumida por las instituciones de la Unión Europea como instrumento para avanzar en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, y que han optado decididamente por imponer su incorporación a los ordenamientos de todos los Estados miembros, a través de la DMD-que señala, según se ha visto ya, el 15 de marzo de 2007 como término final para que los Estados operen los cambios necesarios para darle plena efectividad." (Gascón Inchausti, Fernando. Op. cit. Pg.71)

de bienes de origen ilícito, pues a pesar de que los avances producto de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (de pena a consecuencia accesoria) habían permitido superar algunas limitaciones, aún persistía el problema de acreditar una directa vinculación del bien con el hecho enjuiciado, situación que restringía ampliamente el campo de acción de la pretensión patrimonial, inhibiendo la posibilidad de que esta figura cumpliera con sus fines político criminales.

Lo anterior, toda vez que en las circunstancias de comiso directo, así como en algunas formas de comiso indirecto, se exigía que el marco fáctico de la conducta delictiva que era objeto de investigación,¹²² debería ser el mismo que tenía que orientar la pretensión de comiso sobre los bienes que se vinculaban con el correspondiente delito. Se impedía así, la posibilidad de extender la pretensión a bienes adquiridos con anterioridad al acto delictivo investigado, aun así, se contara con elementos de juicio que permitieran cuestionar razonablemente su origen delictivo, pues en virtud de los principios de legalidad y proporcionalidad que irradiaban la figura desde la óptica penal o sancionatoria, se inhibía la posibilidad de pretender la privación de dominio de bienes que no tuvieran relación con el acto delictivo investigado.

Un ejemplo frecuente sobre esta problemática se suele encontrar en las investigaciones por narcotráfico, donde es habitual la identificación de bienes adquiridos por el acusado con anterioridad al hecho investigado, respecto de los cuales se puede inferir razonablemente que son producto de la misma actividad delictiva; pero, al no guardar una relación directa con el hecho concreto objeto de investigación, la posibilidad de decretar el comiso se anulaba, toda vez que las circunstancias ilícitas que comprometían dichos bienes, quedaban por fuera de la órbita de las descripciones normativas del comiso tradicional. Esta situación, salvo contadas excepciones reconocidas por vía jurisprudencial¹²³, solía ser una de las principales deficiencias de las circunstancias de comiso descritas con anterioridad.

Es de anotar que estas limitaciones obligaron a la revisión integral de los fundamentos de legitimación del comiso, como instituto de derecho penal, por lo que resultaba imperativo prevalecer sus características y fines sustanciales sobre los aspectos formales de la acusación penal. Con ello, los presupuestos del comiso comienzan a desprenderse del marco fáctico de la imputación penal; es decir, se aparta de un hecho delictivo concreto y de la consecuente responsabilidad penal, y se enfoca en la actividad delictiva en general que vulnera los bienes jurídicos que son de interés del derecho penal; para ello, esta circunstancia de comiso presenta una nueva orientación del objeto de valoración, pues pasa de centrar la atención del vínculo del bien con un delito concreto, a valorar la validez sustancial del derecho de propiedad, reconociendo de especial interés para los fines del comiso penal, aquellos bienes o patrimonios que carecieran de una justificación lícita razonable; es decir, una justificación acorde con las reglas de acceso a la propiedad privada dentro del sistema jurídico¹²⁴.

122 Sobre el particular Jaén Vallejo y Perrino Pérez destacan: “Durante demasiado tiempo la atención del proceso penal y los esfuerzos de política criminal giraron en torno al elemento punitivo del delito. El objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y estaba dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquellos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo usual que itinerario investigador y procesal fuera el inverso”. (La recuperación de activos frente a la corrupción: la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos. Dykinson; Madrid, 2016. Pg.121)

123 Choclán Montalvo relaciona como esta figura ya registraba algunos antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al citar la sentencia del 5 de abril de 1999 donde se reconoce el comiso de bienes sin relación directa con el delito investigado, en aquellos eventos donde se logra acreditar una genérica actividad de narcotráfico, pues en dicha decisión se reconoce que: “el comiso de efectos y dinero procedentes del tráfico de droga puede abarcar los obtenidos por tal comercio, en actos de tráfico distintos del que sea objeto de acusación, si así consta acreditado como aquí sucede, a la vista de los datos objetivos que valorados por la Sala de instancia conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, conducen a la conclusión racional de que tal era la procedencia de los que han sido en este caso decomisados”. OP. cit. Pg. 353.

124 Este cambio es determinante en la evolución de la figura del comiso penal, pues se empieza a desprender del delito como fuente de legitimación y se aproxima a otros factores de legalidad sustancial frente a la validez del derecho de propiedad, con lo cual, se puede afirmar que el comiso empieza a aproximarse a la extinción de dominio, cuyo fundamento de legitimación, en las causales de origen ilícito, se acredita a través de la verificación de los factores de validez sustancial de la adquisición del derecho, aspecto del cual nos ocuparemos más adelante.

Se puede concluir entonces, que el comiso ampliado constituye la expresión práctica del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal en materia patrimonial. De ahí que esta figura sea vista como el mecanismo idóneo para perseguir o recuperar los incrementos patrimoniales mal habidos, como bien lo reconoce la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1º de 2015, donde se aborda el tema de la validez jurídica del derecho a la propiedad, de la siguiente manera:

El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación.

En similar sentido se orientó también la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea del año 2012, donde resalta las bondades de esta figura al permitir trascender el hecho investigado para ocuparse del trasfondo de los efectos económicos de las actividades criminales en general, al considerar como “poderes ampliados de decomiso” que le otorgan al Estado la “...capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso (ampliado) no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares”.

Se debe precisar además, que esta forma de comiso ampliado recoge también la amplia experiencia reconocida en la jurisprudencia de los tribunales en distintos casos de narcotráfico, lavado de activos y otros delitos asociados a la denominada “criminalidad organizada” donde se ha podido identificar, en múltiples procesos de comiso de bienes, que constituyen el objeto o producto de otros delitos, una serie de patrones comunes que han permitido decantar una variedad de indicios¹²⁵ que permiten inferir razonablemente la falta de justificación lícita de un bien y deducir, por vía de contradicción, su probable origen espurio. Sería el caso, por ejemplo, donde se acredita un incremento patrimonial de una persona a quien se le constata una vinculación con actividades delictivas que generan lucro y existe una notoria desproporción entre los ingresos lícitos reportados o identificados y el valor de los bienes adquiridos.

En otras legislaciones, dicha experiencia queda recogida en la normatividad a través de “presunciones de ilicitud”¹²⁶, que al no ser debidamente desvirtuadas por el condenado, habilitan al juez a deducir su ilícita procedencia, como por ejemplo, las presunciones contempladas en el artículo 127 sexies del Código Penal español, donde se establecen las siguientes:

125 Por ejemplo, se destaca dentro de esta figura el comiso ampliado de la legislación española, que de acuerdo con el artículo 127 bis, introducido a través de la Ley Orgánica N° 1 de 2015, estableció los siguientes indicios para su reconocimiento:

“A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.”

126 Con relación a los precedentes que han permitido identificar reglas de la experiencia y cimentar algunas presunciones de ilicitud, Guillermo Jorge resalta lo siguiente: “En algunos países, la ley establece un sistema de presunciones relativas sobre el origen de los bienes que el condenado debe destruir para evitar el decomiso. Algunos países, como el Reino Unido, presumen que los bienes adquiridos durante cierto lapso anterior a la condena provienen de actividades ilícitas. Otros, como Austria, Suiza, Alemania o Francia, presumen que los bienes pertenecientes a una persona condenada por ser miembro de una asociación ilícita—un grupo criminal organizado, una asociación criminal, etcétera—están bajo el control de tal organización. En ambos casos, las presunciones son relativas, pero la carga de destruirlas está a cargo de la defensa del condenado.” Op. cit. Pg. 80-81.

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1. Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.
A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.
2. Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.
3. Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

De otro lado, se debe destacar que el comiso ampliado, a pesar de marcar alguna distancia entre el bien o patrimonio con el delito investigado, sigue perteneciendo al sistema mixto de imputación penal y, por tanto, son varios los presupuestos de orden personal y real que se exigen para su reconocimiento: En primer lugar, como se mencionó al inicio del presente análisis, en esta figura predomina una condición *in personam*, pues demanda una declaratoria de responsabilidad penal previa con relación a un delito definido previamente por el legislador, que reviste cierta gravedad y cuya naturaleza permite la generación de beneficios económicos, que por lo general, se asocia a los delitos relacionados con el crimen organizado; en segundo lugar, que los bienes cuyo origen ilícito se infiere que es producto de la actividad ilícita sobre la cual versa la condena, pertenezcan al condenado no a terceros¹²⁷; en tercer lugar, la adquisición de los bienes debe ser independiente o anterior al hecho delictivo que motiva la condena; en cuarto lugar, se debe acreditar la existencia de indicios objetivos de ilicitud que permitan cuestionar fundadamente el origen de los bienes y desestimar cualquier fuente en una actividad ajustada a la legalidad; y, en quinto lugar, la no justificación del origen de los bienes en una fuente lícita, lo que demanda la necesidad de brindar una oportunidad justificativa al condenado en función de controvertir los elementos anteriores, para desvirtuar la presunción de ilicitud.

A pesar de la claridad de la norma, no está de más recordar que esta figura se sustenta en la demostración de una “actividad” delictiva que pueda generar riqueza, y no de una “conducta” delictiva determinada, asociada con tal actividad, pues no cualquier condena permite estructurar el juicio de inferencia lógica razonable que permita concluir sobre la ilicitud del patrimonio; por ejemplo, cuando alguien es condenado por lavado de activos por un solo acto de prestar su nombre para adquirir un bien con el producto de un delito de narcotráfico, no con este hecho se puede inferir su participación en la actividad delictiva subyacente, a menos de que existan elementos de juicio que permitan inferir que participa de manera efectiva en las actividades de comercialización y tráfico de estupefacientes; máxime, si se tienen en cuenta que las tendencias actuales de esta modalidad de lavado de activos, es la de buscar testaferros con suficiente solvencia económica

¹²⁷ La exclusión de los terceros de esta forma de comiso resulta bastante razonable de acuerdo con sus fundamentos de legitimación, como claramente lo expone Patricia Vargas, al indicar que: “La legislación española no contempló el comiso ampliado extensible a terceros, o sea el de bienes adquiridos por terceros allegados a las personas cuyo patrimonio es sometido a decomiso ampliado, ni el de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que el condenado o sus allegados ejercen control efectivo, o de la cual recibe buena parte de sus ingresos, lo que tampoco supone un problema en términos de acatamiento de compromisos comunitarios, pues como indiqué en su momento, era una potestad de los Estados (y no un deber) regular esos supuestos. Aunque algunos creen que hubiese sido conveniente hacer eco de dicha norma supranacional en la legislación interna, pues es común el empleo de testaferros, sean personas físicas o jurídicas, que adquieren los bienes de mala fe con el único propósito de evitar que sean objeto de decomiso, el tema debe examinarse con cuidado, toda vez que el comiso ampliado está diseñado para bienes que no se relacionan directamente con la actividad criminal que se está discutiendo en el proceso, de allí que sea un riesgo admitirlo sobre bienes de terceros, que por su titularidad guardarán mayor distancia con los hechos sometidos a juicio.” (Vargas, Patricia. Op. cit. Pg. 77)

para no despertar sospechas ante las autoridades. Igual situación se presentaría con relación a una condena por un delito culposo, como por ejemplo, un lavado de activos imprudente, pues como bien resalta Teresa Aguado, esto implica un problema de proporcionalidad¹²⁸. Por ello, a pesar que el delito es de tal gravedad y relación con el crimen organizado, su participación y condena no sería idónea para cuestionar fundadamente los demás bienes que estuviesen a su nombre a través del comiso ampliado.

Con relación al objeto sobre el cual recae el comiso ampliado, se debe precisar que, a diferencia de las anteriores circunstancias de comiso, esta modalidad no está concebida para pretender bienes en particular, sino que se extiende al cuestionamiento de patrimonios totales o parciales, pues las características de los indicios y las reglas de valoración probatoria que acompañan la figura, permiten inferir que su objeto se amplía a la valoración del patrimonio de una persona para determinar, a partir de una inferencia lógica razonable, la falta de justificación en una fuente lícita.

Es importante destacar que este presupuesto de no justificación lícita razonable, constituye, a nuestro juicio, la principal característica de esta modalidad de comiso, la cual opera como un elemento normativo que califica el objeto pretendido por vía de comiso ampliado (bienes o patrimonio), elemento que, dicho sea de paso, no representa en ningún momento una inversión de la carga de la prueba; por el contrario, la figura se estructura a partir de unos presupuestos probatorios bastante exigentes que parten de que desvirtué previamente la presunción de inocencia a través de una sentencia condenatoria¹²⁹ por una conducta grave similar a la que se infiere como fuente u origen de los bienes y establece una serie de indicios que responden a reglas de la experiencia debidamente fundadas, que permiten realizar un juicio de inferencia lógica razonable para concluir sobre la ilicitud de los bienes cuestionados¹³⁰.

Dentro del contexto latinoamericano, la adaptación de esta forma de comiso no ha tenido aún el desarrollo técnico que se viene implementando en Europa. Sin embargo, se debe indicar que el presupuesto normativo de “no justificación razonable” ha permitido desarrollar algunas variaciones de esta figura, como el comiso sobre capitales emergentes de Costa Rica¹³¹, o el comiso de pleno derecho de la República Oriental del Uruguay¹³², que presentan una descripción normativa muy similar a la del comiso ampliado, pero preservan la identidad jurídica de dicha figura frente al deber

128 Al respecto, Teresa Aguado Correa destaca que “Antes de pasar a analizar la regulación del comiso ampliado, queremos destacar que su previsión en un artículo separado, ubicado a continuación de la regulación del comiso en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes (art. 127.1 y 2 PrCP), y no con carácter previo a éste último como sucede en el vigente Código Penal (art. 127.1. 2º párrafo CP), da lugar a la ampliación del ámbito de aplicación de este tipo de comiso pues ya no solo se puede aplicar cuando se trate de delitos dolosos (art. 127.1 PrPC) sino también delitos imprudentes (art. 127.2 PrPC). Su ubicación permite acordar el decomiso ampliado en el caso de que el sujeto fuese condenado por un delito de blanqueo de capitales imprudente, lo cual puede resultar desproporcionado.” Aguado Correa, Teresa. Op. cit. pag. 20.

129 En este sentido, resulta bastante ilustrativa la jurisprudencia española que acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto: “Asimismo en la Sentencia de 23 de septiembre de 2008, Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido, el TEDH se refiere a sus pronunciamientos sobre el uso de presunciones en el ámbito del comiso, materia muy relacionada con el blanqueo de capitales, concluyendo que no considera “en ningún caso, que sea incompatible con el concepto de juicio equitativo, de conformidad con el artículo 6, invertir la carga de prueba sobre el demandante, un vez que ha sido condenado por un delito grave de tráfico de drogas, y que le corresponda a él demostrar que la fuente de la que procede el dinero o los activos que se ha probado que ha poseído en los años precedentes al delito era legítima”. En el mismo sentido, no cabe estimar que la exigencia de que una persona relacionada con el tráfico de estupefacientes acredite el origen lícito de cuantiosos e injustificados incrementos patrimoniales debidamente acreditados, o su procedencia de fuentes ajenas a dicho tráfico, pueda ser contrario a lo dispuesto en el referido art 6º.” TSE sentencia 350 de 2014.

130 Frente a este punto, cabe destacar la jurisprudencia colombiana que sobre el particular, ha señalado lo siguiente: “... no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”. C.S.J. de Colombia Sentencia 31103 de 2009. En similar sentido la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 23754 de 2008: “Aquí se observa pertinente agregar que el derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados.”

131 Ley 8754 de 2009, Contra la Delincuencia Organizada, “Artículo 22. Sanciones. La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación.”

132 La Ley 18494 de la República Oriental del Uruguay establece: “63.5. (Ambito subjetivo). El decomiso puede alcanzar los bienes enumerados en los incisos anteriores de los que el condenado por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Podrán ser objeto de decomiso el dinero, los bienes y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquél en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo, siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva.”

que tiene un ciudadano de justificar el origen lícito de sus bienes¹³³ de acuerdo con las características propias de sus sistemas jurídicos.

De otro lado, se debe anotar que la circunstancia de comiso ampliado o extendido no es recogida en las leyes de extinción de dominio, pues sus características *in personam*, de declaratoria previa de una responsabilidad penal del titular de los bienes a través de una sentencia penal, son contrarias al carácter real y autónomo de la extinción de dominio, pues éste es un instituto que se puede reconocer de manera autónoma del proceso penal y no demanda la existencia de una condena previa.

Sin embargo, se debe precisar que el elemento normativo de “no justificación razonable” es común a la mayoría de leyes y códigos donde se consagra la extinción de dominio, pues se reconoce como una forma de “producto derivado”¹³⁴ con la particularidad de que aquí, a diferencia del comiso ampliado, jamás se demanda una declaratoria previa de responsabilidad penal del titular de los bienes, aunque los demás presupuestos si son predicables, como se puede apreciar en la redacción del literal “g” de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por Naciones Unidas, donde se establece dicha consecuencia jurídica sobre los “*Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.*”. Esta regla se reproduce de manera similar en el Código de Extinción de Dominio de Colombia¹³⁵, y en las leyes especiales de extinción de dominio de El Salvador¹³⁶, Honduras¹³⁷ y Guatemala¹³⁸, donde la no justificación lícita razonable constituye la base de una de las principales causales extintivas sobre bienes de origen espurio.

Se debe anotar además, que esta no subordinación de la figura a la preexistencia de una condena penal previa, permite que la valoración de los indicios dirigidos a determinar si un patrimonio tiene o no justificación lícita razonable, no solo se concentra en el principal investigado, o condenado como exige el comiso ampliado, pues el carácter real de la acción permite extender la investigación a todo su núcleo familiar, social o empresarial, pues se sigue la regla de la experiencia de que los delinquentes no son torpes, y no suelen dejar el delito a su nombre. Para la extinción de dominio, los familiares y demás titulares de derechos sobre los bienes que componen el patrimonio investigado

133 Frente a la carga que se impone a los ciudadanos de dar cuenta al Estado sobre el origen de su patrimonio, resulta oportuno destacar la posición natural y práctica que asume la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, frente al deber de justificación que se impone a los ciudadanos sobre el origen lícito de sus bienes, el cual no es novedoso dentro del ordenamiento jurídico, pues no es distinto al que se exige en materia tributaria. Al respecto señaló: “Existe un interés del Estado en que el patrimonio de toda persona haya sido obtenido en forma lícita y no como producto de acciones contrarias al ordenamiento jurídico. El patrimonio obtenido ilegítimamente carece de la protección estatal porque atenta contra los valores y principios que constituyen la base misma del Estado de derecho.”. Más adelante agrega: “Como primer aspecto debe reiterarse que no se trata de un proceso sancionatorio penal. Las normas cuestionadas otorgan al interesado un plazo de veinte días hábiles para contestar la denuncia y ofrecer la prueba que considere conveniente, donde se acredite la adquisición y tenencia legítima de los bienes. (...) En cuanto al derecho de abstención, el artículo 36 de la Constitución Política lo contempla respecto de causas penales y no para el resto de los procesos. En ese sentido, resulta ilustrativo que esta Sala ha reconocido la obligación de declarar los bienes que existe también dentro del Derecho Tributario. Todas las personas tienen la obligación de declarar los bienes y demostrar que son lícitos para efectos de pagar el impuesto sobre la renta; ello por cuanto, el Estado requiere conocer la procedencia de los bienes que circulan en el mercado, por un tema de seguridad jurídica y transparencia del sistema financiero.”

134 Circunstancia de comiso indirecto recomendada en los instrumentos internacionales, que se menciona bajo el nombre de “Producto derivado” en el numeral 1° del artículo 5 de la Convención de Viena.

135 Causal cuarta del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio “4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.”

136 Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4° literal c) “Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.”

137 La Ley de Pérdida de Dominio de Bienes de Origen Ilícita presenta tres causales por no justificación razonable del origen de los bienes: Artículo 11 Decreto 27-2010: “1. Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;” y “2. Cuando en cualquier caso el afectado o interesado no se logre justificar el origen lícito del bien, producto, instrumentos o ganancias, que es objeto de persecución;” y 8. “Cuando exista un incremento patrimonial sin justificación, en cualquier tiempo sin que se pueda explicar su origen lícito de éste.”

138 Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4° literal b): “Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.”

no son terceros¹³⁹, pues serían reconocidos como afectados, teniendo toda la legitimación, derechos y garantías del debido proceso de la parte pasiva de la relación procesal.

El objeto sobre el cual recaen estas causales, es similar al del comiso ampliado, pues son causales diseñadas para pretender el patrimonio (total o parcial) de una persona, entendido este, en palabras del profesor Luis Guillermo Velásquez, como *“una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva”*¹⁴⁰. En este sentido, también se tendrán por incrementos patrimoniales por justificar los gastos desproporcionados que no guarda relación con las fuentes de ingresos lícitos del titular del patrimonio, o la disminución de pasivos, eventos que si bien no permiten la identificación clara de bienes concretos que puedan ser pasibles de la acción extintiva, si habilitan al Estado para que la pretensión de extinción de dominio se oriente sobre los bienes por valor equivalente al capital ilícito gastado o cancelado en cumplimiento de alguna obligación.

Con relación al elemento normativo de no justificación, en materia de extinción de dominio su acreditación presenta mayores cargas probatorias para su reconocimiento, pues no se trata simplemente de una negación o juicio subjetivo donde el Estado puede requerir a cualquier ciudadano que dé cuenta del origen de su patrimonio, pues atendiendo a las expresas cargas probatorias que tiene el Estado en materia de extinción de dominio, solo se puede hablar de que no existe una justificación razonable, solo después de haber agotado una seria investigación¹⁴¹ donde se le hubiese dado la oportunidad al titular del patrimonio cuestionado, de controvertir las pruebas del Estado para desvirtuar las presunciones de licitud y buena fe. En este sentido, se podrá hablar de no justificación, cuando se ha estudiado el origen del patrimonio, total o parcial de un ciudadano, por un período determinado, en el cual sus bienes o gastos no corresponden con sus ingresos lícitos, y que después de haber otorgado al titular del patrimonio la oportunidad de justificar las diferencias patrimoniales, su versión de licitud no hubiese sido corroborada o fuere desvirtuada seriamente por el Estado.

Por último, se debe destacar que la extinción de dominio, al reconocerse a través de una acción autónoma e independiente del proceso penal, no está subordinada a los presupuestos de extinción de la acción penal o terminación anormal del proceso penal, a diferencia del comiso ampliado, que al desarrollarse como un instituto penal accesorio, queda condicionado a los resultados de la pretensión penal principal, por lo cual, esta pretensión de comiso se puede ver afectada por las eventualidades que acaecen dentro del proceso penal. Ejemplo de ello, es el reconocimiento expreso de estas limitantes que hace el comiso ampliado de la legislación española, donde dispone expresamente, en el numeral 5° del artículo 127 bis, que *“El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.”*

139 Para el derecho penal, cualquier titular de derechos sobre bienes pretendidos por vía del comiso ampliado que no tenga relación con la actividad delictiva, tendrá la condición de tercero. En materia de extinción de dominio, serán terceros, quienes no tengan ninguna relación con la causal extintiva. En este caso, quien ostente la titularidad sobre un bien que carece de justificación lícita razonable, será parte y no tercero, lo que se traduce en una garantía al momento de ejercer los derechos de contradicción, oposición y defensa, pues la suerte de su pretensión no se subordina a la existencia del proceso penal donde se determine la existencia de un penalmente responsable.

140 Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, Bogotá. 2010.

141 En la práctica, en materia de extinción de dominio no se presenta una inversión de la carga de la prueba, como quiera que las normas de extinción, por lo regular, establece una serie de presupuestos probatorios para desvirtuar seria y fundadamente la presunción de licitud del patrimonio. En este sentido, la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas, establece los fines que debe cumplir la Fase inicial o preprocesal, determinando que para poder iniciar previamente un proceso, se debe acreditar por lo menos los siguientes aspectos: “a. Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en un presupuesto de extinción de dominio”; “b. Acreditar que concurren los elementos exigidos en los presupuestos de extinción de dominio.”; “c. Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en un presupuesto de extinción de dominio y averiguar su lugar de notificación.” “d. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de extinción de dominio; y “Desvirtuar la presunción de buena fe.”

• Del denominado “Comiso de bienes de terceros”

Si bien en Europa las nuevas tendencias legislativas en materia de comiso se están ocupando por consagrar algunas reglas que se han acogido bajo la denominación de “comiso de bienes de terceros”, siguiendo la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014¹⁴², encontramos necesario precisar que dicha figura técnicamente no constituyen una nueva forma o circunstancia de comiso, pues simplemente se ocupa de ampliar el ámbito subjetivo de las demás circunstancias de comiso, a excepción del comiso ampliado, cuando los bienes se encuentren en cabeza de terceros del proceso penal; es decir, aquellos que no son autores ni participantes en el delito, positivizando así una serie de reglas de la experiencia, indicios y presunciones que facilitan el reconocimiento de los presupuestos de una circunstancia de comiso, de manera subsidiaria o alternativa¹⁴³ cuando el bien ilícito se encuentra en cabeza de una persona distinta de aquellas contra quien se dirige la pretensión de declaración de responsabilidad penal.

Como advierte Patricia Vargas, la problemática de los terceros ha sido una constante durante toda la evolución del comiso¹⁴⁴; por ello, las reglas que se recomiendan en este tipo de disposiciones, son el producto decantado de la experiencia en los tribunales, en aquellos casos donde se constata que en los delitos de alta rentabilidad económica los delincuentes no obran con torpeza y, por tanto, no dejan el producto del delito a su nombre, acudiendo a terceros y personas jurídicas que son utilizados como testaferros o prestanombres, con quienes pretenden neutralizar las acciones de comiso, circunstancias que al ser llevadas a un reconocimiento normativo, a pesar de sus limitaciones procesales¹⁴⁵, resultan de suma utilidad al momento de valorar la situación jurídica de los bienes de un tercero, ya sea en un proceso penal, como en una acción de extinción de dominio, pues se enfocan a aspectos relacionados con el ámbito subjetivo que son aplicables a ambas figuras.

Se puede decir que estas reglas para el tratamiento de los bienes comprometidos en una circunstancia de comiso penal que pertenecen a terceros, se pueden concentrar en dos grupos: el primero, relacionado con la estructuración de indicios que permiten desvirtuar la presunción de buena fe; y, el segundo, relacionado con la consagración de presunciones que permite cuestionar ciertos comportamientos que se consideran de mala fe o presumir un obrar consciente sobre las circunstancias de ilicitud que comprometen un bien.

Con relación al primer grupo de reglas que consagran indicios que permite desvirtuar la presunción de buena fe, se debe precisar que algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano y el

142 Esta directiva considera: “(24) La práctica de que un sospechoso o persona acusada transfiera activos delictivos a un tercero con su conocimiento con el fin de evitar el decomiso es común y está cada vez más extendida. El vigente marco jurídico de la Unión no contiene normas vinculantes sobre el decomiso de bienes transferidos a terceros. Por lo tanto, resulta cada vez más necesario permitir el decomiso de bienes transferidos a terceros o adquiridos por ellos. La adquisición por un tercero se refiere a situaciones en las que, por ejemplo, el bien ha sido adquirido por el tercero, directa o indirectamente, por ejemplo mediante un intermediario, de un sospechoso o persona acusada, incluso cuando la infracción penal haya sido cometida en su nombre o para su beneficio, en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse. Ese decomiso debe ser posible al menos en aquellos casos en que los terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. Las normas sobre decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas. En cualquier caso, no deberían verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe.”

143 Esta parece ser la teleología de las disposiciones de comiso sobre bienes de terceros, de acuerdo con el numeral 25 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece que “Los Estados miembros tienen la facultad de considerar el decomiso de los bienes de un tercero como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, según proceda de conformidad con el Derecho nacional.”

144 Vargas González, Patricia. Op. cit. Pg. 34

145 A nuestro juicio, la problemática del comiso de bienes en cabeza de terceros no se reduce a la ampliación normativa de su ámbito subjetivo, pues en la mayoría de países este aspecto ya había sido reconocido ampliamente por vía jurisprudencial, en especial, con relación al desarrollo de los conceptos de buena o mala fe, que sirven de criterio subjetivo para determinar la procedencia del comiso cuando los bienes ilícitos no están a nombre del penalmente responsable. Lo que realmente resulta relevante, es la necesidad de contar con un procedimiento garantista y autónomo que permita al tercero ejercer sus derechos sin que su pretensión quede relegada o subordinada a los resultados de un proceso penal que le es ajeno o extraño, pues como se mencionó anteriormente, la situación jurídica de los bienes de un tercero en el proceso penal se resuelve a través de tramites incidentales, donde en muchos casos, a dicho tercero ni siquiera se le reconoce la calidad de parte, aspecto que repercute en el desmedro de sus derechos y garantías constitucionales, pues su pretensión queda condicionada al avance y solución del proceso penal, que es la actuación principal.

costarricense, lo suelen sustentar en la máxima jurídica "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" mediante la cual, a nadie le es permitido alegar a su favor su propia culpa o torpeza; también reconocida con la categoría de principio general del derecho de que "nadie puede sacar provecho de su propio dolo o culpa"¹⁴⁶, en palabras de Guillermo Jorge, "nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas"¹⁴⁷. De ahí que en materia de terceros no es necesario penetrar en los juicios subjetivos del derecho penal (dolo o imprudencia), pues el criterio de valoración no debe realizarse con relación a la acción del tercero frente a delito investigado, sino simplemente, se requiere valorar su conocimiento o probabilidad de advertencia de las circunstancias de ilicitud que comprometen el bien cuestionado desde una perspectiva patrimonial, por lo cual, basta con reconocer, por lo menos, la culpa civil.

En estos casos, solo es necesario contar con objetividades o indicios que permitan inferir razonablemente que el tercero actuó de manera consciente de la ilicitud que compromete el bien¹⁴⁸; es decir, si sabía o estaba en la capacidad de inferir razonablemente que el bien que adquiere procedía de un delito o, si un bien de su propiedad se había destinado a la comisión de este; independiente de si dicha condición de valoración subjetiva permita derivar o no responsabilidad penal en su contra por algún otro delito doloso o culposo¹⁴⁹. También, si se demuestra que el tercero actuó consciente de que con su intervención se podía frustrar cualquier posibilidad de comiso, pues tan solo basta con demostrar dicho estado de conocimiento, para exigir de él un comportamiento diferente, en atención a las mínimas previsiones de prudencia y debida diligencia que le son exigibles a cualquier ciudadano¹⁵⁰. Así lo ha reconocido la literatura especializada, que sobre el particular ha puntualizado lo siguiente:

"Aunque el Código no tiene la claridad que fuera deseable, debe considerarse como mala fe del tercer adquirente todo supuesto en que éste tenga conocimiento cierto, o se haya representado la probabilidad de que así sea, de la condición de decomisible del bien de que se trate, aunque este bien no tenga un origen ilícito. De este modo, el comiso podrá decretarse en estos dos casos:

1. En el caso de que el tercero adquiera bienes de origen ilícito. En este supuesto el tercero probablemente será responsable del delito de receptación o del delito de blanqueo de dinero, que asimismo permiten el comiso del objeto de la acción.

146 Sobre este principio, Gilberto Blanco describe su alcance de la siguiente manera: 2.3. Imprudencia por aprovechamiento en dolo propio: (*Nemo Auditur propriam turpitudinem allegans*). De la misma manera, constituye este principio la antítesis de la bona fides, pues por medio de esta figura quiere la persona aprovecharse de su culpa o de su mala fe, situación contraria no sólo a las leyes sino a las buenas costumbres. De ahí que se tache a todo el que pretenda beneficiarse de su propio dolo o culpa, toda vez que son personas indignas de ser escuchadas por la justicia; por ejemplo, la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar una herencia o legado luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento, y así pretende sucederle al causante." (Blanco Zuñiga, Gilberto Augusto. Los principios generales del derecho en la constitución de 1991. Revista de derecho: División de Ciencia Jurídicas de la Universidad del Norte N° 17; Barranquilla, 2002. Pg. 254)

147 Op. cit. Pg. 67.

148 Ejemplo de este tipo de normas lo constituye el artículo 127 quater del Código penal español, introducido por la Ley orgánica 1 de 2015, que establece como reglas para desvirtuar la presunción de buena fe, las siguientes:

"1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso."

149 Se debe tener presente que el hecho de calificar al titular como tercero dentro del proceso penal que compromete el bien con un delito, no quiere decir que no se deba explorar la posibilidad de inferir o derivar responsabilidad penal a dicho tercero, pues en muchos casos dicho conocimiento permite deducir responsabilidad, a título de dolo directo o eventual, frente a otros tipos penales como lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito o receptación. De la misma forma, con relación a algunas modalidades imprudentes de Lavado de Activos, como lo destaca Teresa Aguado al señalar lo siguiente: "En realidad, a través de este precepto lo que se permite es acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos "terceros" a efectos del decomiso. Y es que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CP. En el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 CP)". Op. cit. Pg. 50.

150 Al respecto, resulta de utilidad las previsiones realizadas por la Corte Constitucional colombiana sobre el reconocimiento de la buena fe simple, que es valorable en las actuaciones penales "Entonces, en el caso de los bienes adquiridos por enajenación o permuta, es de vital importancia determinar si el tercero adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave, pues de ser así es viable la extinción de dominio. En caso contrario, es decir, si el tercero a quien se le traspasó un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita es de buena fe debe protegerse su derecho, bajo determinadas circunstancias, y no sería viable la extinción de dominio. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1007 de 2002. M.P.)

2. En el caso de que adquiera la cosa que fue utilizada como instrumento del delito y sobre la que el autor o partícipe del hecho podían ostentar un derecho de propiedad, cuando tal adquisición frustró el comiso.¹⁵¹”

Pero la verificación de la buena fe no es solo un postulado que se examina en materia de adquisición de bienes de origen ilícito, pues este principio también gobierna el uso o destinación que un ciudadano hace de su propiedad; por ello, también se debe de entrar a reconocer o desvirtuar la buena fe en los casos de destinación ilícita¹⁵². Sobre el particular, resulta de interés la jurisprudencia mexicana que ha considerado los siguientes presupuestos para su reconocimiento:

Es afectado de buena fe la persona que tiene algún derecho real sobre los bienes materia de la acción de extinción de dominio, que acredite la legítima procedencia del bien y no existan evidencias de que haya participado o tenido conocimiento de la actividad delictiva; quien debe ser llamado al juicio relativo, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, para deducir sus derechos con apego a sus garantías constitucionales, y sin privarlo de la posibilidad de defenderse. Ahora bien, en atención a lo anterior y en términos del artículo 22, párrafo segundo, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el afectado que afirma ubicarse en esa descripción debe demostrar, según sea el caso, tres cuestiones: 1) la procedencia lícita de los bienes; 2) que su actuación es de buena fe; y, 3) que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes. (...) sin embargo, acreditar la “buena fe” a falta de indicios o elementos de prueba que demuestren la mala fe del afectado, se torna prácticamente imposible.¹⁵³

El segundo grupo de normas hace relación a las presunciones legales, donde la norma establece una serie de eventos en los cuales la constatación de ciertas objetividades permite desestimar la existencia de un proceder acorde con los postulados de la buena fe. Como presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada por el tercero, a cuenta de la prueba que aporte para refutarla.

Ejemplo de este tipo de disposiciones se destaca el numeral segundo del mencionado artículo 127 *quater* de la legislación penal española que desestima la buena fe por la forma de tradición o el valor del bien, al establecer que “2. *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.*”. En este mismo sentido opera el artículo 23 del Código Penal argentino, que establece “*Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.*”.

Otra presunción se puede deducir del artículo 63.5 de la Ley 18.494 de Control y Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo de Uruguay, que desestima la buena fe del tercero que es titular de bienes cuando se demuestra que el beneficiario final es una persona condenada por las conductas allí establecidas: “*A los fines del decomiso se considerará al condenado por los delitos previstos en la presente ley o conexos con éstos, beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.*”.

151 Choclán Montalvo, José Antonio. Op. cit. Pg. 349-350

152 Son múltiples los casos de destinación ilícita que permiten cuestionar el comportamiento del propietario por asumir una posición de mala fe con relación a la destinación ilícita de su propiedad, como cuando una persona arrienda su casa y cobra un canon por encima del valor del mercado pues actúa consciente de que arrendatario va a expender sustancias estupefaciente en ella; o el caso de la persona que presta o alquila un vehículo a un familiar con antecedentes penales por hurto o tráfico ilícitos y de quien no conoce actividad lícita que le asegure el uso adecuado de su automotor.

153 Sentencia de la Décima Época, registro 2008873. Suprema Corte de Justicia de la Nación; Primera Sala, abril de 2015.

De otro lado, siguiendo con el análisis comparativo del instituto del comiso con la extinción de dominio, se debe precisar que al ser esta una figura jurídica autónoma del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, no maneja el mismo concepto de tercero que se reconoce en materia penal, pues como se mencionó anteriormente, el tercero al que alude el comiso penal, es aquel que no guarda ninguna relación con el delito, ya sea como autor o partícipe del mismo¹⁵⁴. En materia de extinción de dominio, dichos terceros tendrían la calidad de parte; es decir, son considerados el extremo pasivo de la relación procesal, y por tal, tendrían la condición de “afectados”¹⁵⁵.

Al igual que en el comiso penal, el principio de buena fe se erige como el principal referente de la valoración subjetiva dentro del proceso extintivo; sin embargo, dicha valoración presenta algunos matices distintivos, pues dada su naturaleza jurídica y el carácter real de la pretensión, el principio de buena fe se reconoce en su expresión más técnica, a través de la denominada buena fe objetiva, calificada o exenta de culpa (verificable o demostrable), a la que se le reconoce efectos jurídicos superiores, pues en materia de extinción de dominio este principio presenta una doble funcionalidad: la primera, en materia de destinación ilícita, donde el proceder de buena fe excluirá la consecuencia jurídica, de la misma forma que opera en el comiso penal; y, la segunda, con relación a las causales de origen ilícito, la buena fe objetiva o calificada, permitirá reconocer la generación de derechos, saneando a favor del adquirente los problemas de validez de un acto jurídico viciado por el origen delictivo generados por el tradente. Sobre el particular, la jurisprudencia de Corte Constitucional colombiana, ha resaltado los efectos de la buena fe calificada, de la siguiente manera:

“Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “*Error communis facit jus*”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fé cualificada o buena fé exenta de toda culpa.

“Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fé o buena fé no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fé exenta de culpa?.

154 Son varias las fórmulas de reconocimiento de los terceros a partir de su ajenidad con la conducta penal. En este sentido, se destaca la redacción del numeral 4º del artículo 90 del Código Penal paraguayo que prescribe que “La orden de comiso especial no procederá sobre cosas o derechos que, al tiempo de la decisión, pertenezcan a un tercero que no es autor, partícipe ni beneficiario en los términos del inciso 2º”. En similar sentido el artículo 23 del Código Penal argentino: ““En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”. ”

155 Siempre que una persona acredite la titularidad de un derecho sobre un bien pretendido dentro del trámite extintivo, tendrá la calidad de afectado, quien de acuerdo con el artículo 1º del Código de Extinción de Dominio de Colombia, es aquella “Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.”

“El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fé exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fé exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resulto aparente, en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía”

Hoy en día, dada las tendencias actuales de prevención, control y represión de los fenómenos delictivos, los comportamientos relacionados con la adquisición y destinación de bienes y derechos están regidos cada vez más por cargas concretas de acciones positivas dirigidas a la consideración, detección y manejo de riesgos y a la prevención de actividades delictivas, algunas que pueden deducirse del sentido común y otras, que se derivan de las expectativas de comportamiento frente a una actividad específica de acuerdo con las previsiones de regulación normativa frente a una actividad de riesgo.

Un ejemplo notorio de esta tendencia lo constituye las obligaciones que se establecen en los distintos sistemas de prevención del Lavado de Activos, donde se generan cargas concretas de prevención y debida diligencia a múltiples actividades que de una u otra forma puedan verse involucradas en operaciones con recursos de procedencia ilícitas, obligaciones que si bien durante muchos años solo eran predicables a ciertos sectores regulados, como el financiero, bursátil, cooperativo, cambiario, etc.; hoy en día se ha extendido a la mayoría de actores del sector real a través del cumplimiento de las cuarenta recomendaciones del GAFI, que ha impuesto estas cargas a un sin número de actividades profesionales no financieras designadas (APNFD), con lo cual, cada día es más fácil contar con parámetros objetivos de valoración para determinar si alguien obró o no acorde con los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Por ejemplo, no podrá alegar buena fe el comprador de un bien cuestionado por su origen ilícito cuando el vendedor suscribe el instrumento de tradición desde la cárcel donde está recluido por un delito generador de lucro, pues objetivamente el adquirente podía advertir que el bien podía tener un origen ilícito y siempre estuvo en la posibilidad de actuar diligentemente para establecer si el bien que compraba tenía o no un origen lícito¹⁵⁶ para reducir el riesgo judicial; en igual situación se encontraría una entidad financiera que otorga un derecho de crédito a uno de sus clientes con garantía hipotecaria sobre un bien, sin cumplir con las obligaciones legales relacionadas con el conocimiento del cliente, pues mal puede una persona, natural o jurídica, alegar un proceder de buena fe, cuando no ha cumplido con sus obligaciones legales.

5. Comiso in rem o sin dependencia del proceso penal

La tercera etapa en la evolución del comiso en Latinoamérica¹⁵⁷, hace relación a la adaptación y desarrollo de los procedimientos de comiso civil o *in rem* que han venido siendo adoptados por algunos países para asegurar la efectividad de las circunstancias de comiso directo o indirecto y superar así sus limitantes normativas de preexistencia de una condena previa, o la exigencia de iniciar un proceso penal para cumplir con tal fin.

156 Con lo anterior no se quiere decir que siempre que alguien negocia sus bienes desde la cárcel se debe presumir que estos son ilícitos, pues en materia de extinción de dominio se parte de presunciones contrarias; es decir, la presunción de licitud del bien y de buena fe de su titular, pues siempre existe la probabilidad que la persona privada de la libertad tenga bienes lícitos que puede negociar libremente en el mercado. Lo que se quiere decir al invocar la valoración de este hecho desde la perspectiva de la buena fe objetiva o exenta de culpa, es que ante una objetividad tan evidente, se facilita realizar un juicio de inferencia lógica razonable que permite poner en duda el origen del bien que es objeto de negociación; y, en estos casos, surge el deber de debida diligencia al comprador, para esclarecer, en la medida de lo posible, la licitud del origen del bien que pretende adquirir.

157 Insistimos en que el hecho de tratar las formas de decomiso sin condena como el final del proceso evolutivo del comiso, solo hace relación al progreso que ha tenido la figura en América Latina, pues como bien destaca en los estudios del Banco Mundial, se parte del reconocimiento de que ya Estados Unidos tenía esta forma de comiso desde 1776, por lo que su referencia no significa una revelación de novedad, sino su adaptación a los sistemas jurídicos latinoamericanos. (Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Banco Mundial – iniciativa Star. 2009. Pg. 15).

Esta forma del comiso de bienes ilícitos sin necesidad de depender de una condena previa, al igual que el denominado comiso de bienes de terceros, tampoco constituye una nueva circunstancia de comiso, sino que representa un procedimiento alternativo que opera como un apéndice del proceso penal en aquellos casos donde no es posible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal, evento en el cual, el comiso sin condena solo representa una extensión de la acción penal al tema patrimonial, como sucede con el comiso sin condena de la legislación española¹⁵⁸, el comiso autónomo del Paraguay¹⁵⁹ o el “proceso sumarísimo de decisión anticipada de la situación jurídica de bienes aprehendidos” de Panamá¹⁶⁰, entre otros; o también puede constituir un procedimiento *in rem*, autónomo del proceso penal, como sucede con el decomiso civil norteamericano.

Se tiene también una segunda forma de comiso sin condena que conjuga las características de las modalidades anteriores, la cual no solo es independiente de la responsabilidad penal, sino que además, logra su total emancipación del proceso penal, pues se desarrolla a través de un procedimiento que no es civil ni penal, y que la doctrina y la jurisprudencia la ha considerado como una acción al margen de la persecución penal, que sin necesidad de prescindir de ella, permite llegar al comiso de los bienes ilícitos¹⁶¹, como sucede con la acción extinción de dominio de Colombia, cuya consecuencia jurídica se sustenta en fundamentos de legitimación distintos a los del comiso penal tradicional; por lo tanto, esta modalidad de comiso *in rem*, que se ha extendido a México, El Salvador, Perú, Guatemala, y Honduras, si puede ser considerada como un nuevo instituto o una nueva forma de comiso, pues coinciden en el cumplimiento de sus mismos fines, pero con fundamentos de legitimación diferentes.

Este enfoque real constituye una de sus principales características, pues su distanciamiento del rito penal le permite centrar el cuestionamiento en el derecho de propiedad y la persecución de los bienes; y no, en la valoración de la conducta y responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos. Este cambio de perspectiva implica una reorientación de la acción desde el punto de vista de los principios y garantías que le son predicables, pues al ser los derechos patrimoniales el eje central de la pretensión de comiso, los principios y garantías procesales se distancian de aquellos que rigen la valoración de la conducta en el proceso penal.

En conclusión, se puede decir que en la actualidad se pueden distinguir dos grandes vertientes de decomiso sin condena, pues dependiendo de los fundamentos de legitimación que se invoquen, se hablará de comiso sin condena, cuando los supuestos de ilicitud se cimenten en la acreditación objetiva de un delito manteniendo un nexo de dependencia directa o indirecta con el proceso o la responsabilidad penal; o se hablará de extinción de dominio, cuando los fundamentos de legitimación se centren en la validez y licitud del derecho de propiedad, valorados desde una perspectiva constitucional con relación a la verificación de los presupuestos de adquisición y correcto ejercicio del derecho a la propiedad privada.

158 Artículo 127 ter del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015.

159 Numeral 2° del artículo 96 del Código Penal “Cuando no corresponda un procedimiento penal contra una persona determinada ni la condena de una determinada persona, el tribunal decidirá sobre la inutilización o el comiso según la obligatoriedad o la discrecionalidad prevista en la ley, atendiendo a los demás presupuestos de la medida. Esto se aplicará también en los casos en que el tribunal prescinda de la pena o en los que proceda un sobreseimiento discrecional.”; en concordancia con la Ley 4575 de 2012 “Que Establece Procedimiento Especial Para la Aplicación de la Orden Posterior y Orden Autónoma de Comiso”.

160 Artículo 5 y ss. de la Ley 34 del 27 de julio de 2010, “Que modifica la Ley 23 de 1986, sobre delitos relacionados con drogas e instituye un proceso para la decisión anticipada de la situación jurídica de bienes aprehendidos”.

161 Sobre las características de esta forma de decomiso sin condena, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia precisa lo siguiente: “De todo ello, surge la necesidad de establecer mecanismos, que prescindiendo de la persecución penal, aunque sin sustituirla, permitan actuar directamente sobre bienes de procedencia ilícita, decomisándolos y previo un debido proceso, declarar su extinción a favor del Estado, como medida efectiva de política criminal, en situaciones en que la persecución penal y el consecuente decomiso penal, se vean dificultados por ciertas situaciones que se producen de manera recurrente, como las derivadas de la muerte del imputado, la prohibición de proceso penal en ausencia, régimen de inmunidades, responsabilidad penal de personas jurídicas, prescripción de la acción penal, bienes de menores e incapaces y otros.” (Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013 del 19 de abril de 2013.)

Para mayor claridad, resulta oportuno ahondar en el análisis de cada una de estas figuras:

a. Comiso sin condena

Si bien las formas de comiso directo e indirecto constituyen una importante evolución del instituto, su dependencia al proceso penal les hace conservar la observancia de varios de los presupuestos y principios del derecho penal, entre ellos, el principio acusatorio, que en palabras de Choclán Montalvo, conllevan *“una correlación entre la acusación penal y la consecuencia accesoria interesada por la acusación”*¹⁶², aspecto que impide avanzar o reconocer el comiso en aquellos casos donde resulta imposible iniciar o culminar un proceso penal; como cuando la acción se extingue por muerte del acusado o prescripción, o el investigado está ausente o en fuga, entre otros múltiples eventos que neutralizan el procedimiento accesorio que se debe garantizar para que el comiso pueda prosperar, dada la imposibilidad de iniciar o culminar el proceso penal principal.

Surge así la importancia y utilidad de las formas de comiso sin condena, también conocidas como *“decomiso civil”*, *“decomiso in rem”* o *“decomiso objetivo”*, que se enfocan en el desarrollo de un cuerpo normativo que no busca sentar nuevos presupuestos de reconocimiento del comiso, sino que pretende la adopción de reglas procesales que permitan desarrollar autónomamente la pretensión de comiso más allá de los límites investigativos marcados por la pretensión penal, en un delito que aún no ha sido fallado, estableciendo normas adecuadas para llegar al reconocimiento del comiso, así la pretensión penal principal no logre satisfacerse.

Este procedimiento presenta múltiples ventajas frente a las limitantes del proceso penal¹⁶³, pues como bien destaca la doctrina especializada¹⁶⁴: se desarrolla a través de una acción *in rem* (contra la cosa); puede ser promovida antes, después o durante el proceso penal, o aún ante la inexistencia de este; no va requerir una declaración de responsabilidad ni condena penal previa; no exige una demostración de sus presupuestos bajo el criterio de certeza o más allá de duda razonable, pues basta con realizar un juicio de valor conforme al balance de probabilidades¹⁶⁵; puede variar de jurisdicción (penal o civil); y procede aun cuando el titular del bien preserve su presunción de inocencia, pues como se mencionó, no requiere de declaratoria alguna de responsabilidad penal.

Esta forma de comiso viene siendo promovida a través múltiples instrumentos y recomendaciones internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en materia de cooperación internacional, en el literal c) del artículo 54.1 incentiva a los distintos Estados para incluir esta modalidad de comiso dentro de sus ordenamientos jurídicos, exhortando a que cada legislación *“Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.”*

162 Op. cit. Pg. 348.

163 Sobre estas limitantes, Guillermo Jorge destaca *“Originalmente, el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, diversas dificultades probatorias, como las relativas al origen –lícito o ilícito– o a la “la titularidad” –tanto frente a casos de testaferros como de vehículos corporativos registrados en jurisdicciones offshore– llevaron a varios países, tanto de tradición anglosajona como continental, a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos in rem, que operan bajo estándares administrativos.”* Op. cit. Pg. 70.

164 Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Op. cit. Pg. 10.

165 El estándar de prueba de *“probabilidad”*, también conocido como *“balance de probabilidades”* es explicado de manera sencilla por Guillermo Jorge: *“La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad –usualmente mostrar al tribunal que “es más probable que los bienes sean de origen ilícito que no lo sean”– y que, sólo una vez alcanzado ese estándar, la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos. Ejemplos de este modelo pueden apreciarse en Australia, Italia, Holanda y Estados Unidos.”* Op. cit.81

Por su parte, el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, a través de sus cuarenta recomendaciones que señalan los estándares mínimos de medidas legales, regulatorias y operativas que cada país debe adoptar en su ordenamiento interno para identificar sus riesgos y establecer disposiciones que permitan prevenir, controlar y combatir “el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación” entre otras amenazas a la integridad de los circuitos financieros internacionales, destaca en su recomendación cuarta la importancia de que cada país cuente con institutos con amplias facultades para el decomiso de bienes ilícitos, entre ellas, recomienda que *“Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.”*

Por su parte, dentro del contexto europeo también se promueve la adopción de este tipo de procedimientos autónomos, como quiera que esta tendencia se consagra en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014, que en el numeral segundo de su artículo 4° establece la posibilidad de acceder a una decisión de comiso sin necesidad de llegar a condena, cuando dicha decisión se considere como probable, al reconocer esta figura en los siguientes términos:

“En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.”

Sin embargo, a pesar que las anteriores recomendaciones y directrices propugnan por la difusión de este instrumento y reconocen sus enormes ventajas para superar algunos inconvenientes que suelen presentarse por ausencia del investigado o imposibilidad de continuar la acción penal en su contra, su autonomía e independencia frente al proceso penal no es completamente clara; por el contrario, la tendencia actual, es que el comiso sin condena siga atado al rito penal, como predomina en algunos modelos como el español, el paraguayo, y el panameño, aspecto que puede ofrecer algunas ventajas, como bien destaca Teresa Aguado, en especial, con relación al manejo flexible de la carga de la prueba¹⁶⁶, que incluso puede llevar a su inversión total, lo que resultaría de utilidad en ciertos delitos como el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito, el testaferrato, la receptación, entre otros.

Esta dependencia del comiso sin condena al proceso penal es expresa en el nuevo artículo 127 ter del Código Español, introducido por la Ley Orgánica 1 de 2015 que prevé:

«1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

¹⁶⁶ Sobre el particular, la citada autora destaca que esta utilidad probatoria del comiso sin condena fue uno de los aspectos que tuvo en cuenta el Comité de las Regiones Europeas mientras analizaban la implementación de esta figura en la normatividad comunitaria. “El CDR se inclina por soluciones penales sobre la base de normas penales que ya han demostrado su eficacia-como pudiera ser el delito de tenencia de activos no justificados previsto en el art. 321-6 del Código Penal francés¹⁴⁴-, pues de este modo se conseguiría la inversión de la carga de la prueba¹ que, en definitiva, es lo que parece ser que se pretende con la introducción del decomiso sin condena penal.”

- a. Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
 - b. se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
 - c. no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.
2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.»

Esta forma de comiso sin condena no ha sido ajena a las críticas que surgen desde la perspectiva de los principios y garantías del derecho penal, en especial, frente a la aparente vulneración de los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad. Al respecto, cabe anotar que dichas objeciones ya han sido decantadas dentro del contexto europeo, donde se le ha reconocido plena validez y eficacia a la figura, al considerarla como un instituto de naturaleza sancionatoria no penal concebido como un mecanismo idóneo para perseguir lo que es producto de un enriquecimiento ilícito.

Este mismo argumento se refleja en la motivación de la figura en la Ley Orgánica 1° de 2015, que apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se anticipó a cualquier censura y sustentó su validez jurídica de la siguiente manera:

Tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).

Se debe advertir que a pesar que este procedimiento de comiso se suele justificar en la necesidad de recuperar o privar al delincuente de su enriquecimiento ilícito, lo cual se refleja en algunas legislaciones donde el ámbito objetivo de la figura solo se restringe a los beneficios y ganancias del delito, como acontece con el comiso autónomo del Paraguay¹⁶⁷, se debe insistir que esta figura no representa una nueva circunstancia de comiso directo ni indirecto, pues en esencia se enfoca en el procedimiento para lograr su reconocimiento sin necesidad de exigir una condena previa; por esta razón, consideramos que los propósitos de política criminal de esta modalidad de comiso se cumplen con relación a las demás circunstancias de comiso directo o indirecto (a excepción del comiso ampliado) ya sea por origen ilícito o destinación ilícita del bien, pues son precisamente las deficiencias que se presentan en dichas circunstancias, las que justifican su existencia.

¹⁶⁷ Particular situación presenta la figura de comiso autónomo del Paraguay, pues a pesar que la norma consagrada en el numeral 2° del artículo 96 del Código Penal no discrimina ninguna circunstancia de comiso en particular, la Ley 4575, “Que Establece Procedimiento Especial Para la Aplicación de la Orden Posterior y Orden Autónoma de Comiso” solo lo restringe a “beneficios y ganancias”

Algún sector de la doctrina adscribe los institutos de comiso sin condena al sistema de afectación real, que como se mencionó al inicio de este estudio, se sustenta en circunstancias predicables del bien y no de su titular. Sobre el particular Greenberg, Samuel, Grant y Gray destacan esta característica de la siguiente manera:

El decomiso de activos NCB, conocido también como “decomiso civil”, “decomiso in rem” o “decomiso objetivo” en algunas jurisdicciones, es una acción contra el activo mismo (por ejemplo, El Estado versus US\$100.000) y no contra un individuo. Se trata de una acción separada de cualquier proceso penal y requiere prueba de que la propiedad esté manchada (es decir, la propiedad consiste en productos o instrumentos del crimen). Generalmente, tiene que establecerse la conducta criminal en un estándar de prueba de balance de probabilidades, lo que suaviza la carga sobre el gobierno y significa que puede ser posible obtener el decomiso cuando hay evidencia insuficiente para apoyar una condena penal. Dado que la acción no es contra un individuo demandado, sino contra la propiedad, el dueño de la propiedad es un tercero que tiene derecho a defender la propiedad.¹⁶⁸

A pesar de lo anterior, se debe advertir que no todos los institutos de decomiso sin condenan son iguales, pues no siempre se reconoce una prevalencia del carácter real sobre el personal; por el contrario, la tendencia actual dentro del contexto europeo, es la de adoptar un sistema mixto, con notoria prevalencia del sistema personal¹⁶⁹, donde se conserva una estrecha relación del bien con el rito penal, toda vez que tanto la investigación y decisión del comiso se realiza dentro del marco proceso penal. Con relación a su ámbito objetivo, esta modalidad se encuentra limitada, en virtud del principio de proporcionalidad penal, a ciertas circunstancias, personales (no reales), que imposibilitan la obtención de una condena; como por ejemplo, la ausencia del investigado o acusado, su fuga o rebeldía para comparecer al proceso, la enfermedad grave que impide su presencia en el juicio, o la extinción de la acción penal por muerte, entre otras, constituyendo estas circunstancias de carácter personal, el principal elemento distintivo entre el comiso sin condena penal y la extinción de dominio, la cual se sustenta en circunstancias de ilicitud predicables de los bienes y no de sus titulares.

Por lo anterior, se puede concluir que independiente de los presupuestos normativos que exija el instituto en una legislación determinada, el comiso sin condena demanda el cumplimiento de, por lo menos, los siguientes requisitos: primero, que se demuestre la existencia de una conducta típicamente antijurídica que comprometa los bienes cuestionados, ya sea por su origen o destinación ilícita; segundo, que se estructure independientemente la pretensión de comiso acreditando los presupuestos de alguna circunstancia de comiso directo o indirecto (producto, medio, instrumento, ganancia, no justificación, equivalencia, etc.), con excepción del comiso ampliado que por definición requiere de condena previa; en tercer lugar, se requiere garantizar el respeto a un debido proceso, donde se otorgue a los titulares de derechos sobre el bien pretendido todas las garantías para el ejercicio de sus derechos de oposición, contradicción y defensa frente a la pretensión de comiso a través de un debate adversarial; por último, que se demuestre, en grado de probabilidad (o balance de probabilidades), el compromiso del titular de derechos con

¹⁶⁸ Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Op. cit. Pg. 10-11.

¹⁶⁹ Lo anterior se deduce de la lectura del numeral segundo del artículo 4° de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014, donde la exigencia de requisitos de carácter personal y la necesidad de haberse promovido (incoado) una acción penal, constituyen presupuestos del reconocimiento del comiso ampliado. Dicha regla prescribe lo siguiente: “2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.”

la correspondiente circunstancia de comiso¹⁷⁰, al punto tal, que los resultados de la investigación permitan considerar que de no haberse presentado la circunstancia que impidió la obtención de una condena, la decisión de comiso sobre los bienes resultaba altamente probable.

b. Extinción de dominio

A lo largo del presente análisis, se han venido esbozando algunas de las principales características de la extinción de dominio y se ha realizado una comparación entre las causales extintivas y las principales circunstancias de comiso, destacando cómo la extinción de dominio ha sido el producto de la necesidad de superar todas las deficiencias del instituto penal. Por ello, para su comprensión, se debe reconocer que durante muchos años el proceso evolutivo del comiso estuvo motivado por la necesidad de contar, al interior del proceso penal, con un instituto que permitiera privar a los delincuentes de sus bienes ilícitos en aquellas circunstancias que no eran viables a través del comiso directo; como por ejemplo: cuando no era posible llegar a una condena; o cuando se extinguía la acción penal por muerte o prescripción; o el proceso penal no se podía continuar por ausencia o rebeldía del acusado; o cuando no se lograba desvirtuar la presunción de inocencia más allá de duda razonable; o cuando se pretendían bienes ilícitos cuya titularidad recaía en cabeza de terceros, menores, o personas jurídicas que no intervenían en la conducta delictiva, entre otras múltiples circunstancias que privaban al Estado de la posibilidad de perseguir o neutralizar los bienes ilícitos.

A pesar de que las nuevas formas de comiso¹⁷¹ que se vienen adoptando en distintas legislaciones permiten sortear con relativa facilidad varias de las dificultades anotadas, aún existen diversos eventos en los cuales las circunstancias de comiso tradicional y las nuevas formas de comiso indirecto resultan improcedentes, dada la dependencia que aún existe de este instituto con el reconocimiento del delito dentro de un proceso penal.

Es el caso, por ejemplo, de la ganancia de un delito que jamás es establecida dentro de un proceso penal, a pesar que el titular de los bienes ilícitos sí llega a ser condenado y cumple con la pena correspondiente por la conducta que genera dicho beneficio espurio, impidiendo iniciar así una nueva investigación penal por los mismos hechos para establecer el origen ilícito de sus bienes; de la misma forma, cuando se carece “de jurisdicción”¹⁷² para investigar penalmente al titular de los bienes cuestionados; o cuando ya existe una decisión con fuerza de cosa juzgada en el extranjero en contra del titular de los bienes ilícitos impidiéndose el doble juzgamiento; o cuando dicho propietario fue beneficiado de una amnistía o un indulto, por una conducta que generó una riqueza ilícita que no logra ser investigada; o cuando los bienes se encuentran en cabeza de una persona beneficiada por una decisión absolutoria, preclusiva o de sobreseimiento definitivo; incluso, cuando se concluye en la atipicidad de la conducta¹⁷³; o en el evento en que el titular de

170 Como se ha mencionado a lo largo de este análisis, la pretensión de comiso es distinta e independiente de la pretensión de declaración de responsabilidad penal e imposición de condena. La no exigencia de una condena previa, solo reafirma su naturaleza de consecuencia accesoria; por tanto, la principal ventaja que presenta esta forma de comiso frente a las demás circunstancias de comiso directo e indirecto, es que libera su trámite de la subordinación que tenía para que previamente se resolviera la pretensión penal principal a través de una sentencia condenatoria. Por esta razón, el nexo de relación que demanda esta forma de comiso, no es, necesariamente, entre el titular de los bienes con la actividad delictiva, sino de este con la circunstancia de comiso que se invoque, pues como se mencionó anteriormente, en cada descripción normativa del comiso subyacen conductas jurídicamente relevantes para el reconocimiento de la pretensión de comiso penal (producir, adquirir, destinar, instrumentalizar, mezclar, etc.).

171 Se hace relación a las formas de comiso sustitutivo, por equivalencia, ampliado, sin condena, de “terceros”, autónomo, de pleno derecho, de capitales emergentes, o de bienes sin justificación lícita razonable, entre otros, que si bien existen en algunas legislaciones europeas desde el siglo pasado, resultan aún novedosas para muchos países dentro del contexto latinoamericano.

172 Si bien la jurisdicción es una sola, esta excepción recae en los casos en que se plantean excepciones a la jurisdicción ordinaria, como aquellas denominadas jurisdicciones especiales, en los países donde se reconoce un sistema legal distinto a los militares o las comunidades indígenas, reconocidos como jurisdicción penal militar o jurisdicción indígena, o jurisdicciones similares.

173 Sería el caso del medio de transporte utilizado para el tráfico de armas, donde se emplean varios viajes para transportarlas por partes: un viaje con solo los cañones, otro con los cerrojos, otro con los cargadores, otro con los resortes de recuperación, y así sucesivamente, para evitar la tipificación bajo el delito de tráfico ilegal de armas en caso de ser detectados. Es claro que si se incauta un vehículo con un compartimento secreto o caleta, con solo cerrojos, o solo cañones de Fusiles AK-47, que en muchos países de Latinoamérica solo son utilizados por organizaciones criminales, desde la perspectiva del derecho penal, dichas partes, por sí solas, no pueden ser calificadas como armas, siendo atípico su transporte, pero si dicha acción, se analiza en su contexto, desde la perspectiva de los actos dispositivos sobre el vehículo, se puede concluir, de manera inequívoca, en su ilícita destinación.

los bienes ha sido favorecido con un criterio de oportunidad; o goza de alguna inmunidad que lo sustrae del alcance del derecho penal, entre otros múltiples eventos donde las necesidades de la investigación patrimonial sobrepasan la órbita del proceso penal.

Las anteriores limitaciones y deficiencias del comiso penal fueron las que impulsaron el diseño de la extinción de dominio¹⁷⁴, figura que también ha tenido su propio proceso evolutivo, pues primero fue ideada por el legislador colombiano como una acción autónoma del proceso penal¹⁷⁵, pero sin total independencia de éste, como quiera que se concebía como una acción residual o subsidiaria al proceso penal, pues expresamente la ley especial indicaba que *“En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso”*; y se consideraba como una acción de carácter personal y no real, pues se dirigía *“contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido”*¹⁷⁶, rasgos que aún se conservan en las leyes de extinción de dominio de Perú y México. Además, sus causales eran completamente penales, pues hacían relación a delitos específicos, relacionados con conductas graves, asociadas a la denominada criminalidad organizada, pero el procedimiento para hacerla efectiva era de corte dispositivo civil.

Esta primera normatividad se caracterizó por contener múltiples deficiencias técnicas de orden sustancial y procesal que impidieron su efectividad¹⁷⁷; sin embargo, fue a partir del minucioso examen realizado por la Corte Constitucional colombiana, en sus sentencias C-374, C-409, C 539 de 1997 y C-1708 de 2000, que se pudo replantear toda la figura y sentar las bases para rediseñar todo el instituto, lo cual se realizó primero, a través de una norma de excepción¹⁷⁸, por vía del Decreto Legislativo 1975 de 2002, que se incorporó en la legislación ordinaria a través de la Ley 793 del mismo año; normas que, al contener disposiciones sensibles para la adquisición y ejercicio del derecho a la propiedad privada, fueron sometidas también a rigurosos exámenes de constitucionalidad junto con su legislación complementaria, a través de las sentencias C-1007 de 2002, C-740 de 2003, C-030 de 2006, C-540 de 2011 y C-459-2011, entre otros fallos de la Corte Constitucional colombiana, que a su vez sirvieron de fundamento a las modificaciones introducidas a través de la Ley 1708 de 2014, mediante la cual se expidió el actual Código de Extinción de Dominio, norma que, al igual que la Ley Modelo de Extinción de Dominio de UNODC, acogen un instituto de marcada influencia constitucional, completamente autónomo e independiente del proceso penal.

A este modelo de comiso por fuera del proceso penal se adhirió Perú, primero con el Decreto Legislativo N° 992 del 22 de julio de 2007 que Regula el proceso de Pérdida de Dominio, modificado

174 Dentro del proceso de evolución de la extinción de dominio como instituto autónomo del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, se pueden distinguir dos momentos o hitos: el primero, marcado a partir de la primera legislación de Extinción de Dominio emitida en Colombia a través de la Ley 333 de 1996, hasta la expedición de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el año 2011, etapa en la cual se expidieron las leyes de extinción de dominio de Honduras, Perú, México y Guatemala; y, un segundo hito, marcado a partir de la Ley Modelo, la cual ha servido de referente para la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador y el nuevo Código de Extinción de Dominio de Colombia, siendo estas disposiciones el referente para las nuevas iniciativas legislativas en la materia que se impulsan en distintos países de Latinoamérica.

175 Se hace relación a la primera legislación especial de extinción de dominio de Colombia, concebida a través de la Ley 333 del 19 de diciembre 1996 “Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita”, la cual estuvo vigente hasta el 3 de Septiembre de 2002, fecha en que se expidió por vía excepcional el Decreto Legislativo 1975, que reformó íntegramente el instituto, el cual se incorporó en la legislación ordinaria a través de la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002.

176 A pesar que el artículo 7° de la Ley 333 de 1996 aludía a que “La acción de extinción del dominio de que trata esta Ley es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real”, la definición de objeto la orientaba hacia una acción in personam.

177 En anterior trabajo se habían analizado las principales deficiencias de la 333 de 1996 de la siguiente manera: “En efecto, desde su concepción original en el proyecto de Ley 016 de 1996, se podían advertir los problemas que la afectarían, pues había sido ideada como una acción pública, contenciosa administrativa, pero durante el tortuoso paso por el legislativo terminó siendo una mezcla entre acción civil y pública a cargo de la justicia penal, mixtura de disposiciones que delineó un esquema procesal complejo, que sin duda fue uno de los factores que influyó directamente en su rotundo fracaso...” (Santander Abril, Gilmar Giovanni. La nueva estructura del proceso de extinción de dominio. En “La Extinción de Dominio en Colombia”. UNODC, Bogotá D.C. 2015. Pg. 51).

178 El cambio de juridicidad en la extinción de dominio estuvo marcado por un momento coyuntural en la historia de Colombia, pues fue producto de una norma de excepción, toda vez que el decreto 1975 de 2002 se expidió con fundamento en la declaratoria del Estado de Comoción Interior declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1837 de 2002, con ocasión a los actos terroristas registrados tras la posesión del presidente Álvaro Uribe Vélez, el 7 de agosto de dicho año, como quiera que la persecución de bienes ilícitos era considerada como una parte fundamental dentro de la estrategia de lucha contra las organizaciones narcoterroristas.

mediante la Ley N° 29212, expedida el 16 de Abril de 2008, que a su vez fue modificada cuatro años después por el Decreto Legislativo N° 1104 del 18 de abril de 2012; luego México, primero con la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal del 3 de diciembre de 2008 y la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 30 de abril de 2009, entre otras disposiciones estatales; luego Honduras, que adoptó la figura a través del Decreto Legislativo 27 de 2010, denominado Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito del 31 de mayo de 2010; le siguió Guatemala, con la Ley de Extinción de Dominio del 7 de diciembre de 2010; y posteriormente El Salvador con la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita acogida a través del Decreto 534 del 7 de noviembre de 2013.

A estas disposiciones se suman distintas iniciativas de leyes de extinción de dominio que permiten anticipar la expansión de este instituto dentro del ámbito Latinoamericano, como quiera que han cursado proyectos de leyes de extinción de dominio en los congresos de República Dominicana, Costa Rica, Paraguay, Argentina, Panamá, Ecuador, Brasil, Bolivia, la mayoría de estas, acogándose a las recomendaciones de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida a nivel hemisférico por la UNODC y apoyada por el Proyecto de BIDAL (Bienes incautado de América Latina) de la OEA – CICAD, lo cual demuestra la intención de varios Estados de explorar la posibilidad de beneficiarse de la ventajas que ofrece este instituto para afrontar de manera efectiva y eficaz los problemas asociados con los aspectos patrimoniales de la criminalidad.

De otra parte, se debe resaltar que la evolución que ha tenido la Extinción de Dominio, especialmente a través de los lineamientos que han emitido los tribunales constitucionales de los países que la han adoptado, ha permitido consolidar toda una nueva juridicidad en torno a esta figura jurídica e identificar institutos jurídicos y características procesales que le son propias, existiendo cierto consenso en la doctrina y jurisprudencia internacional, sobre los siguientes aspectos:

- **Concepto, naturaleza jurídica y fundamentos de legitimación**

Como se ha expuesto durante el presente trabajo, la extinción de dominio no es tan solo una simple acción, sino que es, en el fondo, el mismo instituto del comiso penal visto desde una perspectiva *in rem*, que se investiga y reconoce a través de un procedimiento no penal. Al igual que el comiso, se contempla como una consecuencia jurídica de carácter patrimonial derivada de una “actividad ilícita”¹⁷⁹; en este sentido, la Ley Modelo de Extinción de Dominio la define como “... una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna”¹⁸⁰.

Con relación a su naturaleza jurídica, se debe precisar que, al igual como sucede con las distintas circunstancias de comiso penal, resulta imposible catalogar la extinción de dominio bajo la perspectiva de una determinada categoría jurídica, pues esta figura se nutre de distintos principios y normas de disímiles fuentes, lo que ha permitido generar diferentes discusiones frente a su posible naturaleza jurídica, la cual suele ser discutida desde distintos puntos de vista: constitucional, penal,

¹⁷⁹ Como quiera que la extinción de dominio se desarrolla por fuera del proceso penal, no resulta apropiado hablar de delito, en su sentido penal, sino que se utiliza la expresión genérica de “actividad ilícita”, la cual es entendida como “Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.” (literal a, del artículo 1° de la Ley Modelo de Extinción de Dominio).

¹⁸⁰ En similar sentido se consagra en el Código de Extinción de Dominio de Colombia, que la define en su artículo 15 como “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.”

civil o administrativo. Por ello, se debe admitir que en los distintos países donde se ha adoptado la figura, aún no existe un consenso sobre este aspecto. Sin embargo, como quiera que la amplitud y complejidad de estos debates desbordan el objeto del presente estudio, resulta útil, por lo pronto, reconocer los avances que sobre el particular ha alcanzado la Corte Constitucional colombiana, que se ocupó por realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio desde una perspectiva procesal, reconociendo en ella una acción de naturaleza constitucional¹⁸¹. Sobre el particular, dicho tribunal puntualizó lo siguiente:

Nótese que el constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa.

16. En virtud de esa decisión del constituyente originario, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.

Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático.

Sin embargo, se debe aclarar que la naturaleza constitucional de la figura no depende solo por su mención expresa en la Constitución Política, pues tan solo México, Colombia y República Dominicana¹⁸² cumplirían con tal requisito. Lo que realmente permite predicar la naturaleza constitucional de la extinción de dominio, son sus fundamentos de legitimación que deben ser acordes con los fines del Estado, los cuales se sustentan en principios, reglas y valores ético sociales de orden constitucional¹⁸³, como el principio de responsabilidad; el valor del trabajo y la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza; el valor de la justicia en razones de equidad y del respeto de un orden social justo; el respeto al derecho de igualdad en el acceso y protección al derecho de propiedad; el derecho a la propiedad adquirida con respeto del orden jurídico y ejercido dentro del marco del interés o función social, entre otras máximas constitucionales que permiten trascender el plano del delito para penetrar en los aspectos sustanciales relacionados con la adquisición y ejercicio del derecho a la propiedad privada, constituyendo este factor, su principal diferencia frente al comiso penal.

181 Ya en anterior oportunidad nos habíamos ocupado en reflexionar sobre este tema: “Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era “constitucional”, lo cual dejaba esta acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines” (Santander, Gilmar. Op. cit. Pg. 53).

182 A pesar que el artículo 51 de la Constitución de República Dominicana rechaza los bienes ilícitos y establece los “Juicios de Extinción de Dominio”, al momento de concluir este estudio la figura aún se encuentra pendiente por reglamentación por parte del legislador dominicano.

183 Trilleras Matoma describe este fundamento de legitimación desde la perspectiva del derecho a la propiedad. Al respecto señala: “Los fundamentos del derecho a la propiedad sustentados en el trabajo, en el ejercicio de la libertad, en el derecho y los fines sociales llevan a fortalecer el objeto del proceso de extinción de dominio, como las fuentes legitimadoras para la efectividad en la consolidación del derecho a la propiedad. En primer lugar, mediante el trabajo desde el punto de vista ético, justifica que quien trabaja tiene derecho de apropiarse del fruto del mismo, en segundo lugar en el ejercicio de la libertad, todos los individuos se encuentran en libertad de apropiarse legítimamente de una cosa que anteriormente no ha pertenecido a nadie, siempre y cuando por este hecho no resulte disminuido el bienestar de algún otro individuo y por último, es el sistema jurídico quien determina el régimen de propiedad adecuado a los fines sociales en aplicación de la justicia distributiva, para la persecución de los bienes que han traspasado esos límites fijados, por cuanto alteran el régimen económico y social del Estado, mediante la re-distribución sobre la base del principio de la diferencia.”

Cabe anotar que a pesar que existe cierta homogeneidad con relación a los principios, reglas y valores ético sociales que se toman de referencia para valorar el alcance y los límites de derecho a la propiedad privada, cada sociedad determina los parámetros mínimos de referencia para tal efecto; por ejemplo, la jurisprudencia constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, acoge los siguientes:

...el instituto de la extinción de dominio de bienes, encuentra sustento constitucional, en los principios, valores y fines del Estado, como los principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). Los valores supremos de igualdad, dignidad, libertad, respeto, transparencia, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien; y los fines y funciones esenciales del Estado, como el de garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; en virtud de los cuales no puede protegerse jurídicamente la titularidad de bienes de procedencia ilícita, que no son producto del trabajo honesto, sino que provienen de actividades que laceran la moral de la sociedad, socavan las instituciones del Estado y corrompen a las personas y servidores públicos.

Para comprender de mejor forma los cambios de perspectiva y fundamentación entre la extinción de dominio y el comiso, se debe recordar que, a pesar que los dos institutos recaen sobre el mismo objeto (bienes de origen o destinación ilícita), el comiso penal, independiente de su naturaleza jurídica, va a tener en el delito¹⁸⁴ su principal fundamento, pues se legitima en el rechazo del enriquecimiento delictivo y en la peligrosidad objetiva del bien; es decir, que lo que va a legitimar al Estado para que pueda privar a un ciudadano de su propiedad por vía del comiso penal, es que se acredite que con determinada conducta delictiva se ha generado un producto o ganancia ilícita, o hay una disposición ilícita del derecho a la propiedad, al destinarla o usarla para la ejecución de un acto delictivo. Por ello, la norma penal demanda que la relación entre el bien y el delito se respalde a través de una imputación o declaratoria de responsabilidad penal, lo que obliga a que el comiso dependa de los resultados del proceso penal.

Por el contrario, en la extinción de dominio, a diferencia del comiso penal, la conducta delictiva no constituye su principal fundamento, pues el delito tan solo se valora desde la perspectiva objetiva y general de una actividad ilícita, la cual es considerada como uno de los elementos estructurales de las causales o presupuestos de extinción de dominio, pero nunca como su eje principal. Como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio se adscribe a otras fuentes jurídicas, prevalentemente de orden constitucional, pues parte del reconocimiento de los límites inmanentes del derecho a la propiedad privada¹⁸⁵ dentro del marco de respeto de los principios y valores ético sociales.

184 Al respecto, Luz María Puede Alba sintetiza el fundamento del comiso de la siguiente manera: "En el ordenamiento español podemos distinguir dos tipos diferentes de comiso, en función de los elementos sobre los que recae (art. 127 CPE): el comiso de los efectos e instrumentos procedentes de un delito o falta, y el comiso de las ganancias derivadas de estos últimos. Cada una de las dos modalidades posee un fundamento diferente: la primera forma de comiso se basa en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, y la finalidad de su imposición es el deseo de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos; el comiso de las ganancias provenientes del delito no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial, conseguido a través de la comisión de un delito." Puente Aba, Luz María. El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 2006. Pg. 853).

185 Sobre el particular, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia de constitucionalidad C-740 de 2003, precisó el fundamento de la extinción de dominio indicando que: "La propiedad es una función social que implica obligaciones", y en ese sentido, quien ostenta un título válido de propiedad se expone a perderlo si no ejerce su derecho de manera legítima, acorde con el ordenamiento jurídico. En palabras de la Corte Constitucional, "Desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales."

En este sentido, se puede afirmar que la principal base sobre la cual se construye la fundamentación y legitimación de la extinción de dominio, es la consideración del derecho a la propiedad desde su perspectiva constitucional; es decir, aquella adquirida y ejercida con plena observancia y respeto de los principios y valores ético sociales¹⁸⁶. Esta orientación constitucional se refleja, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley Modelo de Extinción de Dominio que señala como punto de partida, una concepción filosófica del derecho a la propiedad, al indicar que *“La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas.”*

De ahí que en materia de extinción de dominio no se exige que exista una condena previa, o una imputación penal por una conducta delictiva en particular, pues estos son aspectos de segundo orden. Lo que realmente resulta relevante, es determinar si los derechos sobre el bien son merecedores de la protección constitucional¹⁸⁷, lo cual se logra, en primer lugar, a través de la comprobación de la validez del acto jurídico mediante el cual se adquiere el dominio, es decir, que el derecho sea producto de un acto jurídico lícito, como quiera que el delito no puede ser fuente de derechos; y, en segundo lugar, que el ejercicio del derecho a la propiedad se realice con plena observancia de las obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social que es inherente al derecho a la propiedad privada, es decir, que en el ejercicio de la facultad dispositiva que tiene un ciudadano respecto a sus bienes, la utilización o destinación de los mismo, se debe realizar con total respeto de los derechos y bienes jurídicos ajenos.

En otras palabras, la extinción de dominio parte de las exigencias que tiene la constitución y la ley para el reconocimiento de la garantía de protección al derecho a la propiedad privada, razón por la cual, el Estado solo estará obligado a garantizar dicho derecho, en aquellos casos donde la propiedad sobre un bien se ha adquirido lícitamente, a través de un justo título¹⁸⁸, pues de lo contrario, el derecho a la propiedad no logra consolidarse, pues estaría afectado por una *nulidad ad initio*¹⁸⁹. Además, también será objeto de protección constitucional, aquellos bienes cuyo uso, goce, disfrute, usufructo y disposición se ha realizado dentro del marco del respeto de las obligaciones que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada.

186 Se debe reconocer que fundamentos de legitimación similares vienen siendo adoptados en algunas formas de comiso sin condena, como es el caso del comiso sobre capitales emergentes de la legislación de Costa Rica, sobre el cual, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país señaló lo siguiente: “En el ordenamiento se parte de que todas las personas tienen derecho a la propiedad y de que nadie puede ser privado arbitrariamente de la misma, pero la posibilidad de que un juez contencioso administrativo declare la pérdida del patrimonio emergente, no desconoce ese derecho, en el tanto los bienes adquiridos con el capital ilícito no adquieren legitimidad ni puede gozar de protección legal. Casualmente el derecho a la propiedad que protege la Constitución y las leyes es en razón de la función social, de orden público y al bienestar general que conlleva ese derecho.” (Expediente 13-007644-0007-CO, del 2 de diciembre de 2015).

187 Frente a la protección al derecho a la propiedad privada, Alfonso Trilleras destaca que “... la legitimidad es el factor que contribuye a dar valor agregado al bien adquirido o destinado lícitamente como desarrollo de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho como el trabajo, el orden justo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Por lo tanto, la doble connotación de licitud aplicada a los principios, fines y valores del Estado, autoriza la protección del derecho de propiedad a sus titulares.” (Trilleras Matoma, Alfonso. La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Universidad Nacional. Bogotá. 2009. Pg. 16)

188 Una perspectiva de valoración constitucional del derecho a la propiedad solo puede reconocer como objeto de protección, la propiedad lícitamente adquirida; es decir, aquella adquirida mediante el trabajo lícito, la libre empresa y el respeto del ordenamiento jurídico. Sobre el particular, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-740 de 2002, señaló lo siguiente: “La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional- dignidad humana y democracia pluralista- sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afinó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.”

189 Sobre el particular, Néstor Armando Novoa, al analizar este concepto dentro del Código de Extinción de Dominio de Colombia (CED), la destaca como una nulidad sustancial que produce sus efectos de pleno derecho y destaca que: “El CED, en su artículo 22, consagró la nulidad ab initio, en virtud de la cual una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos ab initio. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.” (Novoa Velasquez, Nestor Armando. Nulidades. En “La Extinción de Dominio en Colombia”; UNODC, Bogotá; 2015. Pg. 105)

Por esta razón, todo aquel que adquiere un bien a través de conductas que atentan en contra de la sociedad, lesionando bienes jurídicos, no es digno del reconocimiento de la validez de su derecho, ni mucho menos es merecedor de protección constitucional o legal alguna. De la misma forma, toda propiedad que ha sido adquirida conforme a la ley, pero que es utilizada o destinada por su titular para atentar contra la sociedad o lesionar bienes jurídicos, pierde la protección estatal y acarrea la consecuencia de la pérdida del respectivo derecho, el cual se constituye a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

• Causales de extinción de dominio

Las causales o presupuestos de extinción de dominio son el principal eje sobre el cual se estructura la pretensión extintiva, pues consagran los supuestos de hecho que conllevan la correspondiente consecuencia jurídica. Como se mencionó anteriormente, las causales de extinción de dominio son la adaptación de las circunstancias de comiso penal desde una perspectiva *in rem*; o, en palabras de Tomás Gálvez y Walter Delgado, constituyen “*todos los bienes o activos que puedan ser materia de decomiso*”¹⁹⁰, como quiera que consagra los mismos presupuestos fácticos de las principales formas de comiso, pero prescindiendo del cuestionamiento penal de la conducta, pues aquí lo relevante son las circunstancias ilícitas que recaen sobre el bien y no aquellas que comprometen la responsabilidad de su titular.

A través de las causales, la extinción de dominio ha tratado de delimitar técnicamente las distintas circunstancias de comiso, pues en materia penal, se suelen describir las formas de comiso a través de términos sinónimos, los cuales, al ser estructurados desde una perspectiva *in rem*, permiten definir algunas diferencias y límites entre ellos. Por esta razón, las descripciones de producto, efectos, objeto, ganancia, instrumentos, medios, etc., que en materia de comiso forman parte de la riqueza descriptiva que demanda una norma penal, en la extinción de dominio se acoge con una redacción despersonalizada como proposiciones jurídicas independientes y se le dota de una estructura simple, teniendo, en primer lugar, a los bienes; luego, a la circunstancia ilícita (producto, objeto, medio, instrumento, equivalente, etc.); y, por último, a la actividad ilícita, como sus elementos estructurales. En otras palabras, las causales de extinción de dominio cumplen la misma función que ejerce el tipo en el derecho penal; de ahí que constituyen el principal referente mediante el cual se concreta el principio de legalidad¹⁹¹.

Al igual que el comiso penal, los criterios básicos de valoración de las causales de extinción de dominio, también hacen relación al origen o la destinación ilícita del bien, reconociendo estos criterios como las causales básicas de extinción de dominio¹⁹², que como se explicó anteriormente, tienen cada una un fundamento de legitimación diferente. Sin embargo, cada Estado, de acuerdo con la libertad de configuración legislativa, define cuales circunstancias acoge como causales o presupuestos de extinción de dominio; de ahí que, por ejemplo, en Guatemala se hable de doce causales y en México, en su Ley Federal, solo se contemplen cuatro.

190 Delgado Tovar, Walter Javier; Gálvez Villegas, Tomás Aladino. La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano; Lima. Jurista Editores. 2013. Pg. 149.

191 Frente a este aspecto, Jorge Pardo resalta como las causales se rigen por un criterio de taxatividad como concreción del principio de legalidad. Sobre el particular señala: “Así mismo, debe tenerse en cuenta que la extinción de dominio se rige por el principio de la taxatividad, en el entendido de que si bien a esta no le son aplicables las garantías del proceso penal como se ha venido indicando, pero no es ajena a la observancia del debido proceso como derecho fundamental de rango constitucional, por lo tanto le es predicable el principio de legalidad, en el sentido de que la declaratoria extintiva únicamente procede por las causales y las actividades ilícitas previstas en la ley. Conclusión a la cual se arriba a partir de lo desarrollado por la jurisprudencia.” (Pardo Ardila, Jorge Enrique. Tesis. La extinción de dominio, partes y tercería; Universidad Externado de Colombia. 2013. Pg. 66)

192 Sobre el particular, Wilson Martínez destaca lo siguiente: “... las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde.” (Martínez Sánchez, Wilsón Alejandro. La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. En “La Extinción de Dominio en Colombia”; UNODC, Bogotá; 2015. Pg. 10)

Por esta razón, resultan de suma utilidad los esfuerzos internacionales que buscan la homogeneidad de la legislación de los distintos Estados para enfrentar aquellos problemas que resultan comunes, destacándose dentro del contexto Latinoamericano, la antes citada Ley Modelo de Extinción de Dominio que fue promovida por la UNODC, y en la que intervinieron expertos de distintos países de Iberoamérica, que seleccionaron las principales circunstancias de comiso que deberían ser acogidas como causales o presupuestos en una legislación de este tipo, reconociendo en su artículo 6°, las siguientes:

Artículo 6. Presupuestos de la extinción de dominio. La extinción de dominio procederá sobre:

- a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas.
- b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas.
- c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas.
- d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
- e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.
- g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
- i. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material.
- j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien.

De otra parte, se debe precisar que las causales de extinción de dominio se suelen limitar, en algunas legislaciones, a las conductas más graves, generalmente, aquellas asociadas con la denominada criminalidad organizada, pues desde su origen, fueron las dificultades que se presentaron en el comiso de bienes comprometidos en este tipo de delitos, las que justificaron su implementación. Sin embargo, el Código de Extinción de Dominio de Colombia extendió la aplicación de la figura a todo tipo de delito, como quiera que parte de un reconocimiento constitucional del instituto frente al cual, no existe en la Carta Política una razón lógica que justifique retirar la protección constitucional en los delitos considerados de mayor gravedad, y mantener dicha protección a los bienes vinculados u originados en un delito común, pues desde la perspectiva constitucional, los dos tipos de bienes deben ser repudiados por igual, ya que ambas formas de criminalidad, la común y la organizada, no pueden ser toleradas por el ordenamiento jurídico, ya que están en contravía de un orden social justo y desconocen por igual los valores ético sociales imperantes en la sociedad.

• Características de la acción

Uno de los aspectos más destacados de la extinción de dominio, es el relacionado con las reglas y principios que son compatibles con su naturaleza jurídica, las cuales se reflejan en las características especiales de la acción extintiva, lo que permite marcar otras diferencias con el comiso penal y superar así la mayoría de sus dificultades. Es por ello que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina

han reconocido que la acción extintiva no se puede encasillar en ninguna categoría preexistente, pues no se ajusta a una acción civil, ni penal, ni administrativa, pues se trata de una acción especial¹⁹³ o *sui generis*, de carácter jurisdiccional, real, intemporal, autónomo e independiente del proceso penal.

◦ Jurisdiccional

Es una acción jurisdiccional, como quiera que las discusiones sobre la consolidación o validación del derecho a la propiedad privada o la privación de dicho derecho como consecuencia de una conducta ilícita que atenta contra normas de orden constitucional, no pueden dejarse a la decisión de una autoridad administrativa, como quiera que dentro del marco de garantías que caracteriza a un Estado Social de Derecho, la discusiones que conlleven el reconocimiento o la limitación intensa de derechos fundamentales¹⁹⁴, solo puede ser producto de una decisión de carácter jurisdiccional, característica que también comparte con el comiso penal, de acuerdo con las razones expuestas anteriormente.

Sobre el particular, resulta útil destacar la posición del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que declaró inconstitucional una iniciativa gubernamental que pretendía establecer un procedimiento administrativo de Extinción de Dominio, aspecto que fue considerado contrario a los preceptos constitucionales. Los argumentos, fueron los siguientes:

Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso, porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales.¹⁹⁵

◦ Acción de carácter real

El carácter real de la acción está dado por la definición de su objeto, que son los bienes cuyo origen o destinación ilícita se cuestiona y no la conducta del titular de derechos sobre los mismos¹⁹⁶. Frente a este aspecto, se debe recordar que la extinción de dominio es una forma de comiso que no depende de una condena previa; como tal, la acción real permite perseguir el bien, independientemente de quien ostente la titularidad de los derechos patrimoniales que recaen sobre el mismo; eso sí, salvaguardando siempre los derechos de terceros que actúen de buena fe exenta de culpa.

193 Este carácter especial fue reconocido por la doctrina desde sus inicios, como bien resalta Julio Ospino Gutiérrez, que al respeto destacó lo siguiente: “Por esta razón, es que no podemos pensar que se trata de un proceso civil ordinario, o verbal, o de expropiación o cualquier otro que se nos ocurra como el más cercano a este proceso; sencillamente, es una tramitación especial, con sus propias características y connotaciones como se ha venido explicando; no es dable tampoco pretender una *lex tertia*, tomando aspectos de aquí y de allá, pues ello, en principio, de una parte repugna a la hermenéutica jurídica, y de otra, lo evidente de su especialidad y autonomía lo impide, tampoco se trata de un proceso penal” (Ospino Gutiérrez, Julio. La Acción de Extinción de Dominio. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2008. Pg. 53).

194 Como se mencionó anteriormente con relación al comiso, en materia de extinción se presenta una afectación intensa de distintos derechos que en la mayoría de países son considerados como fundamentales; como por ejemplo: los derechos a la propiedad, domicilio, trabajo, condición de vida digna, entre otros.

195 Op. Cit. Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013.

196 Con relación a la precisión del objeto de la acción extintiva, resulta útil la posición constitucional adoptada por los jueces guatemaltecos, que sobre el particular han indicado lo siguiente: “... cabe destacar en principio que el proceso de Extinción de Dominio, es un proceso instituido única y exclusivamente para juzgar la licitud o ilicitud del origen de un bien, o en todo caso, determinar si dicho bien a pesar de tener un origen lícito, ha sido destinado para un fin ilícito, en todo caso, ya sea que la discusión del asunto discorra en uno u otro sentido, es claro que estamos en este proceso, ante el juzgamiento de la situación jurídica de “bienes” y no de “personas”, en tal razón, no cabe en este caso hablar de “Violación del principio constitucional de Presunción de Inocencia”, ya que este principio es únicamente inherente a personas y no a bienes, ya que el bien no puede ser “culpable” o “inocente”, el bien tiene un estatus jurídico de “lícito” o “ilícito” y es precisamente ese estado jurídico lo que se entra a discutir en el proceso de Extinción de Dominio. (Acción de inconstitucionalidad causa: 01077-2011-00932; 13 de marzo de 2012. Juzgado de Extinción de Dominio)

Sin duda, el carácter *in rem* de la acción, es el que mayor versatilidad le imprime a este instituto, pues como bien señala Guillermo Jorge, “... si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera.”¹⁹⁷

◦ Intemporal

Una de sus características más distintiva, pero controvertida a la vez, es la intemporalidad de la acción, que permite considerar que la acción de extinción de dominio es imprescriptible y retrospectiva; parte de la idea que lo que tienen origen espurio no se puede legitimar con el transcurso del tiempo. Al respecto, Wilson Martínez, destaca el fundamento de la intemporalidad de la acción en los siguientes términos:

Esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad algo que nunca lo tuvo o que lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de “lavado de activos”, para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas. Mecanismo con el cual se desestimularía en gran medida el trabajo honrado como fuente de riqueza y progreso social, en contravía de los valores que la Constitución Política le impone al Estado proteger y realizar.¹⁹⁸

Con relación a la retrospectividad, es decir, a la posibilidad de aplicar la acción a situaciones anteriores a la expedición de las leyes extintivas, se destaca que esta característica no es efecto de su descripción normativa, sino que es un atributo que es expresión de su misma naturaleza, como quiera que la extinción de dominio parte del cuestionamiento de la validez del acto jurídico que genera el derecho; es decir, permite cuestionar el derecho patrimonial desde su nacimiento, aspecto que **no** es un asunto novedoso dentro del ordenamiento jurídico, pues hace relación a una consideración jurídica sobre la invalidez de un derecho que es producto de un delito, tema que por tradición siempre había sido debatido ante la jurisdicción civil¹⁹⁹, pero por razones constitucionales de seguridad o de orden público, se ha trasladado al escenario de la extinción de dominio, pues son razones de interés general las que obligan a superar los límites temporales en esta acción patrimonial.

Frente a su carácter de imprescriptible, se debe precisar que no se trata de un asunto exclusivo de la extinción de dominio, pues incluso este atributo también ha sido considerado por la literatura especializada, como predicable al comiso penal. Al respecto, Tomás Gálvez destaca lo siguiente:

197 Jorge, Guillermo. Op. cit. Pg. 72.

198 Martínez, Wilson Alejandro. Op.cit. pg. 12.

199 Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana, destaca esta característica al indicar que “No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que ya el ordenamiento jurídico imponía, desde el momento en que se produjo la adquisición de la propiedad y que, por tanto, era suficientemente conocida por los infractores: la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse.

Mediante las disposiciones de esta Ley no se hace nada distinto de afirmar el mecanismo institucional para deducir la consecuencia de la señalada premisa: la entrega al Estado de unos bienes que nunca fueron de la legítima propiedad de quienes decían ser sus dueños.” (Sentencia C-374 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Al tratarse de una pretensión legítima del Estado sobre la *propiedad* de los efectos y ganancias del delito, la pretensión de decomiso no debería quedar sujeta a un plazo de prescripción o caducidad, por el contrario, estando a lo dispuesto por el artículo 927° del Código Civil, la acción de decomiso debería considerarse imprescriptible; pues, es criterio casi unánime de nuestra tradición jurídica que el agente del delito no se beneficie con la prescripción adquisitiva, pues esta favorece a los poseedores que no tienen título por alguna razón, pero no a los agentes que contravienen dolosamente el ordenamiento jurídico, sobre todo, las normas jurídico penales.²⁰⁰

◦ Autonomía e independencia

El carácter autónomo de la acción se predica de su total liberación del rito penal, pues a diferencia de otras formas de comiso sin condena, la extinción de dominio no requiere de la preexistencia de un proceso penal o de cualquier otra acción sancionatoria, puesto que tiene su propio objeto, fines y presupuestos, y se vale generalmente, de sus propias pruebas. De la misma forma, se predica que la acción de extinción de dominio es independiente de la responsabilidad penal²⁰¹, pues para su reconocimiento no requiere que el titular de derechos sobre el bien pretendido haya sido condenado o, por lo menos investigado a través de alguna otra acción, ya sea penal o administrativa.

De las anteriores características deriva la propensión de desarrollar todo un cuerpo normativo para definir el objeto, límites y alcances de la acción extintiva, como ha sido la tendencia en los países donde se ha adoptado esta figura jurídica, primero, a través de leyes especiales de extinción de dominio y, recientemente, a través de un estatuto integral, como sucede con el Código de Extinción de Dominio de Colombia, que a su vez sienta las bases para una jurisdicción de extinción de dominio, con jueces y tribunales especializados en el tema.

De la autonomía e independencia de la acción de extinción de dominio se derivan otra serie de características y disposiciones que permiten considerar como incompatibles varios principios y garantías del derecho penal, y adoptar en su lugar, otros distintos que definen un debido proceso acorde con la naturaleza jurídica de esta acción patrimonial. Se hace relación por ejemplo, a principios como la presunción de inocencia, pues en materia de extinción de dominio no se cuestiona la responsabilidad de ningún titular de derechos; en cambio, sí resulta admisible la presunción de buena fe, la cual se examina desde una perspectiva objetiva y verificable, es decir, de la buena fe exenta culpa; lo mismo sucede con el principio de *in dubio pro reo*, como quiera que en extinción de dominio no hay “reo” y se define un régimen probatorio caracterizado por un manejo flexible de la carga de la prueba, prevaleciendo el estándar probatorio del balance de probabilidades, admitiendo la posibilidad de acudir a los criterios de solidaridad probatoria o del manejo de una carga dinámica de la prueba; además, la acción considera la buena fe como el parámetro subjetivo prevalente; y, define la pretensión a través de una sentencia de carácter declarativo y no de condena.

Se puede concluir por tanto, que la extinción de dominio no es una nueva figura jurídica que entra a desplazar el comiso penal, sino que responde a una escala más dentro de su proceso evolutivo en procura de mejorar su efectividad, lo cual se logra a través de una total reinvencción del instituto, no solo a partir de sus aspectos sustanciales, por medio del reconocimiento de fundamentos de

200 Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Op. cit. Pg. 109.

201 Frente a este atributo, cabe destacar que la Corte Constitucional colombiana describe la independencia de la acción, indicando que “Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.” (Sentencia C-740 de 2003; M.P. Jorge Córdoba Triviño)

legitimación de orden constitucional, sino también, desde una perspectiva procesal diferente, a través del diseño de una acción eficaz y eficiente que permite superar los inconvenientes que limitan el alcance del comiso dentro del proceso penal, pero consagrando garantías más efectivas para los afectados, quienes pueden ejercer sus derechos de contradicción, oposición y defensa directamente, como sujetos procesales; es decir, como el extremo pasivo de la relación procesal, y no, como los “incomodos” terceros extraños a la pretensión principal del proceso penal.



OEA | Más derechos
para más gente



ISBN 978-0-8270-6789-9