



UGR

Universidad
de **Granada**

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS: UNA
APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS
DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO Y ESPAÑOL**

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA

**GRANADA
2014**

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales
Autor: Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira
ISBN: 978-81-9125-061-6
URI: <http://hdl.handle.net/10481/39974>



UGR

Universidad
de **Granada**

**UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL**

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS: UNA APROXIMACIÓN
CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO PENAL
BRASILEÑO Y ESPAÑOL**

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA

Tesis Doctoral presentada al Departamento de
Derecho Penal de la Universidad de Granada
como requisito para la obtención del título de
Doctor en Derecho Penal y Política Criminal

Director de Tesis: Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar

**GRANADA
2014**

Dedico esa tesis doctoral a mi hijo Guilherme Augusto: que puedas ser una luz serena y constante en alumbrar y proteger a todos los que tengan la gracia de convivir contigo.

De modo especial dedico la presente tesis a quien me ha alentado y apoyado incondicionalmente en mis estudios en Derecho Penal y durante mi recorrido por tierras andaluzas: mi madre, Carmem Augusta.

En memoria de mi querido abuelo y ejemplo de hombre, Fausto Bernardo Maretti.

*No es la fuerza, sino la constancia de buenos resultados, lo que
conduce al hombre a la felicidad*
Friedrich Wilhelm NIETZSCHE

La simplicidad representa el último escalón de la sabiduría
Arthur SCHOPENHAUER

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
AGRADECIMIENTOS	5
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO I

LOS FUNDAMENTOS DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN LAS

CONSTITUCIONES BRASILEÑA Y ESPAÑOLA 15 |

1. CONSIDERACIONES INICIALES	15
2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ORDEN ECONÓMICO: UNA SÍNTESIS CONSTRUCTIVA	20
3. PANORAMA HISTÓRICO DE LAS CONSTITUCIONES	22
3.1. Historia de las Constituciones brasileñas	23
3.2. Historia de las Constituciones españolas	29
4. FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	33
5. PRINCIPIOS, LÍMITES Y SISTEMAS ECONÓMICOS DE LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLA Y BRASILEÑA	38
5.1. Principio de la dignidad de la persona humana y de la justicia social	41
5.2. Principio de la soberanía nacional	46
5.3. Principio de la propiedad privada y la función social de la propiedad	48
5.4. Principio de la libertad de iniciativa económica y de la libre competencia	52
5.5. Principio de la defensa del consumidor	59
5.6. Principio de la defensa del medio ambiente	62
5.7. Principio de la reducción de las desigualdades regionales y sociales	67
5.8. Principio de la dignificación del empleo	70
5.9. Principio del tratamiento preferencial a las pequeñas empresas	73
6. MECANISMOS DE TUTELA DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO	75
6.1. Tutela administrativa y civil del orden socioeconómico	76

CAPÍTULO II

TEORÍA GENERAL DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE

CAPITALES EN EL DERECHO PENAL DE ESPAÑA Y DE BRASIL 79

1. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO Y EL DERECHO PENAL 79
2. CONCEPTO, FASES Y PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DEL BLANQUEO DE
CAPITALES 84
3. AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES..... 95
 - 3.1. Las razones político-criminales para la criminalización del blanqueo de
capitales y su autonomía de los delitos de receptación y
favorecimiento real 98
4. NOCIONES INICIALES SOBRE EL DERECHO PENAL SUPRAINDIVIDUAL Y EL BIEN
JURÍDICO..... 106
5. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y LAS VERTIENTES SOBRE EL BIEN
JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO PENAL DE ESPAÑA Y DE BRASIL 117
 - 5.1. El bien jurídico tutelado por el delito antecedente 118
 - 5.2. La salud pública como bien jurídico protegido 119
 - 5.3. La seguridad interna del Estado como bien jurídico 121
 - 5.4. El bien jurídico administración de la justicia 124
 - 5.5. El orden socioeconómico como bien jurídico tutelado..... 129
 - 5.5.1. *Libre competencia* 129
 - 5.5.2. *Tráfico lícito de bienes en la economía*..... 134
 - 5.5.3. *La credibilidad y solidez de las instituciones financieras*..... 141
 - 5.6. Ausencia de bien jurídico tutelado 143
 - 5.7. La pluriofensividad del bien jurídico en el delito de blanqueo de
capitales 146
 - 5.7.1. *Tráfico lícito de bienes en el flujo económico y administración
de la justicia*..... 148
 - 5.7.2. *Libertad de competencia y administración de la justicia* 149
 - 5.7.3. *Tráfico lícito de activos en la economía, libre competencia y
administración de la justicia* 150
 - 5.7.4. *La pluriofensividad bajo otras vertientes*..... 151
 - 5.8. Nuestra postura 153

CAPÍTULO III

PANORAMA SUPRANACIONAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES 155

SECCIÓN 1.ª LA EUROPEIZACIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN EL

DERECHO PENAL: NOCIÓN GENERAL DEL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL Y PANORAMA LEGISLATIVO

1.	LA SUPRANACIONALIDAD Y EL BLANQUEO DE CAPITALES.....	155
2.	PANORAMA LEGISLATIVO SUPRANACIONAL MUNDIAL Y EUROPEO EN TORNO AL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES	161
2.1.	Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980	162
2.2.	Declaración de los Principios de Basilea.....	164
2.3.	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.....	169
2.4.	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo	174
2.5.	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de Mérida ..	177
2.6.	Legislación estándar de lucha contra el blanqueo de capitales del IMoLIN.....	179
2.7.	Recomendaciones del GAFI	185
2.8.	Convenio Europeo sobre blanqueo de activos de Estrasburgo	190
2.9.	Convenio de Varsovia relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo de 2005	194
2.10.	Directiva 91/308/CEE.....	196
2.11.	Directiva 2001/97/CE	199
2.12.	Directiva 2005/60/CE	203
2.13.	Principios de Wolfsberg	209
2.14.	Tratado de Lisboa.....	212
3.	PRINCIPALES NORMATIVAS SUPRANACIONALES EN EL ÁMBITO LATINO-AMERICANO EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALES.....	213
3.1.	Programa Interamericano de Acción contra el consumo, la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Programa de Acción de Río de Janeiro de 1986)	213
3.2.	Declaración de Ixtapa (México), firmada en la reunión de la Organización de los Estados Americanos de 1990	215
3.3.	Declaración de Cartagena de 1990.....	217

3.4. Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas para la lucha contra el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas	218
3.5. Plan de Acción de Buenos Aires de 1995	223

SECCIÓN 2.ª EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS EN LA LEGISLACIÓN PENAL

INTERNA DE PAÍSES EUROPEOS Y AMERICANOS

1. PANORAMA NORMATIVO PENAL DEL BLANQUEO DE CAPITALS EN EL CONTINENTE EUROPEO	226
1.1. Italia	227
1.2. Portugal	231
1.3. Francia	235
1.4. Suiza	239
1.5. Alemania.....	244
1.6. Rusia	246
1.7. Finlandia.....	250
1.8. Dinamarca	253
1.9. Holanda	255
1.10. Bélgica.....	257
2. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE LOS PAÍSES AMERICANOS	258
2.1. Uruguay	259
2.2. Argentina	263
2.3. Chile	267
2.4. Paraguay	269
2.5. Colombia	273
2.6. Bolivia.....	277
2.7. Ecuador	278
2.8. Perú.....	281
2.9. México	286
2.10. Estados Unidos de América.....	289

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL

BRASILEÑA..... 297

SECCIÓN 1.ª EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 1.º, CAPUT, DE LA LEY 9.613/98: SUJETOS DEL DELITO, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

1.	EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE BRASIL	297
2.	LEGISLACIÓN PENAL Y SUS MODELOS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN REFERENCIA A LOS DELITOS PRECEDENTES	299
3.	EL DELITO DE OCULTAR O DISIMULAR BIENES, DERECHOS O VALORES ORIGINADOS EN INFRACCIÓN PENAL DEL ARTÍCULO 1.º, CAPUT, DE LA LEY 9.613/98.....	304
3.1.	Tipo objetivo	304
3.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	304
3.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	305
3.1.2.1.	Infracción penal antecedente, accesoriedad limitada, autonomía del delito de blanqueo de capitales y el principio de la insignificancia	309
3.1.3.	<i>Objeto material</i>	317
3.1.3.1	Bienes, valores o derechos con procedencia directa o indirecta de infracción penal	320
3.1.4.	<i>Autoblanqueo de capitales</i>	321
3.2.	Tipo subjetivo	325
3.2.1.	<i>Dolo eventual</i>	325
3.2.1.1.	Dolo eventual y teoría de la ceguera deliberada	330
3.2.2.	<i>Error de tipo</i>	332
3.3.	Tipos agravados	332
3.3.1.	<i>Organización criminal</i>	332
3.3.2.	<i>Reiteración delictiva</i>	336
3.4.	Antijuridicidad	339
3.4.1.	<i>Accesoriedad administrativa en materia penal económica</i>	339
3.4.2.	<i>Estricto cumplimiento del deber legal</i>	341
3.4.3.	<i>Ejercicio legal de un derecho</i>	345
3.5.	Culpabilidad	348
3.5.1.	Gatekeepers, compliance officers, whistleblowers, <i>error de prohibición e inexigibilidad de conducta diversa</i>	348

SECCIÓN 2.ª LOS INJUSTOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITAL DE LA LEY

9.613/98: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO, CONCURSO DE DELITOS Y TIPOS PENALES DE LOS ARTÍCULOS 1.º, § 1.º, 2.º, I Y II, DE LA LEY N.º 9.613/98

1.	AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	360
1.1.	Autoría inmediata.....	360
1.2.	Autoría mediata y teoría del dominio funcional del hecho en estructuras empresariales jerarquizadas.....	361
1.3.	Participación	373
2.	ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO	374
3.	CONCURSO DE DELITOS	379
3.1.	Delitos contra el orden tributario	380
3.2.	Tráfico de sustancias estupefacientes	382
3.3.	Delito de terrorismo	384
3.4.	Contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción	385
3.5.	Delito de extorsión mediante secuestro	387
3.6.	Delitos contra la Administración Pública nacional y extranjera.....	388
3.7.	Delitos contra el sistema financiero nacional	390
3.7.1.	<i>Gestión fraudulenta de institución financiera</i>	392
3.7.2.	<i>Operación irregular de institución financiera</i>	392
3.7.3.	<i>Evasión de divisas</i>	393
3.8.	Criminalidad organizada	395
3.9.	Delito continuado y concurso formal	398
4.	LOS DELITOS DE CONVERSIÓN, OPERACIÓN, INFRAVALORACIÓN O SOBREALORACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS DEL ART. 1.º, § 1.º, DE LA LEY N.º 9.613/98.....	400
4.1.	Tipo objetivo	401
4.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	402
4.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	402
4.2.	Tipo subjetivo	408
4.3.	Etapas de realización del delito	409
4.4.	Concurso de delitos	410

5.	INTEGRACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS (ART. 1º, § 2.º, I, DE LA LEY 9.613/98)	411
5.1.	Tipo objetivo	411
5.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	411
5.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	412
5.2.	Tipo subjetivo	413
5.3.	Etapas de realización del delito	415
5.4.	Concurso de delitos	416
6.	ASOCIACIÓN PARA LA PRÁCTICA DE BLANQUEO DE CAPITALS (ARTÍCULO 1.º, § 2.º, II DE LA LEY N° 9.613/98)	416
6.1.	Tipo objetivo	417
6.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	417
6.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	418
6.2.	Tipo subjetivo	422
6.3.	Etapas de realización del delito	423
6.4.	Concurso de delitos	423

SECCIÓN 3.ª LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS EN

BRASIL

1.	NOCIONES PRELIMINARES	424
2.	COMPORTAMIENTO POST-DELICTIVO POSITIVO	425
2.1.	Delación premiada	429
2.1.1.	<i>Concepto</i>	429
2.1.2.	<i>Aspectos históricos</i>	431
2.1.3.	<i>Naturaleza jurídica</i>	434
2.1.4.	<i>Fundamentos jurídicos y ético-sociales</i>	434
2.1.5.	<i>Beneficios penales</i>	440
2.1.6.	<i>Objeto y requisitos</i>	444
2.1.7.	<i>La realización del testimonio de delación premiada, el momento procesal y la nueva Ley de lucha contra el crimen organizado (Ley 12.850/13)</i>	448
2.2.	Perdón judicial	453
2.2.1.	<i>Concepto</i>	453
2.2.2.	<i>Naturaleza jurídica</i>	455
2.2.3.	<i>Prejudicialidad</i>	459
3.	DE LA ADECUACIÓN DE LAS PENAS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS....	461
4.	LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS Y EL DELITO ANTECEDENTE	462

5.	EFFECTOS DE LA CONDENA	468
5.1.	Pérdida de los bienes, derechos y valores provenientes del delito...	469
5.2.	Interdicción del ejercicio de cargo o función pública	472
5.3.	Pérdida de cargo público electo	477

CAPÍTULO V

LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL

ESPAÑOLA.....	489
---------------	-----

SECCIÓN 1.ª EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO

301 DEL CÓDIGO PENAL: APUNTES HISTÓRICOS, SUJETOS DEL DELITO Y TIPICIDAD

1.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA	489
1.1.	Las modificaciones al Código Penal de 1973.....	489
1.1.1.	<i>Ley Orgánica 1/1988</i>	489
1.1.2.	<i>Ley Orgánica 8/1992</i>	492
1.1.3.	<i>El Código Penal de 1995</i>	495
1.1.4.	<i>La modificación de 2003</i>	497
1.1.5.	<i>Ley Orgánica 5/2010</i>	498
2.	LOS INJUSTOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITALES EN EL CÓDIGO PENAL ..	498
3.	EL DELITO DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CÓDIGO PENAL.....	499
3.1.	Tipo objetivo	503
3.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	503
3.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	508
3.1.2.1.	La cuestión del delito antecedente, el principio de la insignificancia y el grado de interconexión de la actividad delictiva con el blanqueo de capitales	518
3.1.2.2.	Deberes de control, información y prevención del delito de blanqueo de capitales descritos en la Ley Orgánica 10/2010	527
3.1.2.3.	Gatekeepers	534
3.1.3.	<i>Objeto material del delito</i>	535
3.1.3.1.	Objeto material del delito precedente y su relación con el delito de blanqueo de capitales.....	536
3.1.3.2.	Beneficio bruto o lucro líquido del producto del delito antecedente	538
3.1.3.3.	El delito de blanqueo de capitales en cadena	539
3.1.3.4.	El blanqueo de capitales de bienes sustitutivos	541
3.1.4.	<i>Autoblanqueo de capitales</i>	545

3.1.5. Tipo subjetivo	551
3.1.5.1. Dolo subsequens y dolo sobrevenido	553
3.1.5.2. Dolo directo y dolo eventual.....	555
3.1.5.3. El blanqueo de capitales imprudente	556
3.1.5.4. Elemento subjetivo del injusto.....	569
3.1.6. Tipos agravados.....	570
3.1.6.1. Tráfico de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas	572
3.1.6.2. Corrupción en el sector público y urbanístico.....	574
3.1.6.3. Organización criminal	576

SECCIÓN 2.ª EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL:

ANTI JURIDICIDAD, CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO Y CONCURSO DE DELITOS

1. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DEL TIPO PENAL DEL ART. 301.1 CPE	581
1.1. Estado de necesidad	582
1.2. Ejercicio de un derecho, oficio o cargo	583
2. CULPABILIDAD EN EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CPE.....	591
2.1. Error de prohibición	591
3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	593
3.1. Coautoría.....	593
3.2. Responsabilidad del dirigente en el aparato organizado de poder y autoría mediata.....	595
3.3. Responsabilidad penal de dirigentes y administradores de empresas y las deliberaciones colegiadas	600
3.4. Inducción y cooperación	606
4. ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO	608
5. CONCURSO DE DELITOS	613
5.1. Los delitos contra el orden tributario	613
5.2. Tráfico de drogas ilícitas, corrupción y delitos urbanísticos.....	631
5.3. Criminalidad organizada y delitos de asociación delictiva	635
5.4. Delitos societarios.....	636
5.5. Delitos de falsedad	638
5.6. Delitos de receptación y favorecimiento.....	639
5.7. El delito de blanqueo de capitales y el delito continuado	641

**SECCIÓN 3.ª LOS TIPOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITALS DEL ARTÍCULO 301.2 DEL
CÓDIGO PENAL: PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL, RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DELITO DE PROVOCACIÓN O INSTIGACIÓN PARA EL
RECICLAJE DE ACTIVOS**

1.	EL DELITO DEL ARTÍCULO 301.2 DEL CÓDIGO PENAL.....	643
1.1.	Tipo objetivo	643
1.1.1.	<i>Sujetos del delito</i>	645
1.1.2.	<i>Conductas típicas</i>	646
1.1.3.	<i>Objeto material</i>	650
1.2.	Autoblanqueo de capitales.....	650
1.3.	Tipo subjetivo	651
1.3.1.	<i>El dolo eventual y la teoría de la ceguera deliberada</i>	652
1.3.2.	<i>Imprudencia</i>	654
1.4.	Etapas de realización del delito	655
2.	EL PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES DEL ARTÍCULO 301.4 DEL CÓDIGO PENAL	658
3.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.....	665
3.1.	La irresponsabilidad penal de la persona jurídica (<i>societas delinquere non potest</i>).....	665
3.2.	La responsabilidad penal de la persona jurídica (<i>societas delinquere potest</i>)	671
3.3.	La sistemática positivada en el Código Penal	679
3.3.1.	<i>Compliance, delegación de competencias y whistleblowers en la Ley Orgánica 10/2010</i>	684
4.	EL DELITO DE PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR: ALGUNAS CONSIDERACIONES PUNTUALES	693

**SECCIÓN 4.ª LA PENA Y LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE
CAPITALES**

1.	LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LA CUESTIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.....	696
2.	LA PENA DE MULTA	699
3.	LAS SANCIONES PENALES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS	704
4.	LA INHABILITACIÓN COMO CONSECUENCIA JURÍDICA DEL DELITO	709
5.	RESPONSABILIDAD CIVIL Y EFECTOS PARA LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CIVILES	714

6.	DECOMISO DE LOS BIENES EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS.....	720
6.1.	Notas históricas y naturaleza jurídica.....	721
6.2.	El delito de blanqueo de capitales y el comiso.....	722
7.	PRESCRIPCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PUNIBILIDAD DE LA INFRACCIÓN PENAL ANTECEDENTE Y EL DELITO DE RECICLAJE DE CAPITALS.....	730
	CONCLUSIONES	733
	BIBLIOGRAFÍA	747
	ANEXOS	797

ABREVIATURAS

ACr	Apelación Criminal
AD	<i>Anales de Derecho</i>
ADCL	<i>Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano</i>
AFDUC	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña</i>
ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AFDUAM	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
ADI	Acción Directa de Inconstitucionalidad
Agr	Agravio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AML	Antiblanqueo de capitales (Anti money laundering)
AMLID	Banco internacional de datos sobre blanqueo de dinero
AP	<i>Actualidad Penal</i>
APO	Acción Penal Originaria
ARE	Recurso Extraordinario con Agravio
AUILP	<i>Revista Internacional de Derecho de la Universidad Americana</i>
BACEN	Banco Central de Brasil
BC	<i>Boletín Criminológico</i>
BDDC	<i>Boletín de Documentación y Derecho Comparado</i>
BMDC	<i>Boletín Mexicano de Derecho Comparado</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BPR	<i>Boletín de los Procuradores de la República</i>
CADE	Consejo de Defensa de la Actividad Económica
CCb	Código Civil Brasileño
CDD	Diligencia debida al cliente
CE	Constitución Española
CEE	Consejo de las Comunidades Europeas
CFC	Consejo Federal de Contabilidad
CFRB	Constitución de la República Federativa de Brasil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CICAD	Comisión Interamericana para control del abuso de drogas
CMFf	Código Monetario y Financiero francés
COAF	Consejo de Control de las Actividades Financieras

CPa	Código Penal de Alemania
CPar	Código Penal de Argentina
CPb	Código Penal de Brasil
CPco	Código Penal de Colombia
CPbe	Código Penal de Bélgica
CPd	Código Penal de Dinamarca
CPe	Código Penal de España
CPf	Código Penal de Francia
CPfi	Código Penal de Finlandia
CPH	Código Penal de Holanda
CPi	Código Penal de Italia
CPm	Código Penal de México
CPp	Código Penal de Portugal
CPpa	Código Penal de Paraguay
CPpe	Código Penal del Perú
CPr	Código Penal de Rusia
CPs	Código Penal de la Suiza
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
CPCb	Código de Proceso Civil Brasileño
CPPb	Código de Proceso Penal
CVM	Comisión de Valores Mobiliarios
DFSA	Autoridad danesa de supervisión financiera
DOCE	<i>Diario Oficial de la Comunidad Europea</i>
EC	<i>Estudios Criminológicos</i>
EDcl	Embargos de Declaración
EPI	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
FINMA	Autoridad federal suiza para la supervisión del mercado financiero
FMI	Fondo Monetario Internacional
FIU	Unidad de Inteligencia Financiera
GAFI	Grupo de acción financiera internacional
GAFISUD	Grupo de acción financiera internacional de América del Sur
GPML	Programa Global contra blanqueo de dinero advenido del crimen y la financiación al terrorismo
HC	Habeas Corpus
IMoLIN	Red Internacional de informaciones sobre blanqueo de dinero
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social

Inq	Inquisición
IPTU	Impuesto Predial y Territorial Urbano
KYC	Conozca su cliente (<i>Know your client</i>)
LCSFN	Ley de los Crímenes contra el Sistema Financiero Nacional
LECciv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LRD	Ley suiza contra el reciclaje de dinero
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MERCOSUL	Mercado Común del Sur
OAB	Orden de los Abogados de Brasil
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PC	<i>Política Criminal</i>
QO	Cuestión de Orden
R (80) 10	Recomendación (80) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980
RABPCP	<i>Revista de la Asociación brasileña de Profesores de Ciencias Penales</i>
RBCcrim	<i>Revista Brasileña de Ciencias Criminales</i>
RCJ	<i>Revista Consultor Jurídico</i>
RD	<i>Revista de Derecho</i>
RECPC	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
RDBMC	<i>Revista de Derecho Bancario y de Mercado de Capitales</i>
RDE	<i>Revista de Derecho Económico</i>
RDMIEF	<i>Revista de Derecho Mercantil, industrial, económico y financiero</i>
RDPpP	<i>Revista de Derecho Penal y Procesal Penal</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
REJ	<i>Revista de Estudios de Justicia</i>
REsp	Recurso Especial
RI	<i>Revista de Inteligencia</i>
RJCL	<i>Revista Jurídica de Castilla y León</i>
RJV	<i>Revista Jurídica Virtual</i>
RLLP	<i>Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario</i>
RPJ	<i>Revista Práctica Jurídica</i>

RS	<i>Revista de la Sociedad (Rivista della Società)</i>
RE	Recurso Extraordinario
REsp	Recurso Especial
REPC	<i>Revista de Estudios Penales y Criminológicos</i>
RHC	Recurso en Habeas Corpus
RICPC	<i>Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.</i>
RIDPP	<i>Revista Italiana de Derecho y Proceso penal</i>
RMDPP	<i>Revista Magister de Derecho y Proceso penal</i>
RP	<i>Revista Penal</i>
RPCP	<i>Revista Portuguesa de Ciencia Criminal</i>
RPGR	<i>Revista da Procuraduría-General de la República</i>
RSDPPP	<i>Revista Síntesis de Derecho Penal y Procesal Penal</i>
RSGSTU	<i>Revista de Ciencia Jurídica Studi Urbinati</i>
RT	<i>Revista de los Tribunales</i>
RXG	<i>Revista Xurídica Galega</i>
SEPRELAD	Secretaria de Prevención al blanqueo de dinero o bienes de Paraguay
SISNAMA	Sistema Nacional de Protección al Medio Ambiente
SUSEP	Superintendencia de Seguros Privados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justicia
TJMG	Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justicia del Estado de Paraná
TRACFIN	Sistema de inteligencia francesa contra circuitos financieros clandestinos
TRF	Tribunal Regional Federal
TUE	Tratado de la Unión Europea
UIAF	Unidad de Informaciones sobre actividades financieras
UE	Unión Europea
UIF	Unidades de Inteligencia Financiera
US Code	Código Penal de los Estados Unidos de América
VD	<i>Veredas do Direito</i>

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres, Joaquim Flávio y Carmem Augusta, que me alentaron a seguir la vida académica, en especial, a mi querida madre Carmem Augusta, un ser humano extraordinario, que no escatimó esfuerzos para que yo estudiase. Comenzando por la Facultad de Derecho, y siguiendo con la de Especialización en Derecho y Proceso Penal, pasando por la Maestría en Derecho Penal, que tiene su cima en esta tesis doctoral en la prestigiosa Universidad de Granada. Ustedes, mis padres, tienen parte fundamental en este trayecto que ha sido trazado y diseñado con su ayuda, algo que nunca olvidaré, intentando seguir el ejemplo e imitar la solidez de carácter en mis pasos ahora como padre de familia.

Inmensamente agradecido a mi familia, comenzando por mi hijo Guilherme Augusto, que ha provocado profundas alteraciones en mi forma de sentir y vivir, enseñándome lo sublime que es el arte de la paternidad, y que tan querido me es de corazón. Cada día me reaviva la lección con pequeños gestos del verbo amar. ¡Gracias, maestro!

Y a mi esposa Liliane, la más linda flor del jardín, la cual, con su sensibilidad, cuidado, cariño y atención, se revela como excelente madre y esposa, sin medir sus fuerzas a la hora de ayudarme en la confección de esta tesis y renovando cada día los votos que firmamos cuando por el sentimiento nos comprometimos por los lazos del amor.

A los familiares que con su actitud me cubren de buenos ejemplos para la docencia, como Fausto Maretti Júnior, así como a otros que con su sabiduría de las máximas de la vida siempre tienen alguna cosa que enseñarme y me ayudan en los cuidados de nuestro hijo. Dejamos aquí constancia de nuestra admiración y cariño a Fausto Bernardo Maretti, Paulina Saltão Maretti, Luis Alberto, Sirlene y Antônio.

A los amigos de siempre, los buenos amigos. Ellos trascienden con mucho esa palabra y se vuelven la familia elegida por el corazón. Así, consigno las miles de gracias que les debo por sus lecciones y compañerismo, por las alegrías y por compartir parte de mi vida: Edson Vander da Assunção, David Rodrigues

Alfredo Júnior, Nelson Castro de Sá Teles, Rodrigo Rosa Pinheiro, Edmur Wellington Santo, Rogério Silva Lopes y Júlio César Ballerini Silva.

A otros notables profesionales y maestros de los que he tenido la grata experiencia de ser alumno o colega de docencia, y entre los que destaco la positiva influencia en mi formación de Luis Augusto Freire Teotônio, Sebastião Sérgio da Silveira, Ary César Hernandez, Aroldo Costa Filho, Michele Cia, Fernando Cabral Teixeira, Jussara de Oliveira Lauria Resende Torres; y a las Facultades Integradas Libertas.

A la Universidad de Granada, respetabilísimo centro del saber cuya prominencia y reconocimiento de su calidad trascienden las tierras andaluzas y europeas, proyectándose como una de las más reconocidas casas del saber del Viejo Mundo.

Al Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, en especial a mi director de tesis doctoral, Profesor José Miguel Zugaldía Espinar, Catedrático de Derecho Penal.

A los Profesores Doctores Esteban Juan Pérez Alonso y Carlos Aránguez Sánchez, mi agradecimiento por la presteza que me han dispensado, por su cordialidad, sabiduría, atenciones y lecciones; gratitud que extiendo a los demás profesores del Departamento.

A mis colegas de doctorado Javier Mesa Molina y João Ângelo Belisário, dos grandes compañeros y amigos que he tenido la suerte de conocer, así como a Francisco Javier Fernández.

A los profesores de Derecho Penal en España, Doctores Patricia Faraldo Cabana, Eduardo Ángel Fabián Caparrós, Miguel Ángel Abel Souto, Isidoro Blanco Cordero, Juana del Carpio Delgado, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Juan Carlos Carbonell Mateo, Ricardo Robles Planas, Juan María Terradillos Basoco, Eduardo Demetrio Crespo, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ramón Ragués i Vallès, Abraham Castro Moreno, Adán Nieto Martín, Luis Gracia Martín, los cuales han demostrado mucha atención, cuidado y preocupación por la difusión del Derecho penal, habiéndome permitido amablemente el acceso a trabajos de su autoría cuyo alcance posibilitó el perfeccionamiento de la presente tesis.

Por fin, a Dios, por abrir las puertas europeas y auxiliarnos en los pasos de la existencia humana.

INTRODUCCIÓN

Al iniciar mis estudios de Doctorado, tenía en mente la realización de una tesis que pudiera aprovecharse igualmente en ambos ordenamientos jurídicos, o sea, un estudio que fuera útil al Derecho penal de Brasil y al de España. Debía encontrar, por tanto, un tema que tuviera notoria relevancia en ambos países; y fue de este modo como, buscando en las legislaciones penales, me topé con el delito de blanqueo de capitales.

La globalización económica y la evolución tecnológica le han permitido a la sociedad andar a pasos no antes imaginados. La conexión de los mercados, el estrechamiento de las relaciones económico-sociales y culturales nos muestran grandes cambios sociales. La simbiosis de culturas, ideologías y formas de vivir ha promovido la unificación de la sociedad y de los pueblos en un nuevo horizonte –de amplitud mundial y marcado por el pluralismo de ideas y de culturas– que ha dado impulso a nuevas formas de relación económico-financiera, aunque también, por otro lado, a malversaciones de finalidad ilícita. El Derecho, como uno de los métodos de control social, no es ajeno al fenómeno conocido como globalización, ya que, si permaneciese inerte, habría un descontrol social que provocaría la quiebra de la economía y cuya consecuencia sería un estado de total inseguridad jurídica.

Dos de los exponentes de esa nueva realidad económica han sido, por un lado, la evidencia de la necesidad de intervenir penalmente bienes jurídicos supraindividuales, ante la insuficiencia de las demás ramas del Derecho para contener los hechos dañosos a la economía; y, por otro, la demanda de creación de un Derecho penal moderno para combatir esa nueva criminalidad. Surge de este modo la tutela penal del orden socioeconómico, del medioambiente entre otros; y el Derecho penal económico comienza a configurar sus caracteres y a tomar forma sus líneas dogmáticas, con la correspondiente tipificación de diversos delitos, entre ellos el blanqueo de capitales.

El movimiento de capitales propicia la circulación de la cadena económica y vivifica la micro y la macroeconomía; pero su incorrecta utilización representa un camino inevitable que llevaría a su destrucción en diferentes aspectos. El blanqueo de capitales es una de las formas del delito socioeconómico, y sus bases de ilegalidad se asientan en el empleo de diferentes técnicas de ingeniería económico-financiera para transformar el capital obtenido gracias a determinados delitos en una fuente limpia que será reintegrada a la economía legal.

El delito de blanqueo de capitales ha experimentado una secuencia expansionista en los últimos veinte años, cuando en España se vinculaba al delito de tráfico de drogas como tipo penal antecedente, si bien ha ido desarrollándose en otros tipos penales, como los delitos de corrupción, y ha proseguido tomando cuerpo en un listado taxativo de infracciones penales, pasando a ser considerado entre los delitos de naturaleza grave cuyo origen, al igual en Brasil que en España, se encuentra en bienes provenientes de cualquier actividad delictiva. Asimismo en ambos países se ha procedido recientemente a una reforma de la ley penal –en 2010 la española, en 2013 brasileña–, la cual ha alterado significativamente ambos ordenamientos jurídicos, razón por la cual un análisis de ambos constituye en cualquier caso un trabajo novedoso, en virtud de la novedad de las leyes.

Estas cuestiones son las que esta tesis ha pretendido abordar en los cinco capítulos que la integran, comenzando por el análisis de los fundamentos del orden socioeconómico español y brasileño, cuyos rasgos de semejanza y sus necesarias diferencias quedan apuntados y cuyos aspectos penales quedan esbozados en el cierre del capítulo, para ser discutidos más adelante.

Puesto que procederemos a estudiar un delito socioeconómico, es necesario comenzar nuestra Tesis –como de hecho hacemos en el Capítulo I– con un análisis de la estructura constitucional del orden socioeconómico en las Constituciones de Brasil y de España, presentando los modelos económicos adoptados, las formas de intervención del Estado en la economía, los fundamentos de los intereses socioeconómicos protegidos, los mecanismos de control del orden socioeconómico, así como las diferencias existentes entre los

dos textos constitucionales. Todo ello va a hacer posible nuestra ulterior argumentación respecto a la necesidad de tipificación del blanqueo de capitales y la justificación del bien jurídico adoptado.

El Capítulo II, que sigue tratando conjuntamente ambos países, se centra en el bien jurídico y aborda un tema fundamental para el desarrollo de cualquier estudio sobre un delito. En ese punto presentaremos en breves líneas la evolución teórica del Derecho penal moderno y clásico y las teorías sobre el objeto de la tutela penal en el delito de blanqueo de capitales, pasando por la salud pública, la seguridad del Estado, el bien tutelado por el delito antecedente, la administración de la justicia, las vertientes sobre el orden socioeconómico –la libre concurrencia y el tráfico lícito de bienes en la economía–, para apuntar finalmente la pluriofensividad y trazar nuestro posicionamiento al respecto.

El tercer capítulo, en su primera sección, atiende a las normativas internacionales y europeas sobre el delito de blanqueo de activos, apuntando su origen dentro del narcotráfico y la evolución para que el delito obtuviese autonomía en su tratamiento jurídico. No se descuida señalar las principales orientaciones de organizaciones privadas que presentan mandatos sobre *compliance* y mecanismos preventivos del delito en análisis. La importancia de esta primera sección radica en que diversos documentos internacionales, regionales y de instituciones privadas –como los del IMoLIN, las Recomendaciones del GAFI y la Declaración de los principios de Basilea– presentan criterios que son en la actualidad la referencia para el delito de blanqueo de capitales y reglas de *compliance*, además de justificar algunas opciones político-criminales adoptadas por Brasil y España.

La segunda sección comprende un análisis sobre la legislación penal europea y americana sobre el delito de blanqueo de capitales y un resumen sobre la legislación antiblanqueo de esos países. El análisis comienza en Europa, donde tratamos del delito en Italia, Portugal, Francia, Suiza, Alemania, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Rusia. En cuanto al análisis de los países suramericanos, presentaremos la legislación penal de Uruguay, Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador, México y los Estados Unidos de América. La finalidad de ese capítulo es presentar un

panorama legislativo general sobre el Derecho Penal de ambos continentes, para pasar a tratar del delito en las legislaciones penales de Brasil y de España. La función de esa sección consiste concretamente en presentar la realidad de los diversos países, como panorama normativo internacional, continental y regional que prepare el análisis de cómo el Derecho penal brasileño y español atienden al delito blanqueo de capitales. Sentadas esas ideas sobre el funcionamiento constitucional del orden socioeconómico, y centrado el bien jurídico protegido, se presentan los principales documentos internacionales que han abordado la necesidad de represión del blanqueo, además de su tratamiento en diversos países europeos y suramericanos, tras lo cual podremos comenzar nuestro estudio sobre los dos ordenamientos jurídicos.

Para realizar el análisis dogmático de los tipos penales de blanqueo de capitales en los dos países objeto de esta Tesis doctoral, adoptamos idéntico esquema de estudio en ambos ordenamientos, además de abarcar los aspectos administrativos de antiblanqueo de capitales en las respectivas legislaciones.

El siguiente capítulo pasa a tratar del delito de blanqueo de capitales desde el prisma de la ley brasileña. Comenzaremos, en la primera sección, tratando sobre el tipo penal del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98, el tipo objetivo, los sujetos del delito –con énfasis en la cuestión del autoblanqueo de capitales, objeto de discusión ahora en el Derecho penal brasileño–, cuestiones sobre el objeto material del delito y lo que se considera infracción penal antecedente. Y pro seguiremos presentando elementos sobre el tipo subjetivo, los tipos agravados, antijuridicidad, culpabilidad, *compliance*, *gatekeepers*. Estos cuatro últimos puntos son aplicables a los demás delitos, para no proceder a cansar con su lectura.

La segunda sección del Capítulo IV se inicia con cuestiones relativas a la autoría y la participación, teniendo en cuenta una importante sentencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho a estructuras empresariales con corrupción y blanqueo. Esa decisión introdujo en el Derecho penal brasileño la problemática del *compliance* y de la responsabilidad penal de administradores, directores, miembros de *compliance*; y por ese motivo introducimos la cuestión, que desarrollará más ampliamente en

la parte española de este trabajo, dado que en España la doctrina ya tiene un posicionamiento más sedimentado. Presentaremos además notas sobre la tentativa y consumación del delito. Proseguimos con un análisis de cuestiones concursales, poniendo el énfasis en los delitos antecedentes de la antigua Ley antiblanqueo de Brasil; y de los delitos contra el orden tributario por lo que respecta a la legislación penal y al sistema financiero brasileños. Debemos advertir desde este momento, no obstante, que la Ley 12.683/12 promovió un cambio en la antigua estructura del delito de blanqueo, admitiéndose el delito tributario como infracción penal previa, razón por la que la cuestión va a desarrollarse más concretamente en la parte española de la tesis. Además, analizaremos dogmáticamente los otros tipos penales de blanqueo de capitales de la Ley 9.613/98.

En la tercera sección realizaremos un examen de la pena y de la punibilidad en los delitos de reciclaje de capitales, centrándonos en los preceptos del comportamiento post-delictivo positivo descrito en la Ley de blanqueo de capitales. De entrada, se analizará la delación premiada, apuntando sus elementos históricos y la pertinencia político-criminal de su previsión, además de aspectos jurídicos y ético-sociales del instituto, que se pondrá en conexión con la nueva Ley de combate del crimen organizado en Brasil, que ha implicado un tratamiento diferenciado de ese instituto, momento de su concesión y cuáles los beneficios aplicables a los agentes beneficiarios. El perdón judicial será la causa extintiva de la punibilidad, que asimismo será explicada, puesto que la legislación que trata del blanqueo de capitales la contempla en el artículo 1.º, § 5.º, razón por la que daremos constancia de su naturaleza jurídica, sus requisitos y sus perjuicios con respecto a otras leyes que prevén el beneficio. Trataremos más adelante de la cuestión de la adecuación de las penas en el delito de blanqueo de capitales y su proporcionalidad, hasta llegar a estudiar los efectos de la condena: la confiscación de los bienes, valores o derechos que fueran objeto de blanqueo (art. 7.I L 9.613/98); la prohibición del ejercicio de cargo o función pública (art. 7.II L 9.613/98); la suspensión de los derechos políticos y la pérdida del mandato electivo, que ganó relevancia por la aludida sentencia del Supremo Tribunal Federal (APn 470, STF); así como las funciones del Poder Legislativo y

del Poder Judicial, fundamentalmente dado el conflicto de atribuciones entre los dos poderes en lo que atañe a competencia para determinar esa pérdida.

Finalmente, en el Capítulo V seleccionaremos y analizaremos los principales aspectos de los tipos de blanqueo de capitales descritos en el Código Penal de España. En su primera sección, este capítulo se ocupa de los aspectos introductorios del delito de reciclaje de capitales en el Derecho penal español, verificando sus antecedentes históricos. Proseguiremos tratando del delito del artículo 301.1 del CPe, con aspectos del tipo objetivo, los sujetos del delito, las conductas típicas, el objeto material del delito de blanqueo de capitales y su relación con el delito antecedente, siendo tangencial la cuestión del beneficio bruto o lucro neto. También será objeto de análisis el delito de blanqueo de capitales y la posibilidad o no de su realización en cadena, así como el blanqueo de bienes sustitutivos. Avanzaremos necesariamente una definición del autoblanqueo, de la cuestión del principio de la insignificancia y el grado de interconexión entre la actividad delictiva previa y el delito de blanqueo de capitales; para comentar posteriormente el tipo subjetivo con las modalidades de dolo y también el blanqueo imprudente, que es una novedad con relación a los delitos de blanqueo de capitales en Brasil. Estudiaremos, por tanto, la necesidad de su establecimiento, si es un delito común, la conexión con los deberes de la Ley 10/2010, límites; y cerraremos esa parte con los tipos agravados, apuntando argumentaciones sobre la necesidad político-criminal de su existencia, así como su efectividad para afrontar el blanqueo de capitales.

La segunda sección versará sobre la antijuridicidad y la aplicación de las causas de justificación, presentando cuestiones relativas al estado de necesidad en la persona que realiza conductas de blanqueo de capitales como medio de vida y como forma de salvar a terceras personas; así como al ejercicio legal de un derecho, oficio o profesión, examinando los límites del profesional liberal (abogados, asesores fiscales) y de sus clientes en la hipótesis de realizar una operación de blanqueo de capitales conforme a sus funciones. Se tratarán la culpabilidad y el error de prohibición, cuyos análisis serán extensibles a todas las figuras; y la autoría, el concurso de agentes y el tipo penal básico del artículo 301.1 del Código Penal. En él contemplaremos reglas de concurso de agentes –

en especial con el análisis de todas las modalidades de concurso previstas en el Derecho español—, que son diferentes de las brasileñas, destacando la responsabilidad penal en el seno de organizaciones empresariales y presentando líneas críticas respecto a la adopción de la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin; cuestiones de consumación y tentativa, para después analizar el concurso de delitos, subrayando la cuestión del delito tributario y el blanqueo de capitales, ampliamente desarrollada en esta parte conforme a la importancia de una sentencia del Tribunal Supremo español que ha suscitado en la doctrina una profunda discusión en torno a su imposibilidad como infracción previa al blanqueo, evitándose el *bis in idem*, o su admisibilidad en función de que los delitos tienen bienes jurídicos diversos y que, en función del delito tributario, produce ganancias blanqueables.

La tercera sección trata los delitos del artículo 301.2. Abordaremos la responsabilidad penal de la persona jurídica, desvelando las principales líneas favorables y contrarias a la misma; explicaremos la sistemática del Código Penal, así como presentaremos cuestiones referentes al *compliance*; el principio de justicia universal y la figura típica del artículo 304 del Código Penal, presentando su modelado dogmático.

La cuarta sección, última de este Capítulo V y del trabajo, tratará de cuestiones relativas a la pena y a la punibilidad en el delito de blanqueo de capitales, analizándose las sanciones penales y su proporcionalidad o no, la pena de multa, las inhabilitaciones previstas en el Código Penal español, las consecuencias jurídicas del delito alcanzables a las personas jurídicas, aspectos de responsabilidad civil, prescripción y el comiso del objeto del delito.

Así pues, nuestra tesis versará sobre el análisis confrontado, en el plano dogmático penal, de ambos ordenamientos jurídicos, pero con ponderaciones de orden constitucional sobre el orden socioeconómico en las Constituciones de Brasil y de España, así como sobre elementos del orden internacional, regional y de Derecho comparado por lo que respecta al tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales.

Este trabajo pretende demostrar cómo es el tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales en España y en Brasil, recurriendo para ello a un análisis de cada uno de los ordenamientos que apunte sus correspondientes puntos favorables y sus puntos débiles. Al respecto, hay un mayor desarrollo en el Derecho penal español, como demuestra el hecho de que algunas discusiones que ahora comienzan a aparecer en la dogmática penal brasileña ya fueron objeto de debate hace mucho tiempo en España. No obstante, y con sus puntos diferenciales, nos centraremos en el desarrollo del Derecho penal de los dos países en materia de blanqueo de capitales, así como de Derecho penal económico, centrándonos en los puntos que tanto en la legislación española como en la brasileña pueden servir de reflexión para el desarrollo de un Derecho penal constitucionalmente orientado y que sea eficaz contra el blanqueo de capitales.

Todas estas son las líneas maestras y los objetivos trazados en esta tesis, que esperamos que sea de provecho y contribuya al desarrollo de los estudios sobre el delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal brasileño y español.

CAPÍTULO I

LOS FUNDAMENTOS DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN LAS CONSTITUCIONES BRASILEÑA Y ESPAÑOLA

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Desde que el hombre pasó a vivir en sociedad, tuvo la necesidad de realizar trueques que implicaban bienes de consumo para sobrevivir, y cuyos objetos eran de género alimenticio y herramientas rústicas utilizadas para la labor.

El peso de estas negociaciones aumentó significativamente con el transcurrir de la historia y progresivamente se sintió la necesidad de organizar los medios de producción –que eran escasos– para adaptarse a las necesidades de la sociedad, las cuales eran infinitas¹, con la consecuencia de que el simple cambio fue superado por actos de mayor complejidad, cuya finalidad era atender a la demanda de la sociedad, que aumentaba potencialmente.

En este escenario inicial, el Estado tenía una posición pasiva dentro de la economía². La preocupación del Estado –monárquico y absolutista– era la preservación del monopolio de la fuerza militar y de la concentración de las riquezas tributarias. También se adoptaron los principios de la no-intervención

¹ Explica Nusdeo: “El concepto de Economía surge, exactamente, cuando se conjugan esas dos observaciones cruciales que provienen, como ya fue dicho, de la vivencia cotidiana de cada uno a) las necesidades, que son numerosas, se expanden indefinidamente; b) los recursos para atenderlas, en mayor o menor grado son limitados, finitos, en una palabra, escasos” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005, p. 27).

² Bottke señala que “Economía puede entenderse como homónimo de dos cosas distintas. Por un lado, puede entenderse como el sistema económico de una sociedad. El sistema económico de una sociedad es el sistema que elige una sociedad para satisfacer sus necesidades económicas más relevantes. El sistema económico que posee una sociedad, depende de cuáles sean su organización material y su constitución. Por otra parte, economía puede significar la teoría que describe y analiza el sistema de actuación económica” (BOTTKKE, Wilfried. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de capitales en Alemania”. *RP*, nº 2 [jul. 1998], p. 1). Similarmente: “La economía estudia la manera como se administran los recursos escasos, con el objetivo de producir bienes y servicios y distribuirlos para su consumo entre los miembros de la sociedad” (MOCHÓN MORCILLO, Francisco; TROSTER, Roberto Luis. *Introdução à economia*. São Paulo: 2002, p. 5).

en la economía y en la propiedad, teniendo el Derecho, en este modelo de Estado, el estricto deber de armonizar los conflictos y tornar legítimo el poder³.

La modificación del panorama político-social vino como respuesta al tratamiento arbitrario y al abuso de los monarcas respecto de las clases ajenas al poder. Su desenlace fue la Revolución Francesa, que llevó a la burguesía a asumir el control del Estado, superando de esa manera el ideal que pugnaba por una relación estancada entre sociedad y Estado. El liberalismo se erigió en contraposición al sistema anterior y se afirmó sobre la libre iniciativa y la auto-organización de la economía, sin ninguna interferencia estatal⁴, porque el Estado debía limitarse a poco más que a preservar el orden público y asegurar la defensa interna del territorio.

Posteriormente, la Revolución Industrial posibilitó la sustitución de los productos manufacturados por los industrializados merced a la invención de las máquinas, el desarrollo tecnológico y la producción a gran escala, lo que provocó la reducción del número de empleos. Surgió así un nuevo modelo de Estado, que pasó a ser intervencionista. En él, el Derecho pasó a “funcionar como instrumento de implantación de políticas públicas”⁵, proporcionando las bases adecuadas para enlazar el Derecho propiamente dicho, el Estado y la sociedad a premisas distintas al modelo absolutista, en la intención de refrenar “el ejercicio abusivo y pernicioso del liberalismo”⁶ con un modelo ideal de igualdad, libertad y fraternidad.

No obstante, el liberalismo inherente a los principios de la Revolución Francesa no fue adoptado con facilidad, ya que significativos segmentos sociales

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12 ed. Malheiros: São Paulo, 2007, pp. 16 y ss.; ABREU DALLARI, Dalmo de. *Elementos de teoria geral do estado*. 25 ed. RT: São Paulo, 2005, pp. 278 y ss.

⁴ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico*. Forense: Río de Janeiro, 2006, p. 26. Según Hernández Gil, el Estado liberal ha consagrado el reconocimiento y la garantía de las libertades fundamentales y de los derechos humanos, el imperio de la ley y la separación de poderes. Como reflejo de eso, presenta la idea de poder y de límite, además de los derechos de la persona materializados en libertad, seguridad y propiedad actuando como prerrogativas individuales y límites del poder, que deben tener la tutela adecuada asegurada por el Estado. El modelo liberal del Estado de derecho es la negación del Estado absoluto y el Estado social no es la negación del Estado liberal. Lo que hay son sólo diferentes esferas de alcance (HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La Constitución y su entorno*. Espasa-Calpe: Madrid, 1988, pp. 331-332).

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 19.

⁶ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 28.

no estaban de acuerdo con la remodelación del Estado que subyacía en la revisión de las relaciones sociales y que había de implicar una reducción de las diferencias entre clases. Aun así, la libertad pasó a convertirse en el máximo valor para todas las clases sociales, y en correspondencia, el poder económico capitalista pasó a ser un valor central en el juego de los intereses sociales, cuyo curso determinaría drásticamente.

Aunque existía una conciencia de las posibles implicaciones de la excesiva liberalización en el empleo del capital, se creía que el mercado se regularía autónomamente. La constatación de que tal regulación era imposible llevó a una necesaria la intervención del Estado para controlar el uso del capital por medio de leyes *anti-trust* y de otros métodos de control del sistema financiero, con el objetivo de racionalizarlo y establecer parámetros en el tratamiento de la materia.

En tales circunstancias, la igualdad se limitaba al campo estrictamente formal, en el que la ley se establecía de forma abstracta, sin interés real en concretarse materialmente, en gran medida porque la ley era vista en aquellos momentos como un instrumento de dominio de la burguesía. De modo similar, la fraternidad era abandonada y sustituida por el egoísmo, y la competencia se forjaba como definitoria de la sociedad, en cuyo seno la ideología se separaba de la realidad.

De esa manera, el capitalismo liberal estaba marcado por la concentración en las manos del Estado de tres monopolios, a saber: la emisión de moneda, el empleo del poder de la policía estatal y la aplicación de las leyes que regían la vida social. Como el escenario era de sustitución del poder del déspota por el poderío económico sin efectuar las intersecciones necesarias entre la sociedad, Capital y Derecho, el Estado pasó a actuar más incisivamente como agente regulador de la economía⁷, y para eso atrajo hacia sí la concentración de

⁷ Grau alecciona en el siguiente sentido: “De ahí la identificación de cuatro categorías de la actividad estatal. Con el fin de *constituir y preservar* el modo de producción, ciertas premisas de existencia continua serán realizadas (el Estado de la garantía al sistema de derecho civil, con las instituciones básicas de la propiedad y de la libertad de contratar, protege el sistema de mercado con los efectos secundarios auto destructibles –jornada especial de trabajo, legislación *antitrust*, estabilidad del sistema monetario, etc. –; asegura las premisas de producción dentro de la economía global –tales como educación, transportes y comunicaciones–, promueve la capacidad de la economía nacional para competir internacionalmente –política comercial y aduanera, v.g.– y se produce mediante la conservación de la integridad nacional, en el exterior con los medios

determinadas actividades, que monopolizó como salvaguarda de los elementos de base: registro civil, preservación de la soberanía y establecimiento de un rígido reglamento que promoviese, al menos, una tentativa de recuperación del equilibrio entre sociedad, capital y Estado, y fomentase un desarrollo sostenible de la explotación de los recursos y la correspondiente atención a las necesidades de la sociedad.

El capitalismo liberal condujo a una excesiva disminución del poder del Estado ante la fuerza del poder económico, surgiendo como reflejo un asistencialismo cuyo fin era corregir las imperfecciones fácticas, que quedó representado en el *welfare state*, con la preocupación de promover políticas a favor de los más pobres y de atender a los intereses colectivos.

Por el contrario, en algunos Estados –especialmente en los países del Este europeo y en Asia– asistimos a un movimiento diferente, que recorre una dirección opuesta, en concreto hacia la total estatalización del fenómeno económico, el cual pasaría a ser ejercido y limitado por el propio Estado. Su consecuencia fueron las restricciones al empleo del capital y a la distribución de la propiedad, de manera que se limitaba la competencia y la actividad económica se centraba en las manos del Estado.

militares y en el interior, mediante la eliminación paramilitar de los enemigos del sistema). Para completar el mercado, el sistema jurídico es adecuado a las nuevas formas de organización empresarial, de competición y de financiamiento (por ejemplo, a través de la creación de nuevas instituciones en el derecho bancario y empresarial y de la manipulación del sistema fiscal) en caso que la dinámica del proceso de acumulación se altere. Teniendo en cuenta la sustitución del mercado, que reacciona frente a la debilidad de las fuerzas motrices económicas, reactiva el flujo del proceso de acumulación, que se abandona en su propia dinámica, creando nuevas situaciones económicas (sea proporcional o mejorando las posibilidades de inversión –demanda estatal de bienes de uso improductivo–, sea a través de la creación de nuevas formas de producir mayor valía –organización estatal del progreso técnico-científico, calificación profesional de los trabajadores, etc. –); de ahí el principio de organización de la sociedad, como lo demuestra el surgimiento de un sector público extraño al sistema. Finalmente, *compensa* disfunciones del proceso de acumular, que se manifiestan en el seno de ciertas parcelas de la clase operaria o de los grupos organizados, productores de reacciones que intentan imponerse por vías políticas (ahí el Estado, por un lado, asume efectos externos de la economía privada –v.g. daños ecológicos–; asegura, a través de políticas estructurales, la capacidad de sobrevivencia de los sectores amenazados –v.g. minería y economía agrícola–; de un lado, implementa relaciones e intervenciones reclamados por los sindicatos y por los partidos reformistas, teniendo en cuenta el mejoramiento de la situación social de los trabajadores –los «gastos sociales» y el «consumo social»). Estas dos últimas modalidades de actuación –*sustitutiva* y *compensatoria*– son típicas del capitalismo organizado” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, pp. 20-21).

El resultado fue un intenso conflicto de ideologías⁸ en el terreno de la economía y del derecho económico, según se defendieran, por un lado, el capitalismo y el liberalismo⁹, o el socialismo, por otro, con la correspondiente pretensión de crear un Estado social-intervencionista y uno de signo neoliberal.

La conciliación entre ambas posibilidades debería reflejarse lógicamente en la formulación de una trama legal que permitiese el flujo del orden económico conforme a un ambiente de seguridad jurídica. En este sentido, para preservar la estabilidad de la nación, por un lado debe limitarse la explotación de la economía –con límites competenciales, fijación de monopolios estatales y reglamentos para la actuación del sistema financiero nacional–; y, por otro, no se pueden reprimir los fenómenos sociales, sino admitir la fluidez de la economía de mercado, con el fin de permitir el desarrollo a niveles sostenibles.

Conforme a este resumen histórico, se observa que el Estado inicialmente se mostró indiferente a la economía social, estando su preocupación volcada estrictamente en la preservación del interés del monarca supremo. En ese escenario, el propio Estado esperó que la economía se autorregulase conforme a la oferta y demanda¹⁰, a lo que siguió un momento de intervencionismo, pasando el Estado a reglamentar los espacios de la economía, conforme a teorías diversas.

En un primer momento las cuestiones económicas se tratarían conforme a un planteamiento nacido de los restos del exceso de liberalismo implantado en el siglo XVIII, con el resultado de un estancamiento que propició el inicio de la intervención jurídica en el reglamento económico. A medida que la economía se desarrollaba y adquiría más importancia en la sociedad, se vio la necesidad de crear un sistema jurídico más amplio, con leyes específicas para controlar las

⁸ PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica*. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, pp. 367 y ss.

⁹ Dallari nos recuerda que el liberalismo era formado en la idea central de que el individuo tenía una imagen de libertad que proporcionaba una distancia mayor del estado, pero, que esa “valoración del individuo lo llevó al *ultraindividualismo*, que ignoró la naturaleza asociativa del hombre y dio margen a un comportamiento egoísta, altamente ventajoso para los más hábiles, más audaces o menos escrupulosos. Al lado de eso, el concepto individualista de la libertad, que impedía al Estado de proteger a los menos afortunados, fue la causa de un aumento de la injusticia social, porque, se otorgó a todos el *derecho* de ser libres, no se garantizó a nadie el *poder* de ser libre” (ABREU DALLARI, Dalmo de. *Elementos de teoria geral do estado...*, p. 280).

¹⁰ HERREN AGUILAR, Fernando. *Direito Econômico: do nacional ao supranacional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55.

relaciones económicas, lo que provocó la llamada “constitucionalización de la economía”¹¹. Y finalmente vino el inicio de las reglas jurídicas, con su codificación¹² en sede constitucional, mediante la formulación específica, dada la importancia de los bienes legalmente protegidos y salvaguardados. Sin embargo, como veremos en su momento, de ahí se derivaron normas programáticas que, le permitieron al legislador ordinario márgenes de actuación para la regulación constitucional.

2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ORDEN ECONÓMICO: UNA SÍNTESIS CONSTRUCTIVA

Antes de pasar propiamente, en este estudio histórico constitucional, al tratamiento de la materia afecta a la economía, conviene realizar algunas consideraciones preliminares sobre el asentamiento de la expresión “*Constitución económica y orden económico*”, puesto que, a nuestro entender, uno de los bienes jurídicos tutelados en el delito de blanqueo de capitales es el orden socioeconómico.

La Constitución económica está representada por las normas de la Constitución que tratan de dar forma al orden fundamental de la economía, en íntima unión con el principio democrático y con la idea de democratización socioeconómica. Su contenido apunta a las directrices que deben ser atendidas por el resto de los poderes en el modelado de la política socioeconómica¹³, la cual queda también acoplada a los principios constitucionales.

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 464.

¹² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao Direito Econômico...*, pp. 125 y ss.

¹³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 9 ed. Almedina: Coimbra, 1993, p. 474. En el mismo sentido, PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica...*, p. 23; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 81; MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tecnos: Madrid, 1995, p. 211. Refuerza Martín Bassols Coma que “...las fuerzas constituyentes coinciden unánimemente en la configuración democrática del proceso político, incluso en la medida que éste puede reflejar determinados contenidos y exigencias inherentes a un orden económico-social –el sistema económico capitalista– sobre el que algunas de estas fuerzas ideológicamente no comparten e incluso rechazan. Ahora bien, no existe absoluta coincidencia en que los postulados de este sistema sean los que deban informar con carácter excluyente el orden económico-social que tiene que diseñar la Constitución, con independencia o más allá del compromiso que asuman todos los partidos de mejorar y, por lo tanto, transformar las estructuras reales de la economía española en el momento de aprobarse la Constitución –problema fáctico de distinto orden y que

Los elementos que componen esta Constitución económica operan como límite e impulso a los poderes¹⁴, porque no puede ser elaborada una política socioeconómica que se enfrente a las normas constitucionales, mientras que, por otro lado, sus preceptos demandan una actuación proactiva en la implementación de las metas constitucionales.

El orden económico representa el conjunto de normas y principios que reglamentan la actuación de los agentes económicos, públicos o privados, que, directa o indirectamente, promuevan la producción, circulación o consumo de bienes y servicios. Refleja la ideología de un país y el contenido de su actuación en los asuntos afectos a la economía¹⁵, delimitando la faceta del Estado como agente económico y como agente normativo-regulador.

La Constitución económica presenta el empuje de la fuerza normativa de la Constitución¹⁶, una vez que la simple previsión de preceptos¹⁷ atinentes al orden económico no sería suficiente para presentar seguridad jurídica y estabilidad normativa respecto a la economía, siendo reflejo directo de la

a veces se confunde con el que planteamos—, determinadas fuerzas constituyentes (especialmente los partidos de izquierda), exigieron y obtuvieron el reconocimiento de la consagración de principios, valores e instituciones jurídicas que incidieran en el sistema económico, de tal suerte que éste no quedara, al menos en potencia, absolutamente autorregulado conforme a su propia dinámica e inmune a la acción constitucional de los poderes públicos” (BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. 2 ed. Tecnos: Madrid, 1988, p. 91).

¹⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional...*, p. 474.

¹⁵ ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia*. Renovar: Río de Janeiro, 2004, p. 109.

¹⁶ Hesse afirma: “La concreción de la completa fuerza normativa es la meta a ser alcanzada por la Ciencia del Derecho Constitucional. Ella cumple su finalidad de forma adecuada, no cuando busca demostrar que las cuestiones constitucionales son cuestiones de poder, sino cuando se esfuerza para evitar que sean convertidas en cuestiones de poder” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. SAFE: Porto Alegre, 1991, p. 29).

¹⁷ Bucci expone lo siguiente: “En otras palabras, a pesar de la exigibilidad a la Constitución, en cuanto dependa de su texto, del equilibrio real de fuerzas políticas y sociales en determinado momento, no basta una Constitución bien escrita para que sea cumplida y obedecida. Existe la posibilidad de librarse, por la vía del derecho y con base en la Constitución, una batalla propia, capaz de mejorar las condiciones sociales, según la garantía del ejercicio de los derechos individuales y de ciudadanía para todos, por los medios más exhaustivos posibles. En ese sentido, un orden jurídico bien establecido puede ser un instrumento significativo de mejoría social. Desde que se asumió ese supuesto, o sea, desde que hay una arena jurídica para la solución de los conflictos políticos y sociales, es preciso crear instrumentos adecuados para la concreción de los derechos y la promoción social” (DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*. En: *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. Polis: São Paulo, 2001, p. 9).

Constitución como factor real de poder (de hecho, el mayor poder jurídico de un Estado). De esa suerte, la Constitución es el deber-ser, y como tal es entendida como real y jurídica, o sea, implementa el orden de la realidad política y social, sin descuidar la realidad que objetiva normalizar, y cuando ambas alcanzan un nivel de paridad, se consigue que ella obtenga el grado de eficacia deseado¹⁸.

Al respecto, Grau realiza un recorrido por los principales hechos políticos y económicos para apuntar, con propiedad, que el orden económico presenta el mundo del ser, representativo de determinada economía en el plan de los hechos; pero que también presenta el reglamento ideal para el funcionamiento de la economía, o sea, el mundo del deber. En concreto, afirma que la Constitución económica es el “conjunto de normas que define, institucionalmente, un determinado modo de producción económica. Así, orden económico, parcela del orden jurídico (mundo del deber-ser), no es sino el conjunto de normas que institucionaliza un determinado orden económico (mundo del ser)”¹⁹.

En ocasiones, y en especial en el Derecho extranjero, nos encontramos con la expresión orden socio-económico para referirse a orden económico. La razón de esa terminología es que el tratamiento del sistema económico en las Constituciones aparece conjuntamente con aspectos relativos al orden social y a derechos fundamentales de segunda generación, además de la propia necesidad de socialización de determinados aspectos de la economía que fueron objeto de positivación por el constituyente, como la función social.

Así pues, se conjugan ambos aspectos, que las leyes fundamentales tratan conjuntamente, conceptuando de ese modo el orden económico junto a sus principios de índole social y reconociéndose como un orden socio-económico.

3. PANORAMA HISTÓRICO DE LAS CONSTITUCIONES

Conforme a todas estas cuestiones, se pone de manifiesto que la materia afecta al orden económico no es un fenómeno reciente en la historia de la humanidad, toda vez que desde textos constitucionales más antiguos ya se

¹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição...*, pp. 11-16.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, pp. 65-72.

hacían observaciones referentes a materias con evidente cariz de Derecho económico²⁰, tales como las relativas al derecho de propiedad y libertad en la iniciativa económico-comercial.

3.1. Historia de las Constituciones brasileñas

Los ideales que exigían el acercamiento entre el derecho y la economía como reflejo de la nueva imagen del Estado en la sociedad no fueron positivos inicialmente en Brasil, ya que en los primeros textos su historia constitucional, de 1824 y 1891, había solo restos hermenéuticos basados en la observación de los hechos motivados por la presión de los sectores rurales²¹, que requerían una postura jurídica del gobierno respecto a la economía.

La Constitución del Imperio de 1824 no se ocupó específicamente de las cuestiones económicas ni introdujo un capítulo para el orden económico, aunque indirectamente se observa una cierta presencia de dispositivos que pretendían poner la exploración del comercio y la industria dentro de los parámetros del orden público, con condiciones para el trabajo, la salud pública y la moral pública; parámetros que además reflejaban la influencia del liberalismo y de la contención de la actuación del Estado en el escenario económico²².

El intervencionismo estatal era residual, ya que Brasil acababa de salir de un proceso de independencia que llevó a un estrechamiento de la Ley, regulada hasta entonces por la Corona portuguesa. Por lo tanto, la Constitución pretendía ofrecer una menor dependencia en la relación entre el Estado y el individuo, lo cual solo era posible en un escenario libre de la intervención económica.

²⁰ En ese sentido, cfr. FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; BRANCO GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1354; ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 110; PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica...*, p. 19; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 83.

²¹ ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 122.

²² Artículo 179, Constitución de 1824: "XXII. Se garantiza el Derecho de Propiedad en toda su plenitud. Si el bien público legalmente verificado exige el uso o empleo de la Propiedad del Ciudadano, éste será previamente indemnizado de su valor. La Ley marcará los casos en que tendrá lugar esta única excepción, y dará las reglas que determinen la indemnización. [...] XXVI. Los inventores tendrán la propiedad de sus descubrimientos, o de sus producciones. La Ley les asegurará un privilegio exclusivo temporal o les pagará para resarcir la pérdida que sufran por la difusión".

Siguiendo el curso de la historia, la segunda Constitución fue en 1891. En ella seguía presentándose una actuación tímida del Estado en el orden económico, y a falta de un capítulo que aglutinase los preceptos relativos al orden económico y a la previsión de un derecho ilimitado a la propiedad, al menos había leves referencias a los mismos en el artículo 72, § 17.

En este mismo artículo, no obstante, puede apreciarse un enfoque sobre el derecho de propiedad²³, aunque de evidente signo individualista, pues se limita a elementos relacionados con los derechos de autor sobre obras literarias y patentes.

A fines del siglo XIX la Constitución presentó normas que, pese a ser de eficacia limitada, admitían ser complementadas con actos administrativos que integrarían su sentido y significado como consecuencia del poder de la policía, por lo que “al Estado le competía intervenir en el ámbito económico prevaleciendo el *interés público*, con base en la capacidad administrativa derivada de la noción general de la supremacía de ese interés”²⁴.

Poco que ver, sin embargo, con los claros contornos que podían observarse en la Constitución de Weimar de 1914, sobre la que se fundó la socialdemocracia posterior a la Primera Guerra Mundial, y la de México de 1917, que contenían básicamente elementos que mostraban una intervención más sistemática en el orden económico.

Esta normativa inicial hizo surgir varias leyes estatales que fueron tratando de sectores específicos de la actividad económica y por las cuales el Estado comenzaba a intervenir para defender a la industria y al comercio local o para promover determinados sectores, especialmente la agricultura. Por otra parte, la postura intervencionista no se produjo a partir de una toma de conciencia de la situación, sino que se debió a los movimientos por parte de la oligarquía, exigiendo del gobierno conductas para mantener sus negocios,

²³ El artículo 72, Constitución de 1891 dispone: “§ 25 - Los inventos industriales pertenecerán a sus autores, a los cuales se les garantizará por ley un privilegio temporal, o será concedido por el Congreso un premio razonable cuando sea necesario difundir el invento. § 26 – A los autores de obras literarias y artísticas se les garantiza el derecho exclusivo de reproducirlas a través de la imprenta o de cualquier otro proceso mecánico. Los herederos de los autores gozarán de ese derecho por el tiempo que la ley determine. § 27 - La ley garantizará la propiedad de las marcas de fábrica”.

²⁴ ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 126.

porque no había una política económica estructurada en la lógica y en principios objetivos. Posteriormente, la revolución de 1930 y el movimiento constitucionalista de 1932 abogaron por la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de satisfacer a las demandas de la sociedad y legalizar las actuaciones del Estado.

En este contexto surgió la Constitución de 1934, que, proyectada de acuerdo con los preceptos de la Constitución socialdemócrata de Weimar de 1914 y la constitución mexicana de 1917, fue pionera al presentar en su título IV un capítulo totalmente volcado sobre el “orden económico y social”, con varios artículos que trataban de apoyar la intervención estatal en la economía.

Cabe señalar que el legislador señaló como parámetro rector aspectos relacionados con el cuidado del ser humano, y no con los intereses de clase. Por eso el Estado comenzó a promover el bien común, aunque con una alta dosis de intervencionismo entreverado de nacionalismo²⁵, resultado de la doctrina imperante en Europa.

También se observa la presencia de instrumentos destinados a preservar los derechos laborales y a conciliarlos con los intereses económicos, así como diversos exponentes de la intervención estatal en la economía. Se trataba de poderes constitucionales atribuidos a la Unión para monopolizar industrias o actividades, así como para estimular con medidas diversas la actividad privada en la economía; pero que también revelaban aspectos nacionalistas, al limitar la participación extranjera en ciertos sectores de la actividad económica, como en los medios de comunicación, y recomendar la nacionalización de las empresas extranjeras, además de presentar elementos asistenciales, sobre todo en cuestiones laborales²⁶.

²⁵ ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 132.

²⁶ PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica...*, p. 410. Ronald Amaral condensa los cambios cuando expone: “En el título «Da ordem econômica e Social», determina la nacionalización progresiva de los bancos de depósito, de las empresas de seguro y de minas, minerías y cataratas consideradas básicas o esenciales para la defensa económica o militar del País; garantiza la pluralidad sindical y la plena autonomía de los sindicatos, el establecimiento de un salario mínimo, «capaz de cumplir, de acuerdo con las condiciones de cada región, las necesidades normales del trabajador», establece la jornada máxima de ocho horas, prohíbe el empleo de menores de 14 años, determina la regulación de todas las profesiones, se crea el Tribunal del Trabajo y reconoce las escuelas privadas para

A pesar de los avances, se observaba, sin embargo, una excesiva intervención estatal en la economía, lo que acarreaba un carácter nacionalista que comprometía la capacidad de esta Constitución para regular correctamente el orden económico.

En 1937 surgió otra Constitución, esta vez concedida por Getulio Vargas, con influencia fascista y algunos conceptos autoritarios. Refleja en algunos aspectos la Carta anterior, tales como la preservación de los aspectos que permitieron la intervención del Estado en la economía, en orden a preservar, directa o indirectamente, los “intereses de la nación representados por el Estado”. Por su lado, el artículo 135²⁷ del texto se concentró en el cambio de las normas relativas a las relaciones de trabajo. En líneas generales, el Estado podía intervenir en el orden económico con pretextos muy amplios, conforme a la mencionada vaguedad regulatoria y al carácter nacionalista que impregnaba la política, que le confería al Estado el deber de proporcionarle a la economía unas condiciones favorables que lo defendieran de cualquier ataque.

Más tarde, tras la dictadura de Vargas, se redactó en 1946 otra Constitución bajo atuendo democrático. La nueva Carta Magna trajo un cambio en los principios, conteniendo el exagerado sentimiento nacionalista de los primeros²⁸ textos, haciendo suyos conceptos como “justicia social” con el fin de

asegurar que sus maestros tengan estabilidad y la remuneración justa. Crea el Consejo Nacional de Educación. Concesión al poderoso clero católico Brasileño, pero en retirada frente a la positivista-laica Constitución de 1891, que dice que el matrimonio es indisoluble y se instituirá el matrimonio religioso con efectos civiles. Finalmente, se puede decir que hace oficial el Estado social Brasileño. Esto debe haber sido la gran obra del *varguismo*, profundizada a partir del año 37 al superar los estrechos límites del liberalismo de 1930” (AMARAL, Ronald. “O constitucionalismo na era Vargas”. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 163, año 41 [jul.-sep., 2004], p. 90).

²⁷ Artículo 135, Constitución de 1937: “En la iniciativa individual, en el poder de creación, de organización y de invención del individuo, ejercido en los límites del bien público, se funda la riqueza y la prosperidad nacional. La intervención del Estado en el dominio económico solo se legitima para suplir las deficiencias de la iniciativa individual y coordinar los factores de la producción, para evitar o resolver los conflictos e introducir en el juego de las competencias individuales el pensamiento de los intereses de la Nación, representados por el Estado. La intervención en el dominio económico podrá ser mediata e inmediata, controlando, estimulando o gestionando directamente”.

²⁸ Con razón, Washington Peluso Albino de Souza dice: “El discurso constitucional de 1946 se afirmó, mediante compromisos democráticos, con la responsabilidad de realizar el pasaje de régimen centralizado para el de un Estado de Derecho claramente caracterizado” (PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica...*, p. 412).

lograr la igualdad material²⁹ y abandonando su carácter estrictamente formal, demasiado innovador con respecto a la presentación de los preceptos que abordaban la cuestión *anti-trust*.

No obstante, pese a la adopción innovadora de la justicia social como uno de los principios de economía, pasaría mucho tiempo hasta que hubiese un arquetipo de normas constitucionales que generase cohesión social en los ámbitos de la ley y de la economía.

Esta Constitución también mantuvo el patrón de intervención en la economía directa, aunque con menor intensidad. En esta ocasión, el monopolio se conservó en ciertos segmentos por medio de preceptos vagos³⁰, que dieron rienda suelta a interpretaciones más politizadas que legales y que permitían la proliferación de empresas públicas y sociedades de economía mixta, único tipo de intervención que se creía que podía promover rápidamente el crecimiento nacional, pues la riqueza se mantendría en el territorio patrio y no estaría en manos de extranjeros³¹ o de empresas privadas, o en determinados sectores de la economía.

Así pues, el texto se convirtió en una simbiosis entre el nacionalismo político imperante en los años treinta y el intervencionismo económico, el cual se fue despojando de los extremos alcanzados en las Constituciones del 34 y 37³², cuando el desarrollismo nacional se caracterizaba por la explotación estatal de la actividad económica.

En el año 1967 se presentó una nueva Constitución, sustituida en 1969³³, que continuaba manteniendo el mismo escenario descrito sobre el orden socio-

²⁹ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 145. Al respecto, cfr. el artículo 145, Constitución de 1946: "El orden económico debe ser organizado conforme a los principios de la justicia social, conciliando la libertad de iniciativa con la valoración del trabajo humano".

³⁰ Artículo 146, Constitución de 1946: "La Unión podrá, mediante ley especial, intervenir en el dominio económico y monopolizar determinada industria o actividad. La intervención tendrá por base el interés público y por límite los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución".

³¹ ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 147.

³² *Ibidem*, p. 151.

³³ Afirma Silva: "Teórica y técnicamente, no se trató de una enmienda, sino de una nueva constitución. La enmienda sólo sirvió como un mecanismo para otorgar, ya que el texto fue promulgado totalmente reformado, a partir de la denominación que le dio: Constitución de la República Federativa de Brasil, mientras que la Constitución de 1967 se llamaba sólo Constitución de Brasil" (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed.

económico, ahora en un capítulo independiente, y que en algunos sentidos fue más clara al dar forma de principios a los objetivos que pretendía alcanzar, tales como la justicia social, y que, no obstante, seguían adoleciendo de excesiva vaguedad.

En cuanto a la intervención, se mantienen las esferas del monopolio, pero la actuación del Estado pasa a ser, según el artículo 157³⁴, opcional y no de imposición, desde el momento que cumple los requisitos de seguridad nacional o reorganiza el mercado comprometido conforme al régimen de libre competencia. Se presentan así normas de eficacia limitada, que se complementan por ley ordinaria para adaptarse a la realidad, ya sea para cohibir o admitir un papel mayor en la economía.

El paradigma de la intervención directa del Estado en la economía ha sido modificado para aceptarlo como agente complementario, porque el artículo 163³⁵ de la Constitución preveía que el sector privado exploraría preferentemente los sectores económicos; pero esa amplitud en los términos dio lugar a que ocurriese lo contrario, originando un gran número de sociedades de economía mixta que actuaron en la economía, cuando esta debía ser del Estado.

En la evolución constitucional del orden económico llegamos a la Constitución de 1988, que promueve un cambio importante en el panorama económico, para definir caminos más liberales, y que consolidó la opción por un régimen capitalista de economía descentralizada basada en el mercado³⁶. Se mantuvo un capítulo específico para el asunto, manteniendo distancia entre la economía y el Estado, de manera que este ya no actuaría como complemento,

Malheiros: São Paulo, 2008. p. 87). Cumple destacar que estamos de acuerdo con la posición del profesor y que solo a efectos de unificación, sistematización y optimización del estudio tratamos en conjunto las cartas constitucionales, ya que ambas proceden del mismo contexto histórico.

³⁴ Artículo 157, § 8.º, Constitución de 1967: “Están facultados para la intervención en el dominio económico y el monopolio de determinada industria o actividad en particular, por la ley de la Unión, cuando sea indispensable por razones de seguridad nacional, o para organizar un sector que no pueda ser desarrollado con eficiencia en el régimen de competencia y de la libertad de iniciativa, asegurados los Derechos y las garantías individuales”.

³⁵ Artículo 163, Constitución de 1967: “A las empresas privadas compete preferencialmente, con el estímulo y el apoyo del Estado, organizar y explorar las actividades económicas. § 1º - Solo para complementar la iniciativa privada, el Estado organizará y explorará directamente la actividad económica”.

³⁶ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro*. Método: São Paulo, 2008, pp. 118-119.

sino como agente normativo y regulador de la economía³⁷, conservando las áreas de monopolio, aunque con restricciones, sin la presencia de elementos demasadamente abiertos, y ajeno a la influencia de ideologías nacionalistas.

Se opta por un modelo capitalista de producción y se reconoce como legítima la apropiación de capital por el sector privado, conforme al principio de libertad unido al de libre iniciativa privada, armonizados con las disposiciones que permiten excepcionalmente el poder de incidencia directa o indirecta³⁸ del Estado.

3.2. Historia de las Constituciones españolas

En España, la sucesión de textos constitucionales va desde la primera Constitución de 1812 hasta el documento vigente de hoy día, que data de 1978.

La Constitución de Cádiz fue la primera ley fundamental española y estuvo muy influida por movimiento liberal español³⁹. Su redacción se remonta a 1812 y, aunque en ella se descubre la ausencia de elementos referentes al orden socioeconómico, por otro lado en su interior existen fragmentos que en líneas generales prefiguran algunos términos de la actual configuración de tal orden.

Así, se infiere la presencia de elementos como la promoción de la prosperidad en su Preámbulo⁴⁰, la soberanía de España⁴¹, el derecho a la

³⁷ El artículo 174 de la Constitución de 1988 dispone: “Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en forma de Ley, las funciones de control, incentivo y planeamiento, siendo este determinante para el sector público e indicativo para el sector privado. § 1.º - La ley establecerá las directrices y bases del planeamiento del desarrollo nacional equilibrado, el cual se incorporará y será compatible con los planos nacionales y regionales de desarrollo”.

³⁸ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 121.

³⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I. 2 ed. Tecnos: Madrid. pp. 70-71.

⁴⁰ Dice el Preámbulo de la Constitución: “Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nacional, decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado”.

⁴¹ Expone el artículo 3.º: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”.

propiedad⁴², el germen de la libertad concurrente al tratar la libertad de industria y el deber del gobierno de asegurar la remoción de obstáculos a la misma⁴³, así como el tratamiento que se dispensa al Poder Legislativo en su responsabilidad de asegurar la economía, el orden y el progreso en las provincias de Ultramar (artículo 335, § 10.º). Pese a todo, esta Constitución ha sido objeto de censura, porque carece de un rol de derechos fundamentales y presenta un contenido excesivamente ampliado de contenidos no propiamente constitucionales⁴⁴.

El documento elaborado en 1837 fue la siguiente Carta Magna de España. Aunque presentó un contenido más sobrio, mantuvo el reconocimiento del derecho a la propiedad privada⁴⁵ en el artículo 10, tal como la Constitución antecesora, pero sin la inclusión de los demás elementos arriba apuntados, cuya fórmula y modelo fueron mantenidos con el texto de 1845, que se limitó a prever en el mismo artículo la garantía de la propiedad privada a los españoles.

La alteración de los paradigmas advino con la Constitución de 1869, que, por ser un documento firmado bajo fuerte influencia de la Revolución de 1868, representa el texto “más liberal de todo el siglo XIX”⁴⁶. Ya en su Preámbulo preveía la búsqueda de la justicia, de la libertad, la seguridad y el bien de todos. Y en su artículo 13 garantizaba el derecho a la propiedad privada, previendo un límite a la actuación del Rey de España, a salvo la hipótesis de sentencia judicial para que haya intervención sobre la misma, además de consagrar la utilidad pública para fines de pérdida del bien.

⁴² El artículo 4.º de la Constitución española dispone que “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. El dispositivo es contrabalanceado y asegurado por el artículo 172, que afirma: “Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: [...] Décima. No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos”.

⁴³ El artículo 131. 21, de la Constitución de Cádiz dice: “Art. 131. Las facultades de las Cortes son: [...] Vigésimaprima. Promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan”.

⁴⁴ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 76.

⁴⁵ El artículo 10 de la Constitución española de 1837 destaca: “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización”.

⁴⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 79.

La Constitución de 1876 fue innovadora al prever en su artículo 2.º que el extranjero podrá ejercer actividad industrial en el territorio español de forma libre, manteniendo el derecho a la propiedad privada⁴⁷; sin embargo, se ha silenciado en cuanto a las innovaciones previstas en el primer texto constitucional español.

Prosiguiendo con la historia constitucional de España, tenemos la Constitución de 1931, la cual significó un impulso en el marco del orden económico por el aumento del espacio referente a su tratamiento⁴⁸. Inicia el texto previendo que el Estado español tiene competencia legislativa para tratar de la libertad de circulación de mercancías⁴⁹ y para exigir que las empresas cumplan una función social en su artículo 15.12.

La ley magna presenta un capítulo destinado al tratamiento de la economía y en esa estructura normativa realiza reglamentaciones sobre el derecho a la propiedad, trazando límites a la explotación económica⁵⁰ al establecer la sumisión de los detentores de la riqueza a los dictámenes de la economía nacional; reconoce el derecho a la propiedad, pero fijándole límites; y autoriza la desapropiación por interés social y su estatización⁵¹.

La autorregulación del mercado es la norma en esta Constitución española. No obstante, hay margen para la intervención del Estado en la asunción de la explotación de empresas en aras de la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional, hipótesis que acaso confiere excesivo margen a la actuación estatal en esa situación.

⁴⁷ El artículo 10 de la Constitución de 1876 dice: “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado”.

⁴⁸ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., pp. 81-82.

⁴⁹ El artículo 14 atribuye la competencia exclusiva del Estado español a la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes: “octavo: Régimen arancelario, Tratados de Comercio, Aduanas y libre circulación de las mercancías”.

⁵⁰ Expone el artículo 44 de la Constitución: “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

⁵¹ Lo señalado arriba se encuentra en el artículo 44 de la Constitución de 1931: “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada”.

La norma constitucional aprovecha para hacer alusión a la materia ambiental, aunque solamente con relación al patrimonio inmaterial cultural y artístico, sin reservas en cuanto al medio ambiente natural, salvo por motivos de belleza natural (artículo 45) y sin preocuparse por la existencia de las personas.

De forma interesante, la Constitución de 1931 trata en su artículo 46 del derecho al trabajo de forma digna, confiándole al legislador infraconstitucional el deber de cuidar de derechos sociales, entre ellos, la relación económico-jurídica de los factores de producción, la administración y beneficios de las empresas, y la salvaguarda frente a hipótesis que afecten a la defensa de los trabajadores.

La última Constitución de España vio la luz en 1978 y ha representado una sensible alteración en el contenido de los mandatos constitucionales, además de desvelar un impulso democrático que supera sistemas autoritarios⁵². Buena muestra de ello la tenemos en el Preámbulo, de denso contenido social y que recoge aspectos económicos⁵³ aplicables al poder público y a la iniciativa privada, consagrando una "economía social de mercado", un sistema mixto de base liberal, aun que no plenamente, con claros contornos de la intervención del Estado⁵⁴.

La norma constitucional ha supuesto el retorno de algunos derechos socioeconómicos, destacando en su capítulo tercero el tratamiento de los principios rectores del orden económico y de la política social (artículos 38 a 51), y en el título séptimo, el tratamiento de la economía y de la hacienda (artículos 128 a 136), además de disponer en otros artículos dispersos aspectos relativos a la economía, avanzados ya en el título preliminar al tratar de los derechos fundamentales.

Relevante ha sido la inserción del deber de garantizar el orden económico y social justos, la dignidad de la persona humana y varios principios también

⁵² ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 84.

⁵³ La Constitución española reconoce el sistema económico neocapitalista y el reconocimiento del Estado social de Derecho definiendo el orden del proceso económico (ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 426. Igualmente: BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p. 91).

⁵⁴ En sentido contrario apunta la doctrina para decir que la Constitución española adoptó "un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía interventora y una economía planificada, pero solamente a través de una planificación indicativa" (ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 426).

previstos en la Constitución brasileña de 1988, como la soberanía nacional, la propiedad privada, la función social de la propiedad, la libre concurrencia, la tutela del consumidor y del medio ambiente, la de las desigualdades sociales y la búsqueda del pleno empleo.

Pero el texto constitucional va más allá al consagrar, dentro de los capítulos correspondientes, mandatos referentes al derecho a la educación, derecho a la sindicalización y a la existencia de los sindicatos, derecho a la huelga, además de la negociación colectiva, cuestiones igualmente existentes en la Constitución Federal brasileña, pero en otros artículos y capítulos. A ellos hay que sumar mandatos atinentes a la salud, a la cultura, la seguridad social, y cuestiones referentes a la inmigración, acceso al ocio y la investigación científica⁵⁵.

Se consagra por tanto una postura liberal en España, fruto del liberalismo reinante en Europa, aunque con la reserva interventora del Estado para la corrección de aspectos concretos en la economía, pudiendo evitarse de ese modo que la autorregulación acarree problemas en la crisis económica existente⁵⁶ desde 1973 y que se dejase la economía ajena a la actuación del poder público.

4. FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Las funciones y características de la intervención del Estado en la economía podemos entresacarlas de las líneas de los grandes sistemas, siendo su objetivo explicar las principales características del Estado y los medios de

⁵⁵ Bassols Coma expone que, para garantizar un orden económico justo y social, y alcanzar lo apuntado en el preámbulo: "Los principios rectores, cuya sistemática material podríamos sintetizar en función de los destinatarios singularizados (familia, juventud, disminuidos físicos, tercera edad, trabajadores y emigrantes, y consumidores y usuarios), de los objetivos económicos básicos (redistribución de la renta personal y regional, la estabilidad económica y realización de una política de pleno empleo), de las prestaciones sociales y vitales (seguridad social, desempleo, salud y vivienda), de la tutela de los servicios culturales (educación sanitaria, física y deportiva, utilización del ocio, acceso a la cultura, promoción de la investigación científica y técnica) y de la protección de los bienes ambientales (medio ambiente, recursos naturales, calidad de vida, patrimonio histórico, cultural y artístico y utilización del suelo conforme al interés general)" (BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p. 95).

⁵⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 85; BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p. 91.

producción y distribución de la riqueza, es decir, las formas económicas del Estado.

La primera forma económica es el Estado liberal. Su premisa filosófica y política deriva del liberalismo, cuyo rasgo más notable es la autonomía de la economía respecto del Estado: “la base del liberalismo es el respeto absoluto de las libertades individuales en la acción del Estado”⁵⁷. La libertad de iniciativa implicaba que la explotación de la economía no debía tener condiciones o límites del Estado, debiendo ceñirse el poder público a garantizar la correcta ejecución de las obligaciones para el mantenimiento de la libertad de contratación y la seguridad jurídica⁵⁸, en tanto que reacción a las restricciones provocadas por el feudalismo y el absolutismo⁵⁹, y como límite inmovible de la actuación del Estado en su protección de la persona.

Estando a salvo estos aspectos de la libertad, se confiaba igualmente en la libertad de mercado. El sistema económico se organizaba de modo autónomo e independiente de cualquier comportamiento del Estado, cuyo único deber era conservar el orden interno y la seguridad; aunque había una ligera posibilidad de intervención del Estado en aquellos sectores en que no hubiera interés por parte del sector privado⁶⁰. La intervención del Estado en la economía era indirecta y destacaba por la descentralización de las decisiones económicas, en aparente discrepancia con los ideales del feudalismo y del absolutismo, que iban en dirección contraria. Por otra parte, tenía como objetivo el respeto a la propiedad privada de los bienes de producción y a la libertad para usarla dentro del derecho de propiedad y de cualquier negocio jurídico que la involucre.

El Estado se abstuvo completamente de cualquier intervención en la economía, incluso de promover el correcto comportamiento de los agentes

⁵⁷ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 48.

⁵⁸ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 26; RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 47.

⁵⁹ Tavares dice: “En oposición al modelo preponderante del Estado de los siglos XV a XVIII, caracterizado por la centralización estatal de la economía (con el Estado personificado en la persona del rey), el Estado democrático liberal se consolida en los siglos XVIII y XIX, basado en la idea de que todos, incluyendo los gobernantes, deberían someterse a los dictados genéricos que se encuentran en las leyes. Esto aseguró al individuo su libertad, especialmente la económica. Estas, una vez afirmadas, constituían los límites de actuación de los gobernantes” (*Idem*, p.47).

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 47-48.

económicos. Con el paso de los años este comportamiento se demostró ineficaz, ya que el mercado no estaba regulado de manera aislada, sino sometido a la fuerza del capital, el cual llevó la ilimitada libertad del mercado a drásticas distorsiones, con resultados opuestos a los que se esperaban.

La crisis del liberalismo surgió por su incapacidad de controlar la recesión mundial, la depresión económica y la desigualdad social, que crecía geométricamente; desequilibrios internacionales cuya aglomeración a principios del siglo XX dio como resultado la Primera Guerra Mundial.

En este escenario, el Estado se vio en la necesidad de intervenir más en la economía. El Estado intervencionista es el modelo de regulación que vino a definir la relación entre Estado y economía. Se inició manteniendo las ideas del liberalismo, para “garantizar el ejercicio racional de las libertades individuales”⁶¹, aunque con la precaución de contener las consecuencias de la excesiva libertad del primer modelo. El Estado intervencionista se encarga de preservar la libre competencia unida al libre mercado, que interviene directamente produciendo bienes o prestando servicios en competencia abierta con los privados, pero que indirectamente establece las normas del orden económico y el camino a seguir en la actividad económica.

La próxima forma es el Estado social, que surge de la necesidad de establecer el curso de las relaciones sociales para reducir los grotescos niveles de la desigualdad social causados por la fuerza del capitalismo. El *Welfare State* promueve la implementación de las políticas de bienestar respetando la regulación del orden económico, por lo que asistimos a “una nueva forma de intervención del Estado, en la que éste se preocupa con los intereses colectivos e individuales de carácter individualista. Se lo conoce como el Estado de bienestar social”⁶².

Esta nueva forma de participación se caracteriza por “asumir crecientes responsabilidades sociales, como la jubilación, la vivienda y la asistencia social, que incluye la salud, el saneamiento y la educación ampliando su gama de actividades como proveedor de servicios sociales”⁶³; así como por actuar

⁶¹ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...* p. 28.

⁶² *Ibidem*, p. 29.

⁶³ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 58.

directamente sobre sectores de la economía, en tanto que empresario en el sector de la energía, la minería y la tecnología. Pero la puesta en práctica del Estado de bienestar social ha sido criticada por la disminución que conlleva en el presupuesto del Estado, que asume obligaciones superiores a las que puede pagar y desequilibra el gasto público.

Por último está el Estado regulador o neoliberal, que parece promover “un retorno moderado a los ideales del liberalismo, sin abandonar la necesidad de sociabilidad de los bienes esenciales, a fin de garantizar la dignidad humana”⁶⁴. La regulación se convierte en la principal función del Estado al actuar en el área económica. Puesto que él mismo no es capaz de proporcionar todos los servicios y producir todos los bienes, se reserva para sí lo esencial, asumiendo la forma de monopolio, y admite que la iniciativa privada desarrolle, dentro de los límites establecidos por él, la competencia del mercado.

El Estado no tiene necesidad de ser la fuerza principal del desarrollo económico, sino que debe preservar las actividades de bienestar social, para que se respete el principio de la dignidad humana, puesto que esta es una de sus principales funciones conforme a su característica de Estado Democrático y Social de Derecho.

Los modelos anteriores del Estado y sus relaciones con la economía han dejado su impronta en la formulación del actual contexto del Derecho Económico, que marca la unión entre el Derecho, la Sociedad y las Relaciones Económicas en la formación de un nuevo Estado. Actualmente, el Estado es considerado de Desarrollo, y su intervención en la economía nace de la “necesidad de establecer una sociedad justa e igualitaria, ese es el propósito del Derecho”⁶⁵.

La constitucionalización de los hechos sociales no puede estar al margen de las teorías que apuntaban a consolidar la ideología de la economía⁶⁶. Incluso

⁶⁴ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 30.

⁶⁵ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 64.

⁶⁶ Afirma Tavares: “Es que con el enaltecimiento de las constituciones, y con la dignidad de la persona humana y la justicia inserta en muchas de ellas como los mayores principios, no hay forma de que el Estado pueda mantenerse alejado de la economía y de las prestaciones de naturaleza social. Lo que se busca, en realidad, es una forma de equilibrio entre los elementos esencialmente liberales y capitalistas, por un lado, y por otro, los elementos socialistas. Sin embargo, se continúa buscando hoy en día, como recuerda Jorge Alex Athias, el hombre mismo, será su 'norte ético'” (*Ibidem*, p. 65).

en las áreas que requieren de la aplicación de políticas públicas y de la definición regulatoria, la acción del Estado deberá ir cincelandando los elementos antagónicos entre el capitalismo y el socialismo⁶⁷, entre liberalismo e intervencionismo, buscando la armonización, máxima al haberse demostrado ya históricamente su ineficacia cuando se tratan como compartimentos estancos.

El objetivo del Estado es proporcionar el desarrollo económico y financiero sin descuidar el desarrollo humano, aspiración que solo conseguirá cumplir por el logro del desarrollo económico y el progreso de las clases sociales. De la preponderancia de la teoría económica que se adopte dependerá, inexorablemente, el éxito en la conciliación de ambos aspectos del progreso⁶⁸.

En este sentido, los economistas han clasificado las funciones de la intervención del Estado en asignación, distribución y estabilización⁶⁹. La primera se logra a través de la previsión constitucional de la reserva de monopolio a favor del Estado por la esencialidad del bien; la segunda, mediante el fomento de políticas públicas para promover la asistencia social a las clases necesitadas; y

⁶⁷ Explica Carvalho: “Dentro del modo capitalista de producción, tales objetivos constituyen un desafío, porque teniendo el lucro como factor predominante, con el consecuente acúmulo y concentración de la riqueza, el sistema capitalista genera desigualdades sociales evidentes, que son difíciles de evitar sin la intervención del Estado. Por otro lado, el socialismo radical elimina la propiedad privada y rompe con el pretexto de promover la igualdad, las libertades fundamentales. De esa manera, la operación de los preceptos constitucionales programáticos mediante la actuación del Ejecutivo y de la intervención del Legislativo, es que se va a proporcionar la plena realización de los objetivos que pretende la Constitución económica y se deberá evitar a toda costa el capitalismo salvaje y el socialismo radical. De hecho, los excesos de la concepción liberal son los responsables de la intervención estatal en la economía, que culminó con la apropiación de los medios de producción del Estado, y la eliminación de la propiedad privada. Por otra parte, el experimento socialista radical parece haber fracasado en sus objetivos, ya que, en los últimos años, lo que se ha visto en Rusia y China son hechos que revelan la necesidad de la reducción del papel del Estado como agente económico, admitiendo la práctica de ciertas instituciones propias del modelo capitalista y de la economía de mercado. En los países del Tercer Mundo, la presencia del Estado en la economía es vista como uno de los factores de la inflación, sobre todo porque las emisiones del papel moneda y los préstamos del gobierno han sido destinados para satisfacer las necesidades de las empresas públicas, y de forma más global, del propio déficit público. Esto se conoce como desestatización, alejándose el Estado progresivamente de la economía, privatizándose las empresas públicas con la obediencia a las leyes del mercado” (GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional*. 14 ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2008. p. 1234).

⁶⁸ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 65.

⁶⁹ Vasconcelos y Garcia apuntan: “Hay algunos productos que el mercado no puede ofrecer (bienes públicos), por lo tanto, se requiere la presencia del Estado (es la función de asignación). El sistema de precios, por lo general, no conduce a una distribución justa de la renta, y ahí el Estado interviene (función de distribución). Por último, el sistema de precios no puede regularse por sí mismo y así el Estado debe actuar para estabilizar tanto la producción como el crecimiento de los precios (función estabilizadora)” (VASCONCELOS, Marco Antônio S.; y GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economía*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 194).

la última, por la acción directa del Estado en la prestación de los servicios o la explotación de áreas de la economía.

Al respecto, Grau señala que, cuando el Estado interviene en la economía, tiene tres características: la intervención por absorción o participación, cuando actúa directamente en la explotación de la actividad económica como un monopolio o de competencia abierta y equitativa con las entidades privadas; la intervención por dirección, cuando regula los parámetros del evento económico; y la intervención por inducción, cuando se entromete en la economía proporcionando estímulos al desarrollo de la actividad económica a través de exenciones fiscales o de manipulación de la carga fiscal para promover cambios en los elementos pertinentes del rumbo económico⁷⁰.

Estas características de la intervención del Estado están en clara correspondencia con sus funciones, a saber: función de intervención por participación, cuando sale de su puesto e interviene activamente en la competencia dentro del mercado; función normativa, cuando limita a los sujetos dentro de la actividad económica, colocando normas en las relaciones jurídicas y económicas; y función de intervención por inducción, cuando actúa indirectamente en el ciclo económico para promover una mayor competitividad en el mercado o la concesión de un sustrato para el mantenimiento de la economía.

Y es que, en resumen, si las funciones del Estado se corresponden efectivamente con los objetivos enunciados en la Constitución y que afectan a las ideologías económicas, entonces aquel debe buscar el desarrollo económico, financiero y social a través de la intervención en la economía.

5. PRINCIPIOS, LÍMITES Y SISTEMAS ECONÓMICOS DE LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLA Y BRASILEÑA

Las Constituciones de ambos los países reflejan un momento en que las relaciones económicas comenzaron a ser tratadas por el Derecho y presentan

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...* pp. 93 y ss. En el mismo sentido, cfr. JANSEN, Letácio. *Introdução à economia jurídica*. Lumen Juris: Río de Janeiro, 2003, pp. 15-19.

un capítulo dedicado al orden económico, sin embargo, sin la rancidez de ser excesivamente inclinada al atendimento de determinado lineamiento ideológico como ha sido sus antecesoras en la historia, en especial, en la brasileña, en cuanto ostenta un mayor equilibrio en la organización de la economía sin perjuicio del derecho de trazar normas constitucionales programáticas para el bienestar social.

En esta ocasión, el orden económico constitucional se fijaba en principios vinculados a teorías económicas⁷¹, métodos de Estado con el objetivo de conciliar el desarrollo económico-financiero con el social, y alcanzar de ese modo la justicia social a la que nos referiremos líneas más adelante, no sin antes hacer una pequeña digresión sobre sus fundamentos, propósitos y principios.

El artículo 170 de la Constitución Federal establece que el orden económico se basa en el valor del trabajo humano y en la libre iniciativa, con el fin de garantizar una vida digna y de acuerdo a los dictados de la justicia social. Con una orientación distinta, la Constitución de España de 1978 inicia exponiendo en su Preámbulo⁷² –al contrario de la norma constitucional brasileña,

⁷¹ Lenza explica que “El constituyente privilegia, por lo tanto, el modelo capitalista, sin embargo, no se puede olvidar la finalidad del orden económico, cual sea, asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, apartándose, así, de un Estado absentista en los moldes del liberalismo. Al contrario, el texto admite la intervención del Estado en el dominio económico” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16 ed. Saraiva: São Paulo. 2012, p. 1250).

⁷² La mayoría de los constitucionalistas rechaza la fuerza normativa al preámbulo constitucional, entendiendo que representa un “elemento de interpretación e integración de los diversos artículos que le siguen” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49). En el mismo sentido, por todos, véase: VERDÚ, Pablo Lucas. “Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”. *Revista de Derecho Político*, nº 10 (1981), pp. 10-11; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático...*, p. 171) y la jurisprudencia del STF: ADI 2076 / AC – Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15/08/2000 Tribunal Pleno DJ Data: 08-08-2003. En sentido contrario, Tajadura Tejada: “El valor político del texto preambular es pues notable. En él se condensa el espíritu del constituyente, se objetiviza el espíritu de la Constitución. De esta manera su valor político trasciende su mero valor jurídico. En cuanto sus disposiciones sintetizan el contenido del articulado cabe afirmar que, por remisión, como advierte Garrido todas ellas adquieren un valor normativo, no ya meramente indirecto”. Y sigue: “...la formulación de fines u objetivos que por definición miran hacia el futuro, nada afecta la ausencia de referencias al pasado. De hecho, en los preámbulos que ciertamente suelen recoger ambos aspectos, resulta de mayor trascendencia siempre lo que se dice respecto al futuro que lo que se dice del pasado. Sobre éste no cabe actuación alguna, la conformación de aquél, sin embargo, está en nuestras manos”. Y prosigue: “Para concluir, la fuerza normativa de la Constitución supone que ésta desea ser aplicada. En este sentido hay que subrayar la idoneidad de la fórmula política para extender la fuerza normativa de los preceptos más importantes del articulado constitucional, que precisamente por su importancia, adolecen de una generalidad que los hace difíciles de concretar. La fórmula posee recursos que permiten desentrañar el significado normativo de esas disposiciones y, por consiguiente, aplicarlas correctamente. El techo ideológico recogido en el Preámbulo de la Constitución de 1978, es el que permite a la

que silencia lo que se refiere a la inserción de dicho mandato en su cuerpo normativo-, la garantía de un orden económico y social justo y establece en su artículo 40.1 que los poderes públicos promoverán condiciones favorables al progreso social y económico para una distribución de renta regional y personal, en el marco de una política de estabilidad económica⁷³, además de determinar el fomento a una política dirigida al pleno empleo.

La norma constitucional programática del artículo 131,1 dice que el Estado español, mediante ley, “podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

La determinación constitucional para que los poderes públicos busquen una política de estabilidad económica, unida al progreso económico, revela el balance y el equilibrio buscado entre iniciativa particular y desarrollo económico. Las bases y los propósitos también representan fundamentos del orden económico y, por lo tanto, no pueden vislumbrarse como puramente objetivos,

Constitución cumplir la importante función que a ésta asignaba Burdeau: «Indiquer l'idée de droit animatrice de l'institution étatique» (TAJADURA TEJADA, Javier. *La función política de los preámbulos constitucionales. Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, nº 5 [jul.-dic. 2001], pp. 242, 249 y 251). Igualmente defendiendo que el preámbulo es norma formal y materialmente constitucional, GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional...*, p. 623; PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. Saraiva: São Paulo. 2002, pp. 72-73. En particular, asumimos posición minoritaria en la doctrina porque tenemos en cuenta que el preámbulo posee fuerza de norma constitucional, incluso asumiendo poder de servir de paradigma para control de constitucionalidad, pues es un disparate admitirla como norte interpretativo de las demás normas constitucionales sin entenderla como una en sí, señaladamente porque se adopta como regla general la Constitución formal y no material, por el fulgor de sus preceptos para promover un mayor equilibrio jurídico-social y gran utilidad para la armonización del derecho por los poderes consolidados.

⁷³ Bassols Coma destaca que “La Constitución económica por su carácter flexible puede aspirar a una razonable estabilidad y duración” (BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p. 93).

sino también como principios⁷⁴, vinculantes dada su elevada axiología⁷⁵, histórica y humana.

Así, en adelante procuraremos tratar de los aspectos comunes del tratamiento jurídico-constitucional del orden socioeconómico, además de buscar apuntar las líneas generales de las normas constitucionales económicas de la Constitución española que tengan correlación con la de Brasil, evitando un análisis más laxo del tema.

5.1. Principio de la dignidad de la persona humana y de la justicia social

La dignidad de la persona humana es la ley principal⁷⁶ del orden jurídico, por ser uno de los pilares fundamentales de la República brasileña (art. 1.º, III, CRFB) y cimiento de los *fundamental rights* de la ley mayor española en su artículo 10, ya que su consagración discurre un perímetro mínimo de respetabilidad a los derechos humanos, independientemente de la persona, ya que su incidencia es universal.

El valor de la dignidad es inmanente al hombre y a la condición natural de su existencia por su condición de inteligencia, lo que lo distingue de los seres irracionales. En efecto, el hombre no solo existe, sino que tiene la libre

⁷⁴ Según Bandeira de Mello, “Principio es, por definición, comando nuclear de un sistema, verdadero fundamento del mismo, el dispositivo clave que se irradia sobre diferentes normas, componiéndoles el espíritu y sirviendo como criterio para la exacta comprensión e inteligencia ya que define la lógica y la racionalidad del sistema de regulación, en el que le da la tónica y el sentido armónico. [...] Violar un principio es mucho más grave que cualquier transgresión de una norma. La desatención al principio implica ofende no sólo a un mandamiento específico obligatorio, sino a la totalidad de los comandos del sistema. Es la forma más grave de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme el grado del principio alcanzado, ya que representa la insurgencia contra todo el sistema, subversión de sus valores fundamentales, ultraje imperdonable a su estructura de marco lógico y corrosión de su estructura maestra” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 748).

⁷⁵ Petter dice: “En la vida cultural, en lo que se incluye el Derecho, los principios y valores adoptan normas de contenido axiológico y constituyen los mismos objetivos que serán examinados, porque el Derecho es una obra del hombre y se entenderá que se refieren esencialmente en esta perspectiva” (PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal*. RT: São Paulo, 2005, p. 177).

⁷⁶ Afirma Nunes: “Es ella, la dignidad, el primer fundamento de todo el sistema constitucional y el último puesto de su guarida de los derechos individuales [...]. Dignidad es un concepto que fue elaborado en el curso de la historia y llega al principio del siglo XXI lleno de sí mismo como el valor supremo, construido por la razón legal [...]. La dignidad nace con la persona. Le es innata. Es inherente a su esencia” (RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 49).

determinación, lo que lo convierte en un ser superior. Independientemente de su condición social, rico o pobre, la dignidad es un derecho inherente al hombre, siendo prohibido todo trato discriminatorio, degradante u ofensivo a su personalidad⁷⁷.

De acuerdo con Canotilho, la dignidad de la persona humana es respetada conforme a la teoría de los cinco elementos: la afirmación de la integridad física y espiritual del hombre, como dimensión indispensable de la individualidad autónoma responsable; el libre desarrollo de su personalidad y potencial; la promoción de las condiciones sociales que favorezcan el desarrollo integral de su persona; el aseguramiento del contenido, las formas y los procedimientos del estado de Derecho; y, en última instancia, las normas de igualdad de trato entre los ciudadanos y de estos con el Estado⁷⁸.

Los artículos 1.º, IV y 170 de la Constitución Federal contienen un límite que permite la expresión de la autodeterminación de la persona humana; además, facilitan su desarrollo integral y atribuyen al Estado y a la sociedad la responsabilidad de salvaguardarla cuando esté debilitada o carezca de la capacidad de autonomía⁷⁹.

La Constitución española, en sus principios del orden económico y social, no presenta dispositivo específico de la dignidad de la persona humana; pero son fundamentos del orden político y de la paz social de este país, donde tenemos “el reconocimiento del respeto al hombre como fin en sí mismo. Esta es la base del orden constitucional, del cual deriva la necesidad de establecer un orden de derechos, y que dota de sentido al resto de los fundamentos a que alude la Constitución”⁸⁰.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 49-50. Sarlet presenta como concepto: “un complejo de derechos y deberes fundamentales que garantizan a la persona tanto contra todo y de cualquier acto de naturaleza degradante e inhumano como que le asegure las condiciones existenciales para una vida saludable, además de proporcionarle y promoverle su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con otros seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 60).

⁷⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional...*, pp. 302-303.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988...*, p. 49.

⁸⁰ MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional...*, pp. 187-188.

El grado de madurez de la democracia está en la intensidad de su respeto a la igualdad de hecho, material, y no en la letra seca y fría del texto de la Constitución, ya que, como se ha constatado en la evolución de la participación del Estado en la economía, tanto el liberalismo como el intervencionismo causaron efectos negativos, sin tener en cuenta a la persona humana.

El poder económico, combinado con una explotación desenfrenada de la economía o una fuerte intervención del Estado, podría conducir a la supresión peligrosa de la dignidad humana. Por estas razones, se fundamentan su precisión como principio e finalidad del orden económico, estableciendo un decisivo marco en los límites de la racionalidad y la valoración⁸¹ en la explotación de la economía en el mercado, orientándose además de eso por el respeto a la esencia del ser humano⁸², porque él centra la formulación de los “objetivos del orden económico o fija directrices, objetivos y programas que se deben alcanzar, y defienden, en el ámbito económico, a los individuos y a sus libertades individuales a ellos acreditadas”⁸³.

La aplicación de este postulado depende de la vivacidad de las garantías en el sistema de protección de las libertades públicas, que sin duda aparecerá cuando a todos, en general, se les conceda la oportunidad de vida, además de la posibilidad de dirigir efectivamente sus pasos hacia mejores horizontes.

La dignidad de la persona humana es el postulado que demanda un tratamiento condigno a cada ser humano, con reconocido equilibrio en la

⁸¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional...*, p. 219.

⁸² Silva apoya esta idea: “el concepto de dignidad de la persona humana requiere de un valor muy intenso que tenga en cuenta su amplio sentido normativo-constitucional y no cualquier noción *a priori* del hombre, no reduciéndose el sentido de la dignidad a la defensa de los derechos sociales o a confiar en ella para construir la teoría central de la personalidad individual, ignorándola cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales. [...] De ello se deduce que el orden económico tiene que garantizar a todos la vida digna (art. 170), que confirmará la realización de la justicia social (art. 193), la educación, el desarrollo de la persona y su preparación para el ejercicio de la ciudadanía (art. 205), etc., no como meras declaraciones formales, sino como indicadores del contenido normativo eficaz de la dignidad de la persona humana” (SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*. v. 212 [abr.-jun. 1998], p. 89).

⁸³ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 176. En el mismo sentido: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 196; RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, pp. 128 y ss.; ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 163.

concretización de políticas públicas y la consideración de ese mismo ser humano, en el arbitraje de las normas referentes al orden económico y al desempeño dentro de la economía.

En la misma línea, otro objetivo es la justicia social, entendida como un principio, por lo que será tratada juntamente con la dignidad de la persona humana. La justicia es el objetivo de la ley y es esencial para el orden social; no basta que se oriente solo a la aplicación de la ley, si no defiende en la práctica a los justos.

Como ley superior del país, la Constitución no descuidó la necesidad de contraponer la justicia y la solidaridad, ya que en el artículo 3, I, las consagró como objetivo de la República y las reiteró como propósitos de principio del orden económico en el artículo 170. Así, como adecuadamente explica Tavares, “la propia Constitución se asocia con la solidaridad, asegurando que el concepto implica no sólo la prevalencia del entorno social en el individuo, sino también el compromiso de una dependencia mutua entre los individuos”⁸⁴.

La dignidad de la persona humana se conecta con el concepto de justicia social, ya que son los principios rectores de la vida económica y los propósitos expresados en el texto constitucional. Debe tenerse en cuenta que la primera está relacionada con la idea de conservación del individuo, mientras que la segunda se refiere a la dignidad colectiva⁸⁵ como un parámetro para la mitigación

⁸⁴ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 130.

⁸⁵ Petter explica: “No sirve tener digna existencia si el que está al lado no tiene ninguna dignidad. Por eso la justicia social está relacionada con la corrección de las grandes distorsiones que se producen en una sociedad, reduciendo las distancias y las diferencias entre las distintas clases que la forman, favoreciendo a los más humildes. Evitar que los ricos se hagan más ricos y los pobres cada vez más pobres y ofrecer las mismas oportunidades a todos son variaciones semánticas de la expresión que se comenta. Esta referencia, en contra de la situación individual de extrema riqueza, se debe, no en balde, sino a dos razones sencillas: en primer lugar, la amenaza no disimulada a la concreción del principio democrático —el de que el poder emana del pueblo y en su nombre será ejercido—; y en segundo lugar, al hecho de que la realización de cada uno y de todos ignora la referida situación y a veces, es solo un reflejo de la desproporción abismal que se observa en la comparación de los beneficios de atomista e individualmente atesorados en la praxis socioeconómica comparados con la escasez absoluta de gran parte de nuestra población. La búsqueda de la igualdad sustantiva y la abolición de los privilegios injustos de algunos, distribuyendo de manera equitativa y proporcional la carga, los favores y las riquezas de la producción social sin caer en un sociologismo divorciado de la ideología constitucionalmente adoptada, son algunos de los objetivos buscados por la justicia social” (PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 181).

de las distorsiones sociales en favor de los menos afortunados, formando normas que corrijan las discrepancias del capitalismo.

La justicia social, sin embargo, encuentra cierto escepticismo doctrinario, calcado básicamente en el capitalismo imperante, en el cual la acumulación y concentración de riquezas en favor de determinadas personas promueve un agrandamiento de las camadas menos afortunadas. La historia revela la injusticia que el capitalismo produce cuando se divide el capital, que exige un papel más incisivo del Estado en relación a la eficacia de los derechos fundamentales de la segunda generación para combatir los males de la pobreza y la miseria⁸⁶.

La Constitución de España contempla en diversos momentos la justicia en su texto (preámbulo, artículo 1, 1, 117), pero no habla en justicia social como la normativa mayor de Brasil. A pesar de eso, la Constitución española prevé la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, lo que se comprende según las circunstancias sociopolíticas vigentes en cada época y “que no solamente está presente en la formulación abstracta de las normas, sino que también deberá determinar la práctica aplicación de las mismas”⁸⁷.

Así pues puede observarse que, aunque con variantes terminológicas, ambas Constituciones contemplan la dignidad de la persona humana y la justicia como valores importantes para los respectivos países, con la reserva de que la normativa brasileña establece de forma directa la proyección de esos dos elementos para la materialización del orden socioeconómico, mientras que el Derecho español, aun estableciéndolo en términos semejantes, lo hace de modo general, propagando sus efectos por todos los campos de la norma constitucional del país europeo.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 789. Como nos recuerda Grau, “la justicia social, en un principio, significa la superación de las injusticias en el reparto, a nivel personal, del producto económico. Con el paso del tiempo, sin embargo, eso pasa a connotar cuidados, referidos al reparto del bien económico, inspirados no solo en motivos micro, sino macroeconómicos: las correcciones de la injusticia en el reparto ya no es solo una cuestión de ética, sino que se torna una exigencia en cualquier política económica capitalista (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 224).

⁸⁷ MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional...*, p. 173.

El fundamento de su existencia se basa en la función del derecho de regular válidamente la vida en sociedad, y por medio de preceptos normativos reducir las discrepancias producidas por el capitalismo, lo cual se manifestaría en la aplicación efectiva del bienestar social estatal, en su sentido de bienestar colectivo que intentase mitigar los espacios de desigualdad social.

5.2. Principio de la soberanía nacional

La soberanía, en sentido clásico⁸⁸, es el poder de una nación para hacer valer su ordenamiento jurídico, es decir, el poder de ser el centro y la única fuente de la que emana todo el poder que regula y determina el curso de la sociedad que la integra políticamente, en el interior y exterior. Se trata, por tanto, de un elemento esencial para su caracterización como un país, y así lo trata la Constitución brasileña, tanto en su fundación de la República (artículo 1.º, I) como, a continuación, al consagrarla como principio informador del orden económico (artículo 170, I).

Por su lado, España la consagró en el Título preliminar dentro del cuerpo del texto constitucional (artículo 1.2), además del Preámbulo y de otros dispositivos como el artículo 8.º. La soberanía emana del pueblo, como un atributo en favor de la nación cuya esencia reside en la población, y de nada serviría sin el substrato fáctico del pueblo, que confiere legitimidad y fuerza a las entidades estatales como resultado obvio de la estructuración democrática del Estado⁸⁹.

La idea de la soberanía, en términos económicos, es que “las políticas económicas que se adopten deben tener el Estado como soberano ante los otros

⁸⁸ Dallari expone que “la noción de soberanía está siempre conectada a un concepto de poder, porque incluso cuando se concibe como un centro unificador de un orden, está implícita la idea de poder de unificación” (ABREU DALLARI, Dalmo de. *Elementos de teoría geral do estado...*, p. 68). Como refuerzo, recogemos aquí las ideas de los constitucionalistas españoles, que sostienen: “El concepto de soberanía responde, básicamente, a dos ideas distintas, pudiendo entenderse como independencia de un Estado respecto a otros o como dominio o autoridad suprema de los poderes dentro de cada Estado” (MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional...*, p. 161).

⁸⁹ MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional...*, p. 164. Los autores lo fundamentan también en la Constitución española de 1978, que en algunos puntos hace alusión a que el poder legislativo y el judicial emanan del pueblo (artículos 66 y 117).

Estados⁹⁰ en aras de un desarrollo nacional llevado a cabo de manera tal que no implique la nacionalización o el aislamiento económico, y que permita un sistema económico desarrollado con la reproducción de la fuerza de trabajo, el dominio de la tecnología y el poder para competir en el mercado⁹¹.

A pesar de este concepto, la soberanía viene sufriendo una intensa modificación con el fenómeno de la globalización⁹², ya que implica un cambio en las relaciones entre los Estados y entre estos y los agentes económicos, entrelazando las economías, las culturas y el papel del Estado, el cual se abstuvo de intervenir directamente con el fin de reducir el déficit de las cuentas públicas.

Superar el nacionalismo exacerbado que impregnó las constituciones anteriores llevó a la necesaria retirada del Estado para que el desarrollo económico viniese acompañado de un engrandecimiento de la actuación de las empresas privadas; pero, sobre todo, para que la economía dejase de estar estrechamente individualizada, generándose una interconexión entre mercados, algo que se potencia con la consolidación de la Unión Europea⁹³.

En efecto, la transformación del orden económico mundial ha pasado por sucesivos acuerdos de cooperación mutua, negociaciones para importación y exportación, así como por la unión de países bajo la bandera de las organizaciones internacionales, la formación de zonas de libre comercio (MERCOSUR, ALCA y la UE), los tribunales internacionales (Organización Mundial del Comercio, OMC), organizaciones internacionales (FMI) y otros fenómenos de la política económica internacional, como las empresas de corporaciones multinacionales. Por otra parte, las intensas diferencias en el

⁹⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 3 ed. Río de Janeiro: Forense, 2000, p. 88.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 793.

⁹² Apunta Aguilar lo siguiente: "Globalización significa el fenómeno económico de la busca de la conquista de mercados sin restricciones a las fronteras nacionales, el fenómeno político del aumento en la interdependencia de los países, el fenómeno cultural de influencias recíprocas entre los habitantes de los distintos países, el fenómeno social del frecuente desplazamiento y la residencia fija de los habitantes de un país en otro, el fenómeno tecnológico de la revolución informática y de las telecomunicaciones, el fenómeno económico de las inversiones especulativas planetarias, logrando al mismo tiempo la reestructuración de los agentes económicos, la transformación del papel del Estado y del Derecho en todos los países involucrados" (HERREN AGUILAR, Fernando. *Direito Econômico: do nacional ao supranacional...*, p. 52).

⁹³ Acerca de los reflejos de la Unión Europea y del proceso de unificación jurídica y económica de Europa trataremos más adelante, y de modo más específico, en el Capítulo II.

plano jurídico-cultural a nivel mundial y regional se afrontan con una decidida tendencia del capitalismo globalizado a buscar ganancias a cualquier precio.

En el caso de Brasil, la libre determinación del país puede verse perjudicada cuando se enfrenta con el poder del capital privado y las interconexiones del mercado global, razón por la cual la soberanía económica se ha establecido como principio informador del orden económico, poniéndose de manifiesto una vez más el espíritu pluralista de la Constitución para consagrar elementos que preservan la integridad nacional, al tiempo que permite la inserción del país en la economía mundial, ya que la Constitución realiza la simple conexión entre la independencia nacional, la no intervención y la cooperación para el progreso global conforme el artículo 4.º, apartados I, IV y IX.

Por tanto, la noción de soberanía económica atesora la presencia de la soberanía junto con la presencia del desarrollo económico⁹⁴, por lo que no debe admitirse que el proceso pase a determinar el curso de las políticas estatales. Este proceso debe preservar la autodeterminación del Estado, planteando la libertad en la competencia y el respeto a las prácticas supranacionales relacionadas con la economía, pero con el predominio de los intereses nacionales en la aplicación de las normas macro y microeconómicas, de las políticas públicas económicas y de los contratos y arreglos en el ámbito internacional, como forma del principio de no intervención.

5.3. Principio de la propiedad privada y la función social de la propiedad

Estos principios van a ser analizados en conjunto en razón del elevado contenido de interconexión existente y porque revelan la armonización de antagonismos, una vez que el absolutismo de la propiedad era uno de los rasgos del período pos feudalismo y absolutismo, con el aumento de los espectros de las libertades públicas, los cuales ha sido posteriormente ablandados por los movimientos intervencionistas que frenaban el ímpetu liberal.

⁹⁴ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 142; ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 467; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 191; LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico...*, p. 88.

El derecho fundamental individual⁹⁵ a la propiedad viene sellado en la Constitución, pero no de forma ilimitada, como se vio en el período de no-intervencionismo estatal en la economía, sino condicionado a su función social, como se deduce en el artículo 5.º, apartados XXX y XXXI de la Constitución.

La estructura constitucional española previó la propiedad privada y su función social en capítulo autónomo del orden económico y social (artículos 33, 1 y 2), afirmando que los límites de su ejercicio serán definidos conforme a la ley. Se trata, por tanto, de una norma constitucional de eficacia limitada cuya reglamentación deberá venir en la legislación y ajustarse de acuerdo a la hipótesis concreta⁹⁶. Aún existe una evidente presencia de limitaciones al derecho de propiedad, con evidente origen en la función social, por ejemplo en la utilización racional de los recursos ambientales (artículo 45.2), la conservación del medio ambiente cultural, histórico y artístico (artículo 46) y el derecho a una vivienda digna y adecuada, con contención de la especulación inmobiliaria (artículo 47)⁹⁷.

A pesar de que no tengan como función principal regir la política económica y social, está claro que tienen su origen en el derecho al trabajo, de la libertad de empresa y de concurrencia⁹⁸ en el marco de la economía de mercado. Sigue la Constitución española previendo en el artículo 128.1 que toda riqueza, incluyéndose la propiedad, está subordinada al interés general, que es el interés de la colectividad.

⁹⁵ Grau lo expresa en los siguientes términos: “Entonces, como un instrumento para garantizar el apoyo del individuo y la familia –la dignidad de la persona humana–, porque la propiedad consiste en un derecho individual e, inevitablemente, cumple *función individual*. Como tal está garantizada por la mayoría de las Constituciones de nuestro tiempo, las capitalistas, y como hemos visto, las socialistas. La propiedad no es una *función social* imputable; solo los abusos cometidos en su ejercicio son limitados adecuadamente en las disposiciones que implementan el llamado *poder de policía* del Estado”. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 235).

⁹⁶ La función social de la propiedad procura asegurar la conexión entre el interés del propietario y el interés público. En detalle, véase: CALVO SAN JOSÉ, María José. *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*. Universidad de Salamanca: Salamanca, 2000, pp. 120-127.

⁹⁷ BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p.123. El autor incluye aún la tutela de la seguridad, salud y de los legítimos intereses de los consumidores (artículo 51.1 de la CE); pero no estamos de acuerdo con esa parte final, por representar intereses que trascienden la propiedad y su función social.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 109.

Tengamos en cuenta que el derecho a la propiedad no es consustancial únicamente a la noción de propiedad como bienes inmuebles, sino que abarca también bienes muebles dotados de libertad de tráfico en el ámbito económico⁹⁹.

La propiedad privada como forma de concentración de la riqueza fue excluida de las sociedades de régimen socialista, donde se establecía que los activos son propiedad del Estado, sin perjuicio de algunas excepciones típicas del régimen. La abolición de esta ley fue la causa de su ruptura en la mayor parte del mundo y de su relativización en otros.

Por el contrario, el derecho a la propiedad privada se vio reforzado por el capitalismo¹⁰⁰ como una forma de manifestación de la personalidad de los ciudadanos, ya que garantiza a todos el derecho de recaudar fondos para la compra de bienes y promueve su bienestar. No obstante, esa garantía derivó en la adquisición, uso, disfrute y goce de ciertos bienes por parte de las personas más ricas, sin ofrecer ninguna utilidad social y permitiendo la especulación y el abuso de riquezas sin beneficio social¹⁰¹.

En este sentido, la función social de la propiedad surgió como un contrapeso a la libertad de los atributos de la propiedad, que en ningún caso es impedida, sino que se le opone una condición racional¹⁰² y fundamental para el bienestar de la sociedad, porque en la etapa de concentración de riqueza la adquisición de cualquier forma de propiedad representaría un riesgo para la estabilidad de la economía¹⁰³.

El estatuto jurídico de la propiedad ya no es el resultado de la visión privatista e individualista que se observa en el Derecho Civil preconstitucional,

⁹⁹ No estamos ante la propiedad conforme a una visión solamente estática, sino también la propiedad *in natura*, el capital con la finalidad de la obtención de beneficios por la autonomía negocial o contractual, cuyo impulso ocurre directamente en la sociedad a través de la empresa como organización o mediante la combinación de los factores de producción como resultado de la actividad económica (BASSOLS COMA, Martin. *Constitución y sistema económico...*, p. 136).

¹⁰⁰ Por otro lado, proveniente del Derecho económico, la propiedad adquiere distintos matices, como señalan Araújo y Nunes Araújo: “La propiedad privada, desde la perspectiva del principio del orden económico, es aquella que se introduce en el proceso productivo, que afecta principalmente a la propiedad –dicta dinámica– de los bienes de consumo y de los bienes de producción” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 467).

¹⁰¹ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 154.

¹⁰² VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 41.

¹⁰³ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 201.

sino que se subordina a las normas del orden empresarial, administrativo, urbano y civil¹⁰⁴, las cuales disponen de un régimen de sanciones en caso de apropiación indebida de la propiedad. Destaca, *exempli gratia*, la expropiación por causa de utilidad social, impuestos (IPTU) sobre la propiedad progresivos en el tiempo, confiscación en caso de uso para el tráfico de drogas y, en España, la ley de parcelación del suelo urbano, que admite la expropiación por violación de esa orden normativa (artículo 31.1 de la Ley del Suelo); además de que la propia ley mayor prevé la posibilidad de desapropiación (artículo 33.3).

Por lo tanto, la función social de la propiedad se desarrolla en otra serie de funciones sociales, como la empresa¹⁰⁵, la ciudad¹⁰⁶ y el medio ambiente¹⁰⁷, que tienen una estrecha relación entre sí, porque presentan nuevas condiciones y propósitos para el uso de la propiedad, que racionalizan y limitan. Por otro lado, hay que recordar que la propiedad privada es un elemento esencial para el desarrollo del capitalismo y que está relacionada con la democracia. De ahí, por tanto, su conservación, pero también la necesidad de su cambio de contenido, para admitir elementos típicos de los derechos sociales como resultado de la connotación derivada de la concepción social del derecho¹⁰⁸.

Por todos ello, la propiedad privada es un derecho conferido por el respeto a la adquisición de bienes de producción y de consumo, pero limitada a los parámetros de la racionalidad, cuyo umbral se alcanza cuando se tiene una

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 283; ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 190

¹⁰⁵ Escribe Comparato: “La tendencia constitucional es por la función social de los institutos jurídicos, de lo que se debe incluir en la empresa como operador de un mercado socialmente socializado” (KONDER COMPARATO, Fábio. “Função social da propriedade dos bens de produção”. *Revista de Direito mercantil*, año XXV, n.º 63 [jul.-sep. 1986], p. 76).

¹⁰⁶ Acerca de la función social de la ciudad, cfr. el artículo 2.º y sus incisos de la Ley 10.257/01 (Estatuto de la Ciudad).

¹⁰⁷ Grau lo explica en los siguientes términos: “la admisión del principio de la función social (y ambiental) de la propiedad tiene como consecuencia básica hacer que la propiedad se ejerza efectivamente en beneficio de la comunidad y del medio ambiente (aspecto positivo), no solo porque no se ejerce en detrimento de terceros o de la calidad ambiental (aspecto negativo). En otras palabras, la función social y del medio ambiente no es una simple restricción al ejercicio de la propiedad como aquella restricción tradicional, a través de la cual se permite que el propietario, en el ejercicio de su derecho, haga todo lo que no afecte a la comunidad y al medio ambiente. De otro modo, la función social y ambiental va más allá y autoriza hasta que se imponga al propietario conductas positivas, en el ejercicio de su derecho, para que su propiedad se adapte específicamente a la preservación del medio ambiente” (GRAU, Eros Grau. “Princípios fundamentais de direito Ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, n.º 02 [abr.-jun. 1997], p. 9).

¹⁰⁸ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 156.

función social de la propiedad mediante la conciliación de la explotación de la propiedad de manera responsable y centrada en los determinantes sociales.

5.4. Principio de la libertad de iniciativa económica y de la libre competencia

El principio de la libertad de iniciativa económica representa un nexo de unión y de interdependencia¹⁰⁹ con la libre competencia, ya que ambos se refieren a la integración de los agentes económicos en el mercado y al mantenimiento del equilibrio en la explotación de la economía.

La libertad de iniciativa¹¹⁰ pone de manifiesto que la Constitución (artículo 1.º, IV, y 170, § único) adoptó preceptos procedentes de liberalismo económico, según los cuales a los agentes económicos se les da un espacio para la exploración de los más diversos sectores de la economía de mercado.

Grau resume el principio en dos subáreas, a saber, la libertad de comercio y la industria. La interferencia del Estado en el ámbito económico se traduce en “la capacidad de crear y operar una actividad económica privada –la libertad pública– y la inmunidad frente a toda restricción del estado en virtud de la ley – libertad pública–”¹¹¹.

De este modo, se garantiza la autonomía a los ciudadanos para, de forma individual o en conjunto, insertarse en el mercado y organizarse para promover la circulación de bienes y servicios con el fin de obtener lucro y realizarse personalmente. Esta autonomía le da libertad de emprender y hace posible la “autodirección económica de las empresas privadas”¹¹². No obstante, este efecto

¹⁰⁹ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 42; ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia...*, p. 194; GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional...*, p. 1237.

¹¹⁰ En este punto cabe recordar de que Figueiredo presenta dos principios económicos implícitos en el orden económico: democracia económica y buena fe económica. Según la primera, las políticas públicas tienen que desarrollarse aumentando las oportunidades de iniciativa y el empleo accesible a todos, abarcando a los agentes económicos y a los trabajadores. La segunda comprende las exigencias de transparencia y publicidad dentro de las negociaciones en el mercado, en definitiva, las reglas de la buena fe objetiva y subjetiva. (VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, pp. 47-48).

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 204.

¹¹² RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 243. Fonseca, por su lado, considera “la libertad de libre competencia como forma de alcanzar no aquel atomístico del liberalismo tradicional, sino un equilibrio entre los grupos principales y un derecho

se limita a la realización de la justicia social, es decir, se condiciona la promoción del bienestar general, que también es atendido con el reconocimiento del trabajo libre en una sociedad libre y pluralista.

En función del medio de producción capitalista, se admite la concentración de la riqueza y el otorgamiento de poder económico para promover cambios rápidos en la sociedad, pero con la limitación de la subordinación de la iniciativa privada a la justicia social¹¹³ y a la dignidad de la persona humana. Se legitiman así las restricciones a sectores específicos del mercado a través del monopolio, en atención a la importancia y al interés público en este área para la Nación (artículo 177 de la Constitución Federal); el poder de policía que afecta a las autorizaciones y permisos de actividad (artículos 175 y 176 de la Constitución Federal, Código Civil y la Ley nº 8.987/95); y la explotación en régimen de libre competencia, con la participación del propio Estado como agente económico (artículo 173 de la CRFB)¹¹⁴.

Coexiste la libre iniciativa con las reglas del monopolio estatal por la limitación constitucional. La Constitución impide al sector privado en algunos sectores económicos, pero transfiere tal restricción al ámbito legislativo. Sin embargo, enfatiza que la norma es maximizar la libertad de iniciativa, como reflejo del pluralismo de ideas y culturas que impregna a la sociedad en su conjunto, por lo que atesora el orden económico.

Por otro lado, tenemos la libre competencia, que ahora se rige por la ley tras el fracaso del post-absolutismo y que se impuso por un verdadero concepto amplio de la libertad. La economía se basaba en la no intervención del Estado, debido a la firme creencia de que el mercado se autorregularía, aunque la

de estar en el mercado para las pequeñas empresas” (LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico...*, p. 90).

¹¹³ Según Souza, “El objetivo del derecho a la libertad de empresa es garantizar la libre competencia, la promoción de la actividad económica y la creación de un entorno adecuado para el desarrollo social, político y económico de la Nación. Sin duda, este Derecho sufre limitaciones en favor de su propia existencia. Las limitaciones impuestas por la ley cumplen con el modelo económico construido por el estado y no pretenden eliminar el derecho a la libertad de empresa, sino por el contrario, su perpetuidad” (MENDES SOUZA, Kelly Cristina. “Direitos Econômicos – Liberdade de empresa”. En *Direito Constitucional Econômico: Uma releitura da Constituição Econômica de 1988* [Orgs.: Cláudio Lembo y Mônica Herman S. Caggiano]. Barueri: Manole, 2008, p. 82).

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, pp. 794-795; RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 242.

explotación ilimitada de la situación económica ha dado lugar a sensibles distorsiones, a través de diversas formas de dominación del mercado, pues operaba como un instrumento de protección del capitalismo y de los capitalistas¹¹⁵.

Detectado el problema, el Estado tuvo que intervenir para corregir estas fallas del mercado mediante el establecimiento de un régimen de libre competencia, entendiéndose por competencia el conjunto de acciones sobre la base de la libertad y la racionalidad¹¹⁶, y dentro de los espacios del mercado y la economía.

La libre competencia debe ser garantizada por el Estado para proteger el derecho de libertad desarrollado en la libertad de iniciativa privada, ya que no serviría tener una buena predicción de la libertad de actuar en la trayectoria económica si no hay garantía de que todos tengan igualdad de oportunidades para competir con otros agentes económicos en el mercado, es decir, sin garantizar la accesibilidad potencial al mercado y a la explotación de la economía. La ausencia de garantía en estos aspectos crearía un entorno favorable para la especulación económica y la pérdida de la inversión en el país, causando una reducción en el desarrollo nacional y en el crecimiento económico sustentable conforme a la regularidad económica.

En ese sentido, la libertad de iniciativa tiene correlación con el derecho de propiedad¹¹⁷ y libertad consistente en traficar libremente su capital en la economía para realizar las inversiones que desear, hasta mismo porque esto calienta y fomenta el crecimiento económico, desde que se respeten los umbrales constitucionales de la economía, la función social de la propiedad y las previsiones legales.

La idea base fue seguida por la ley fundamental de España, puesto que en su artículo 38 se aseguró la libertad de competencia¹¹⁸. Sin embargo, lo hizo

¹¹⁵ PETER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 223.

¹¹⁶ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 42.

¹¹⁷ En sentido similar, ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 459.

¹¹⁸ El artículo 38 de la Constitución Española dice: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la

de forma más compleja y densa que la Constitución brasileña de 1988, por presentar también expresiones como “marco de la economía de mercado”, “exigencias de la economía general”, disponer la tutela de su ejercicio y su productividad, así como el deber de planeamiento económico, además de buscar el equilibrio económico. Por todo ello, optamos por explicarla de forma aislada.

El poder constituyente español presentó la “constitucionalización de un concreto sistema económico asumido por la Constitución”¹¹⁹. Establece la estructura legal fundamental de este país que los ciudadanos tienen el derecho de libremente instituir sus empresas para la explotación de la actividad económica, pero sufren limitaciones legales (artículo 53.1) con amparo constitucional cuando nos encontramos con servicios públicos esenciales o monopolios reservados al poder público (artículo 128.1), lo que igualmente ocurre en Brasil.

La libertad de empresa, que es más amplia que el libre comercio o la explotación industrial, puede ser entendida, según afirma Bassols Coma, como “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme las pautas de organización típicas del mundo económico contemporáneo”¹²⁰, que mira hacia el lucro.

El marco de la economía de mercado presupone una creencia en el desarrollo productivo y económico libre de obstáculos morales o políticos y anclado en leyes empíricas, pero cuyo funcionamiento exige una estructuración política, social y jurídica basada en la libertad de negociación entre oferta y demanda, en las relaciones de consumo y en la búsqueda de un proceso eficaz, económico y productivo¹²¹.

defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

¹¹⁹ BASSOLS COMA, Martin. *Constitución y sistema económico...*, p. 132. En el mismo sentido, ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 459.

¹²⁰ BASSOLS COMA, Martin. *Constitución y sistema económico...* p. 137. Prosigue el autor justificando que el concepto hace alusión a los aspectos inicial –iniciativa o empresa como capacidad de emprender–, instrumental –organización económica típica, independientemente de la forma jurídica adoptada. (*Ibidem*, pp. 137-138).

¹²¹ *Ibidem*, p. 140.

La estructura de la economía de mercado se cimienta en la autonomía privada, la libertad contractual, la libertad de empresa y de concurrencia, pero el elevado riesgo para la sociedad exigió el intervencionismo administrativo-económico como una acción correctiva del Estado para trazar los límites de las libertades económicas¹²². La norma constitucional admite el liberalismo económico de forma preponderante, pero no descuida mantener y establecer algunos límites, cuyo origen remonta al intervencionismo dirigista, tales como el monopolio, el oligopolio, las limitaciones socio-ambientales y de naturaleza económica por la imposibilidad de formar un mercado de concurrencia perfecta.

Desde una perspectiva macroeconómica, o sea, englobando la actividad económica nacional, la economía de mercado se reveló insuficiente para la regulación y estabilidad de la cadena económica, razón por la cual, además de las limitaciones arriba apuntadas, tuvo el Estado “que asumir la garantía de la regulación del ciclo económico a través de distintas técnicas de política económica coyunturales (políticas presupuestarias, monetarias, crediticias, infraestructurales, redistributivas, etc.) y en el caso de estructurales (principalmente a través de planeamiento económico a largo plazo)”¹²³.

La insuficiencia tanto de la excesiva libertad de la economía de mercado como de la rigidez económica del intervencionismo dirigista motivó la apertura a “un intervencionismo neoliberal de incitación y estímulo (la economía concertada), sin renunciar a un planeamiento a largo plazo en nivel de las grandes decisiones y opciones macroeconómicas que compatibilizase planeamiento y economía de mercado”¹²⁴.

La libertad de empresa es un elemento que debe ser tomado en consideración para la formulación de políticas económicas que aseguren su ejercicio dentro de las exigencias de la economía general. El planeamiento económico se inserta aquí como mecanismo para dotar de mayor concreción a los segmentos económicos, lo que se integra con el artículo 130.1 de la

¹²² Apunta Bassols Coma que “La autonomía de la voluntad y por lo tanto la empresa no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de Derecho Público o Privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea” (*Ibidem*, p.142).

¹²³ *Ibidem*, p. 144.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 145.

Constitución española, que determina la modernización de los sectores de la economía y destaca áreas en específico. Ciertamente, el planeamiento económico transcurre por la senda de la modernización de los segmentos económicos, con la finalidad de propiciar la mejoría de la vida de los españoles, lo que refuerza el carácter social del orden económico.

El objetivo se alcanza si se toma en consideración conjuntamente con el artículo 38, que señala una defensa de la productividad que mira “un *standard* de protección que haga referencia a aquel tipo de acciones que atiendan a los mejores niveles de explotación y de potencialidad económica de las unidades productivas (aumento de su competitividad nacional e internacional, modernización y renovación tecnológica)”¹²⁵.

De un lado, la previsión de la economía de mercado consagra la libertad de empresa y la concurrencia como algo esencial al desarrollo económico; por otro lado, el planeamiento revela elementos democratizadores de nítido significado social, pues además de permitirles a todos su acceso, evita intervencionismos excesivos y burocratizados en favor de algunos segmentos de la economía, según se verá.

El artículo 131.1 de la Constitución española revela que el planeamiento debe seguir una operativa que consagre elementos económicos, como la búsqueda del crecimiento de la renta, el aumento de la riqueza y el expansionismo de sectores económicos; elementos que conjuga con finalidades atentas a la solidaridad, tales como equilibrar y armonizar el desarrollo entre las regiones españolas, evitando así el enriquecimiento de unas y el empobrecimiento de otras y ciñéndose a una justa distribución de la riqueza. La interpretación del planeamiento económico que busca corregir desigualdades aparejadas a la economía de mercado¹²⁶, esto es, que busca la justa distribución

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 146-147.

¹²⁶ Destaca la doctrina constitucional española: “Y es que, desde un punto de vista puramente doctrinal, es posible efectuar una distinción entre la economía libre de mercado, que se caracteriza por el principio de la auto-regulación, sin que se produzca ninguna intervención por parte del Estado; la economía social de mercado, donde se trata de conjugar los principios de libre competencia y de intervención estatal; y la economía dirigida o controlada, a la que en principio parece responder, al menos en sus planteamientos generales, nuestra propia Constitución, a tenor de lo establecido en los artículos 130 y 131.1. Y es que hoy día ni siquiera los más acérrimos defensores del liberalismo creen en la autorregulación de la economía en virtud, única y exclusivamente, de las leyes económicas del mercado. Las situaciones de desequilibrio, de desigualdades y de concentración del poder económico acontecidas cuando se

de la riqueza sin salirse de los límites de la sostenibilidad, genera la materialización del orden económico y social justo previsto en el Preámbulo de la Constitución española.

La normativa constitucional acaba por unir los principios económicos y sociales, además de otras cláusulas dispersas en la misma ley fundamental, delimitando cómo debe ocurrir ese planeamiento económico¹²⁷. Este admite también alteraciones estructurales en el ámbito económico privado o público, asegurándose la participación de los sectores económicos directamente interesados, de las comunidades autónomas, sindicatos, grupos empresariales..., los cuales compondrán un consejo que orientará el Estado en la formulación de esas proposiciones (artículo 131.2 de la Constitución de España).

La Constitución brasileña, por el contrario, es muy tímida al tratar genéricamente de la función de planeamiento de la economía ejercida por el Estado, tratando del desarrollo nacional equilibrado (artículo 174, § 1.º, CRFB), que abarcará los planes de desarrollo regional y nacional, cuidando de la compatibilización entre ambos. No obstante, se silencia específicamente lo relativo a cuestiones de planeamiento económico.

Al mismo tiempo, también la libre competencia es compatible con la protección de los consumidores, que a raíz de la competencia establecida en el mercado, tendrán acceso a productos y servicios de más valores y mejor calidad, lo que permite el acceso de la sociedad a los bienes de consumo y el consecuente movimiento de la cadena económica¹²⁸.

propiciaban estos planteamientos, hace que la intervención del estado se vuelva absolutamente indispensable, y que no quede reducida a una mera tarea de encuadramiento normativo (ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 459).

¹²⁷ Bassols Coma dice que, "frente a la acción económica sectorial existe una acción económica general como visión de conjunto de la totalidad del sistema económico en sentido global. El ámbito funcional u operacional de la planificación es todo el orden o sistema económico, sin que ello implique necesariamente que todas y cada una de las actividades tengan que ser atendidas por la planificación y, al propio tiempo, no excluye que las planificaciones singulares no puedan coordinarse y englobarse en el marco de la planificación general" (BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico...*, p. 237).

¹²⁸ En el sentido de estos puntos de vista de análisis de la libertad de competencia, véase: RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 259; VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, pp. 42-43; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 223; ABREU DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional*

5.5. Principio de la defensa del consumidor

La autonomía de la voluntad es un principio tenido en alta estima por los ideales liberales, ya que la libertad era un bien sacrificado en aras del excesivo interés del Estado por frenar a las personas. Sin embargo, y para garantizar la libertad de contratación, llegó a consecuencias extremas.

La maximización de la producción a gran escala derivada del avance tecnológico posterior a la Revolución Industrial, unido al acceso ilimitado al mercado, a la concentración del capital y a la publicidad cada vez más agresiva, llevó a que los bienes de consumo aumentasen su coste, dificultando el acceso de la población a los productos, y a que proliferasen, como consecuencia de la libertad de contratación, las cláusulas abusivas¹²⁹. De hecho, la economía de masas pulverizó las relaciones contractuales en su conjunto, pues al hacerse habituales los contratos de adhesión y la formalización de cláusulas para permitir el movimiento rápido de la riqueza, las cláusulas contractuales se automatizaron y se rompió con el principio de negociación entre las partes, lo que trajo como consecuencia la supremacía económica sobre la negociación.

La nueva configuración del escenario económico derivado de la transición al Estado liberal volvió el mercado, en cierta medida, selectivo, lo que originó dos posibilidades: privar a la población del acceso a ciertos bienes de consumo, o bien hacer que se sometiese a circunstancias muy onerosas y unilaterales. Esto llevaría a una intervención del Estado para normalizar las cuestiones relativas a las relaciones de consumo, puesto que la función del Derecho es “proporcionar el equilibrio adecuado entre las empresas que operan en el mercado y entre ellas y los consumidores”¹³⁰.

Econômico e sua eficácia..., p. 194; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, pp. 212-214 y 248-250.

¹²⁹ RAMOS TAVARES, André. *A Ordem Econômica na Constituição...*, p. 177; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, pp. 230 y ss.

¹³⁰ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 230. En el mismo sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 469; VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 42.

Es en este punto cuando llega el primer indicio de protección del consumidor¹³¹, derecho que la Constitución de 1988 presentó como fundamental y como deber del Estado (artículo 5.º, XXXII, CRFB), además de como principio del orden económico (artículo 170, V, CRFB), pasando a recibir la denominación de principios de integración¹³².

El Estado tiene el deber de promover la protección de los consumidores, lo cual realizó a través de la creación de un microsistema de tutela de las relaciones de consumo¹³³. Este sistema se ha destacado por equilibrar la inferioridad jurídica y técnica y la vulnerabilidad natural de los consumidores, tomándolos en consideración para la construcción de una de las mejores legislaciones que se han hecho en la historia de Brasil, el Código de Protección al Consumidor (Ley 8078/90). Este protege a los consumidores, estableciendo las bases jurídicas para mitigar los efectos de la superioridad de la empresa y creando en favor de aquellos una esfera de protección que actúe como contrapeso a dicha superioridad.

La creación del Código de Defensa del Consumidor vigorizó un derecho fundamental de los consumidores, además de establecer un umbral infranqueable para aquellos que deseen explotar el orden económico, a saber, el respeto a las normas de protección del consumidor. Este Código garantiza al consumidor la

¹³¹ Sobre el referencial histórico del derecho y el consumidor exponen Mendes, Coelho y Gonet: “La aparición de este nuevo derecho se introduce, como es sabido, en la transición del Estado Liberal para el Estado del Bienestar Social, precisamente porque las *relaciones de consumo* –al igual que las relaciones jurídicas en general–, habiéndose vuelto ilegítimas por la quiebra del equilibrio entre los sujetos de derecho, reclamaban por una nueva actitud de la legislatura para absorber y/o racionalizar, en la medida de lo posible, la *revuelta de los hechos contra el Código*, en la feliz expresión con que Gaston Morin denunció la pérdida de la armonía entre los modelos jurídicos heredados del liberalismo en sus múltiples facetas y la realidad socio-económica generada por la Revolución Industrial y por la consecuyente formación de la clase obrera como un estrato social” (FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; BRANCO GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 1362).

¹³² Silva dice que los principios de la defensa del consumidor, defensa del medio ambiente, la reducción de las desigualdades sociales son los principios de integración porque están destinados a reducir los problemas provenientes de la marginalización regional o social (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 796).

¹³³ Garcia esclarece la expresión: “Se trata de un verdadero *microsistema jurídico*, en el que el objetivo no es tutelar los iguales, cuya protección ya es encontrada en el Derecho Civil, sino justamente tutelar los desiguales, tratando de manera diferente al proveedor y al consumidor con el fin de alcanzar la igualdad. El CDC constituye un microsistema jurídico multidisciplinar una vez que tiene normas que regulan todos los aspectos de la protección del consumidor, coordinadas entre sí, permitiendo la visión y conjunto de las relaciones de consumo” (MEDEIROS GARCIA, Leonardo de. *Direito do Consumidor: Código Comentado e jurisprudência*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2008, pp. 7-8).

imposición de prácticas comerciales equitativas: se impide la inclusión de cláusulas abusivas, facilita el acceso a la justicia a través de reglas probatorias de inversión de la carga de la prueba, prohíbe cargos abusivos, establece la regla de responsabilidad objetiva, combate a la propaganda engañosa y promueve la educación para el consumo.

Hay que recordar, sin embargo, que las disposiciones constitucionales de protección de los consumidores no se agotan en los textos constitucionales, sino que requieren la aplicación de hechos para complementar la regulación de la Ley de Protección del Consumidor; algo que se lleva a la práctica con la estructuración de los organismos de defensa, la concesión de facilidades para la creación de asociaciones de defensa, la maximización de su tutela mediante la estructuración del poder de policía del Estado.

La protección del derecho de los consumidores remata el ciclo de los sujetos de la relación¹³⁴, porque la libre iniciativa y la libre competencia garantizan las condiciones de acceso de todos al mercado y a la economía, defendiendo la salud financiera del mercado, como también el principio que impide que el desarrollo tecnológico empresarial se constituya en método de exterminio de la masa consumista, tratando de restablecer el equilibrio en esta ecuación.

La salvaguarda de los derechos de los consumidores también fue recogida en el orden económico y social de España en el artículo 51 de su Constitución. La norma fundamental española estuvo acertada cuando asumió preceptos mínimos para la tutela del consumidor, estableciendo que los poderes públicos deberán garantizar su seguridad, salud y legítimos intereses, además de prever el deber de propiciar el acceso de consumidores y usuarios a la información y a la educación, así como el fomento de las organizaciones que tengan estas finalidades.

Los preceptos arriba aludidos fueron inicialmente asumidos en el plan infraconstitucional por la Ley 26/1984, de 19 de julio, sustituida posteriormente por la actual legislación en vigor, el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, el cual tiene un carácter complementario de cooperación para el desarrollo

¹³⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Derecho Económico...*, p. 90.

normativo de las relaciones jurídico-penales, empresariales o civiles y de protección al consumidor¹³⁵.

El Real Decreto 1/2007 representa un estatuto de protección al consumidor y su contenido transcurre por la conceptualización de los elementos de la relación de consumo, desde los sujetos –que son consumidor/usuario, empresario, proveedor– hasta el objeto (artículos 3.º a 8.º); derechos básicos del consumidor (artículos 8.º a 21); infracciones administrativas (artículos 46 a 52); mecanismos de defensa del consumidor en la vía judicial (artículos 53 a 58); teoría general de las cláusulas abusivas (artículo 82), pasando por el contenido específico de cláusulas abusivas de acuerdo con el tipo de conducta del proveedor o momento del negocio jurídico (artículos 83 a 91); y responsabilidad civil, que es objetiva y solidaria de los sujetos en la relación de consumo (artículos 129 a 148).

Esta norma es más clara que la brasileña, al presentar un tratamiento más minucioso en determinados aspectos, como las cláusulas nulas, aunque ambas las leyes presentan méritos para la salvaguarda de los consumidores.

En conclusión, los principios de la libre iniciativa y la protección del consumidor son las condiciones para el funcionamiento equilibrado del mercado.

5.6. Principio de la defensa del medio ambiente

El principio de integración que se refiere a la protección del medio ambiente es el segundo principio que debe ser analizado. Fue consagrado por primera vez en el actual orden constitucional brasileño en el orden económico (artículo 170, VI), y también fue digno de un capítulo en particular¹³⁶, con disposiciones específicas en el artículo 225 y siguientes.

La interpretación del significado de la expresión “medio ambiente” debe ser estudiada, ya que la Constitución no lo conceptúa, ni mucho menos debe

¹³⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 476.

¹³⁶ El derecho al medio ambiente es un derecho autónomo, que no encuentra vinculación o interpretación como una sub-rama. Así: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos fundamentais*. 2 ed. Coimbra editora: Coimbra, 1993, p. 476; LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. 10 ed. Dykinson: Madrid, 2010, p. 40.

hacerlo¹³⁷, pues, dada la complejidad de los elementos que constituyen la fauna, la flora y los ecosistemas, necesitados de un análisis extralegal, el poder constituyente puede pecar por omisión o confundir. Lo mismo podríamos decir del legislador con respecto a la Ley 6381/81, que cuida de la política nacional del medio ambiente e instituye el Sistema Nacional de Protección al Medio Ambiente (SISNAMA).

El brillo de la Revolución Industrial llevó a que se acelerase la producción de bienes, aumentando una capacidad industrial que iba expandiéndose proporcionalmente al consumo, sin tener en cuenta el factor fundamental de la economía: que los recursos son finitos y las necesidades del hombre infinitas. Esta vez, la evolución descontrolada de la sociedad, el altísimo desarrollo tecnológico, el increíble florecimiento de los medios de producción mecanizados y el aumento constante del consumo de la población provocaron un terrible ímpetu en la explotación de los recursos naturales del planeta, ya que la conciencia ambiental solo llegó posteriormente como resultado de los daños causados por la inconmensurable explotación de los recursos ambientales.

En un vértice diametralmente opuesto, vale recordar que la utilización de los recursos del medio ambiente tampoco puede ser imposibilitada por completo, pues tal comportamiento iría promover el paro de la economía, con la falta de insumo necesarios a la movilización de la industria y del comercio, lo que generaría, a su vez, la falta de productos en el mercado y, dependiendo de la importancia de estos, un grave empobrecimiento de la dignidad de la vida humana.

Es evidente que los extremos deben llegar a un equilibrio, que se debe hallar un denominador común que permita el desarrollo de la industria y el comercio y la promoción de puestos de trabajo, pero sin exponer al medio

¹³⁷ Bessa Antunes dice que “El artículo 225 de la Constitución Federal no tiene una definición del medio ambiente –ni le cabría–; pero estableció que el goce de las condiciones ecológicamente equilibradas del medio físico se constituya en el derecho de todos, y así, se trata de un derecho individual que pertenece a cada uno de los individuos que integran la colectividad y que tienen la condición de ser esencial para disfrutar de la saludable *calidad de vida*”; y continúa diciendo que “...el constituyente buscó definir que el mantenimiento de los patrones ecológicos ‘normales’ es de extrema importancia para la vida humana” (BESSA ANTUNES, Paulo de. *Dano Ambiental: Uma abordagem conceitual*. Lumen Juris: Río de Janeiro, 2002, pp. 166-167).

ambiente a una explotación desenfrenada de sus recursos. Esto se logrará cuando ambos aspectos se combinen simétricamente.

El crecimiento tecnológico, la expansión industrial y del consumo necesitaban bases de racionalización¹³⁸, para tratar de equilibrar la desigualdad entre el hombre y el medio ambiente y establecer límites a la explotación industrial con miras al desarrollo sostenible¹³⁹, sometiéndola a los parámetros de la compatibilidad del medio ambiente sin por ello cercenar la libre iniciativa. La sostenibilidad en el desarrollo social exige que se limite el uso de los recursos naturales y se reconozca su condición finita. La explotación económica “se llevará a cabo dentro de los límites de la capacidad de los ecosistemas, es decir, protegiendo la posibilidad de renovar los recursos renovables y explotando de forma no predatoria los recursos no renovables, siempre con el fin de preservar los derechos de aquellos que están por venir”¹⁴⁰.

El sistema capitalista, que se caracteriza por la absorción de activos, encuentra un nuevo horizonte de eficiencia económica con base en los valores de la justicia social y del equilibrio del medio ambiente¹⁴¹, los cuales no son compatibles con el uso irracional de los recursos ambientales, aunque sí con una demanda medida¹⁴² entre el progreso económico y la preservación del medio ambiente.

El artículo 170, VI, de la Constitución menciona también el control del impacto ambiental, lo que refuerza la idea de la sostenibilidad en la explotación del medio ambiente y la necesidad de precaución y prevención de su daño, favoreciéndose un mayor control del poder de policía estatal con respecto a los

¹³⁸ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 43.

¹³⁹ Como recuerda Tavares, “...la necesidad de *conciliación* entre el desarrollo económico y las prácticas de preservación del medio ambiente, y no apenas esta última. Así, ni el desarrollo será impedido por la protección ambiental, ni el medio ambiente podrá ser desconsiderado por el desarrollo económico” (RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...* p. 188).

¹⁴⁰ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 243. En el mismo sentido: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 251.

¹⁴¹ En este sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 467; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 247.

¹⁴² DERANI, Cristiane. *Direito ambiental Econômico*. Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 73.

métodos utilizados para la producción de bienes y al desgaste del medio ambiente.

Los preceptos constitucionales del medio ambiente fueron incorporados a la legislación ordinaria brasileña a través de diversas leyes, como la que instituye la política nacional del medio ambiente (Ley 6938/81), de los delitos ambientales (Ley 9605/98), además del Código Forestal (Ley 12651/12), cuyo contenido consagra la responsabilidad civil objetiva por daños ambientales, organiza la tutela administrativa al medio ambiente, el ejercicio del poder de policía y prevé los delitos ambientales con la reglamentación del artículo 225, § 4.º, de la CRFB acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica como excepción en el Derecho brasileño.

Por su lado, la Constitución española igualmente se preocupó de la cuestión ambiental y la avocó estrictamente dentro de los principios orientadores del orden económico¹⁴³ y social en su artículo 45, de forma menos densa que la norma constitucional brasileña, que la trató de forma más amplia y de forma autónoma respecto de la cuestión económica, sin duda en función de la extensión territorial del país y la variedad de sus ecosistemas.

Evidentemente, y a la vista del título del capítulo constitucional en que se inserta, no estamos ante un derecho vinculado solo al orden económico, sino que se proyecta a todas las normas de la Constitución, imponiendo un deber de preservación y utilización racional¹⁴⁴ tanto a quienes actúan en la economía explotándola, como a todos en general e indiscriminadamente. Según se constata en el Preámbulo constitucional, el objeto es asegurar una digna calidad de vida y el desarrollo personal, lo cual trasciende el aspecto económico,

¹⁴³ Miranda explica que la legislación ambiental es un fenómeno reciente cuyo inicio se remonta al fin de la Segunda Guerra Mundial, con normas constitucionales sobre el tema. La reglamentación del hecho se produjo en dos fases marcadas por la sensibilidad política y jurídica, que sopesó inicialmente formulaciones genéricas seguidas de una mayor precisión a través de los preceptos y la elevación de los deberes estatales. Y se asentó en forma de derechos fundamentales y de constitución económica en diversos textos constitucionales de los más variados regímenes, sistemas políticos y ubicaciones geográficas (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo. IV: Direitos fundamentais...*, pp. 471-472).

¹⁴⁴ Álvarez Conde habla de destacar el carácter promocional de la tutela al medio ambiente, además de impedir prácticas abusivas con finalidades especulativas o destructivas (ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I..., p. 473).

además de que su localización constitucional haga en efecto alusión al orden social.

No obstante, la norma del país europeo presenta preceptos semejantes a los brasileños, al establecer el derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona¹⁴⁵, con la contraprestación del deber de conservarlo. Y aún se le podría sumar la utilización racional de los recursos naturales para la tutela de la calidad de vida, así como la defensa y restauración del medio ambiente, basada en la indispensable solidaridad colectiva.

Lo importante es que se destaca una conducta preventiva y represiva de los daños ambientales, revelando una innegable preocupación por la colectividad y una idea de la explotación de la actividad económica protectora del medio ambiente. La solidaridad colectiva demanda que todos utilicen la racionalidad en la utilización y explotación de los recursos ambientales, cuya fiscalización quedará a cargo del Estado español como un todo, incluyendo las Comunidades Autónomas (artículo 148.9). Así, el Estado español debe garantizar la efectividad de la tutela del medio ambiente, lo que “requiere una actuación positiva por parte de las autoridades públicas (no se trata, diciendo brevemente, de respetarlos, pero sí de activarlos)”¹⁴⁶, sin que ello libere al particular del deber de protección del medio ambiente.

La Constitución prevé también un mandato legislativo para que la legislación establezca los tipos penales, las infracciones administrativas y la obligación de reparar el daño ambiental causado, recordando que el Estado tiene la función de trazar las normas generales en materia ambiental (artículo 149.23), las cuales podrán ser complementadas por las Comunidades Autónomas en aquello que no sea de competencia privativa del Estado, por ejemplo, en materia penal (artículo 149.6).

Actualmente, la materia está disciplinada en el Derecho español en la Ley 21/2013, que trata sobre la evaluación del medio ambiente. Esa Ley consagra

¹⁴⁵ Serrano Moreno dice que “la Constitución, en cuanto ley objetiva, reconoce un derecho subjetivo público con el fin de que contribuya al libre desarrollo de la personalidad, reconocida en otra parte (artículo 10.1) como fundamento del orden político y de la paz social” (SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Comares: Granada, 1992, p. 129).

¹⁴⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo...*, p. 82.

diversos principios que se encuentran dispuestos en la Constitución brasileña de 1988 en el artículo 225, 4.º, como prevención, precaución, contaminador-pagador, deber de realización de evaluación de estudio de impacto ambiental (artículo 2.º, a, b, c, d, de la ley española). Además, se preocupa por la reglamentación de las hipótesis en que se requiere la realización del estudio de impacto ambiental (artículos 33 a 50) y establece infracciones administrativas, con su correlativo procedimiento (artículos 51 a 64), aunque se silencia la tipificación penal de comportamientos, puesto que esta se encuentra distribuida en el Código Penal español (artículos 325 a 340, CPe).

5.7. Principio de la reducción de las desigualdades regionales y sociales

La desigualdad social está presente desde los albores de la historia con la división de clases, conforme a la cual, los pocos que tenían el control del capital y de las fuentes del poder, los utilizaban como factores de segregación en la sociedad.

En la misma línea está la desigualdad regional, ya que una mayor concentración de industrias y del comercio en determinadas regiones contribuye a retardar el crecimiento general del país y favorece el éxodo rural. No obstante, la migración hacia las capitales de mano de obra no calificada no supone en absoluto su correspondiente absorción por el ciclo económico, lo que provoca la formación de focos de pobreza. A pesar de la libertad de circulación, no se puede admitir que haya un éxodo de personas más allá de sus tierras por razones de desequilibrio en la distribución de la riqueza y de las oportunidades por la falta de trabajo, situación que paraliza la economía local y causa una serie de problemas, cuando lo que realmente la Constitución desea es contener ese desnivel socioeconómico.

Para garantizar este principio, el Estado interviene a fin de lograr una distribución más equitativa de la riqueza y de los ingresos nacionales, lo que lleva a la internalización de los valores inherentes a la correcta distribución de los ingresos, así como de los parámetros de la educación y la cultura de la población

con menores ingresos, pues todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de desarrollar su potencial, conforme al carácter pluralista de la dignidad humana.

La realización de este desiderátum implica la actuación del Estado en la economía en dos fases: el intervencionismo y el estado de bienestar, que es el “fundamento constitucional de la demanda de la sociedad por la realización de las políticas públicas”¹⁴⁷. El Estado deberá actuar como un agente regulador que aplique condiciones para que los capitales sean invertidos en las regiones menos desarrolladas, permitiendo que estas regiones disminuyan la brecha en los patrones económicos de las otras y que todos tengan acceso al trabajo y a la posibilidad de ascender socialmente.

El principio de integración de la reducción de las desigualdades regionales y sociales encuentra cobertura constitucional como uno de los objetivos fundamentales de la República (artículo 3.º, III) y fundamento del orden económico (artículo 170, VII).

La Constitución de España prevé, dentro del orden económico y social (artículo 40.1), el deber de los poderes públicos de promover condiciones favorables al progreso social y una mejor distribución de la renta entre las regiones españolas y los ciudadanos, concluyendo que el Estado, mediante ley, debe equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, buscando el crecimiento de la renta y su justa distribución (artículo 131.1). El compromiso social asumido por el constituyente español también es verificado en los artículos 2 y 138.1 de la carta magna española, que consagran la necesidad de firmar un crecimiento económico adecuado y justo entre los integrantes del país, sopesando incluso aspectos relativos a las islas que componen el territorio.

El poder constituyente originario de ambos los países constató que el camino trazado por el capitalismo conducía a que las inversiones fuesen canalizadas hacia determinadas regiones, lo que implicaba un contraste en los indicadores de desarrollo personal, social y económico. En el caso de Brasil, se propició de ese modo tanto un aumento de los niveles de miseria y pobreza como el incremento del desnivel en la distribución de renta, además de altos niveles de desempleo, privando a una amplia parcela de la población del disfrute de los

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 219.

beneficios que la expansión de la industria y del comercio propiciaba a la micro y a la macroeconomía. Esta situación se vive parcialmente en España y en otros países europeos, a cuenta de la crisis económica que la Unión Europea ha experimentado y de la que aún quedan rastros en el viejo continente.

La norma programática extiende sus efectos al poder público, que sirve de soporte para la implementación de políticas sociales que promueven el desarrollo regional y una mejor distribución de los ingresos, pero que también puede traer resultados positivos para los agentes, en función de la posición del Estado. Puede acarrear como consecuencia la creación de más puestos de trabajo, la distribución de una parte de las ganancias entre sus empleados y la instalación de polos empresariales en las regiones menos desarrolladas, a través de incentivos fiscales, o mediante la creación de complejos geo-económicos y sociales (artículo 43 de la Constitución Federal).

El análisis de los constituyentes no se apoyó en aspectos de orden regional, sino, sobre todo, en los de orden social, ya que observó la realidad y vio que la acelerada diferencia social deriva en efectos muy corrosivos, como la concentración de la riqueza en manos de pequeños grupos, elevando aún más los niveles de miseria y dificultando la dignidad de la persona humana.

En definitiva, la posibilidad de establecer parámetros de racionalidad en el orden económico tiene por objetivo promover la justicia social y que la función de la economía no sea estrictamente la acumulación de la riqueza, sino que promueva condiciones favorables para el desarrollo de todas las clases sociales en las diversas regiones nacionales¹⁴⁸, tratando de sanar las heridas del subdesarrollo, la pobreza y la marginalidad.

Por lo tanto, el precepto implica el reconocimiento de que el desarrollo económico y su correspondiente apoyo jurídico deben tener un propósito social,

¹⁴⁸ Figueiredo explica que “Hay que tener cuidado al reconocer y enfrentar una triste realidad nacional, la de que Brasil es un país de regiones privilegiadas y marginadas. Téngase en cuenta que este es uno de los objetivos fundamentales de la República (artículo 3.º, sección III). Se basa en un concepto de justicia distributiva desde un punto de vista macro, según el cual el desarrollo de la Nación debe ser compartido por todos, adoptándose políticas eficaces de reparto de las rentas e ingresos, con el objetivo de favorecer a las regiones y a las clases sociales que se encuentran en desigualdad y en una posición de insuficiencia respecto a las otras” (VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 43).

a saber, la reducción de las desigualdades sociales en todas las regiones de Brasil, además de implementar el desarrollo social¹⁴⁹.

5.8. Principio de la dignificación del empleo

La política económica debe tener como uno de sus objetivos fundamentales la realización del derecho al desarrollo en diversos aspectos, entre los cuales destacamos en este punto la creación de puestos de trabajo. En este sentido, no basta con proporcionar oportunidades de empleo, sino que es necesario también hacer que este se mantenga y que se desarrolle dentro de condiciones humanas, puesto que el capital puede apropiarse indebidamente de las relaciones laborales, eliminando su dignidad y sometiendo a las personas a un trato degradante e indigno¹⁵⁰.

El principio de la búsqueda del pleno empleo o de la valoración del empleo presenta una relativización de la fuerza económica del capitalismo y del liberalismo, pues se apoya en el sistema de bienestar social como medio de reconciliar los factores de producción con la búsqueda del pleno empleo y de que los trabajadores tengan sus derechos protegidos ética y socialmente, pero sin importar el retroceso a los días en que la economía se concentraba en manos estatales¹⁵¹.

Como principio de integración en el orden económico, es el Estado el que debe implementar políticas para crear condiciones favorables para el desarrollo social y para el aumento de las actividades industriales y comerciales. Estos factores proporcionan, lógicamente, más empleos para la población, conforme al resultado que se extrae del principio; pero, por otro lado, también el Estado actúa directamente en la economía para crear puestos de trabajo¹⁵².

¹⁴⁹ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 204.

¹⁵⁰ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 259.

¹⁵¹ Ribeiro afirma que "No se trata de que el Estado tome una posición notarial para absorber el trabajo de una manera general, con una creciente publicitación de actividades productivas. No es eso lo que se considera. Es de la influencia que ejercerá en la economía, apoyando a los más desfavorecidos, además de proteger con el seguro de desempleo, referido en el artículo 7.º, II, de la Constitución vigente" (RIBEIRO, Fávila. *A Constituição e a realidade brasileira*. Freitas Bastos: Río de Janeiro, 2000, p. 124).

¹⁵² Tavares dice que "no existe un consenso sobre las medidas que podrían ser correctas para generar puestos de trabajos. La corriente liberal clásica de la doctrina económica sostiene que

La concreción de políticas públicas que conduzcan a la recesión, a la disminución excesiva de oportunidades de empleo, es francamente inconstitucional, por vulnerar este principio del orden económico y el derecho social al trabajo (artículos 6.º y 170, VIII, ambos de la CRFB; y artículos 35 y 40.1 de la CE). Sin embargo, la adopción de políticas económicas que permitan el efecto contrario podrá acarrear una sensible reducción de gastos merced a políticas asistenciales de auxilio al desempleo y a la seguridad social y fondos de pensiones, mientras que, por otro lado, aumenta la renta *per capita* y la recaudación tributaria, liberándose recursos para ser ubicados en otros sectores sensibles de la cadena económica¹⁵³.

En referencia a la realidad española tenemos que la Ley 56/2003 reglamenta la política de empleo, que ganó un papel de mayor importancia y relevancia por cuenta de la grave crisis económica¹⁵⁴ que abatió el país de 2008 a 2013¹⁵⁵ y cuyos reflejos aún se sienten.

el sistema en régimen de competencia tiende a estimular naturalmente el pleno empleo de los recursos, incluyéndose la mano de obra. Otra corriente, vinculada al pensamiento de Keynes, afirma que es necesario ejercitar el sistema económico, para que este aumente el ritmo de trabajo y para que los factores de producción, como la mano de obra, sean plenamente aprovechados. En el ya mencionado *New Deal*, el Gobierno norteamericano se presentó como un participante directo en la generación de puestos de trabajo por la multiplicación de la demanda estatal de mano de obra, debido al impulso público practicado por el Estado como una de las medidas aptas para superar la crisis” (RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 210).

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 253; VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, pp. 43-44.

¹⁵⁴ Las causas de la crisis económica española gravitan alrededor del endeudamiento, que fue el propulsor del crecimiento económico, financiado por algunos países con déficits comerciales recurrentes, con el fin de financiar importaciones de otros países como Alemania y China. La autorregulación del mercado no fue alcanzada con el paso del tiempo, y eclosionó la crisis. Además, la posición destacada que ocupó el desarrollo del sector inmobiliario y de la construcción le procuró una masiva y desatinada inyección de crédito en la que se gestó la burbuja especulativa inmobiliaria que estalló con la crisis. En detalles, véase: COLOM CABAU, Agustí. “La crisis económica española: orígenes y consecuencias. Una aproximación crítica”. En *XIII Jornadas de Economía Crítica. Los costes de la crisis y alternativas en construcción*. Sevilla, 2012 [disponible en línea en http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/jec13/comunicaciones_por_areas.pdf].

¹⁵⁵ Sostiene el profesor Colom Cabau que “ Se ha planteado la crisis financiera como resultado de la desregularización y liberalización del sector financiero que alimentó la codicia de los financieros, al tiempo que no impidió las connivencias entre estos y los respectivos reguladores estadounidenses para favorecer los intereses de Wall Street”; y sigue diciendo este autor: “Existe, sin embargo, un argumento explicativo que se encuentra en el origen de todos los demás y es el aumento de la desigualdad. Este planteamiento sitúa en la desigualdad la causa, en última instancia, de la crisis financiera. Las políticas neoliberales impulsadas desde los años 80 del siglo pasado han tenido un fuerte impacto en el aumento de los niveles de desigualdad, en gran parte impulsado por las reformas impositivas defiscalizadoras que han beneficiado ampliamente a las clases más ricas en detrimento de las clases populares. Pero como había que mantener los

La Ley española 56/2003 se ocupa de la política de pleno empleo en este país y entre sus líneas generales podemos destacar que trata de la necesidad de desarrollar medidas que busquen la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de oferta y demanda de empleo, además de la reducción de las situaciones de desempleo y la protección adecuada en tales situaciones (artículo 1.º). Asimismo busca garantizar mayores oportunidades de empleo y el desarrollo de políticas activas de empleo, incluyendo medidas de protección al desempleo y de reinserción en el mercado de trabajo; además de ocuparse de la necesidad de mantener constante una política anti-desempleo (artículo 2.º).

También se procura el planeamiento y ejecución de una política de acceso e intermediación al empleo, que deberá ajustarse a las necesidades locales (artículo 3.º), teniendo como una de sus finalidades la captación de ofertas de empleo para realizar la intermediación entre empresarios y empleados (artículo 6.º, 1.b). La referida Ley crea asimismo el sistema nacional de empleo, apunta sus órganos integrantes y establece el sistema estatal de empleo que cada Comunidad Autónoma deberá mantener.

En cuanto a los instrumentos de la política de empleo, abarcan la intermediación laboral para la integración de la demanda y oferta de trabajo adecuado (artículo 20), cuya implementación será realizada por los servicios de empleo, agencias de colocación acreditadas y otros servicios de inserción de trabajadores en el extranjero; políticas activas de empleo (artículo 23); enfoque preventivo de las políticas activas de empleo (artículo 24); y prioridad en el encuadramiento en el mercado de trabajo de personas con dificultades de integración (artículo 26).

En lo que se refiere a la preservación de puestos de trabajo, la adopción de políticas anti-inflacionarias que mantengan el valor de la moneda evitará el

niveles agregados de consumo a fin de sostener la demanda agregada, se otorgó al crédito la función estabilizadora de la economía. Así pues, de la misma forma que en las formulaciones keynesianas las políticas redistributivas de la renta a través del sector público juegan el papel estabilizador económico, en el mundo neoliberal es el crédito que pretende adoptar esta función. El aumento de la desigualdad en la distribución de la renta y el endeudamiento masivo son efectos, ambos, fuertemente interrelacionados" (*Ibidem*, p. 1322).

desfase de los rendimientos del trabajador, lo que contribuye a unas condiciones dignas de trabajo¹⁵⁶.

El principio también se refleja en de la propiedad privada, de modo que tiene un contenido activo, es decir, debe cumplir una función social, porque, como recuerda Grau, “la propiedad dotada de función social obliga al propietario o al poseedor del poder de control de la misma al ejercicio de ese derecho o función (poder-deber), hasta para que se alcance el pleno *empleo*”¹⁵⁷.

Por lo tanto, la persona que opera en el sector económico estará obligada a cumplir con las limitaciones de carácter laboral planeadas por el Estado cuando los principios fomenten la creación, el mantenimiento y la valoración del trabajo; pero no hay que olvidar que es principalmente tarea del Estado la creación de condiciones económicas para el crecimiento y el desarrollo socio-económico, con el fin de promover la creación de empleo.

5.9. Principio del tratamiento preferencial a las pequeñas empresas

El principio fundamental de la integración y el orden económico presentado en la carta constitucional aborda el tratamiento preferencial a las pequeñas empresas¹⁵⁸ constituidas conforme a las leyes de Brasil y que tengan la sede y gestión en Brasil (artículos 170, IX y 179 de la Constitución Federal).

La masificación de las relaciones de consumo, los avances tecnológicos, la mecanización y la informatización de los factores de producción han incentivado a las empresas de mayor capital, imprimiendo una mayor velocidad a las organizaciones empresariales y, como consecuencia, provocando una concentración del mercado. Estos grupos forman grandes *pools* empresariales y reúnen una importante concentración de capital, lo que les permite presionar, en

¹⁵⁶ VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 44. Silva, abonando esas palabras, destaca: “Se quiere que el trabajo sea la base del sistema económico, para recibir tratamiento de factor principal en la producción y participar de la riqueza y de los rendimientos en proporción a su posición en el orden económico” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 797).

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, p. 253.

¹⁵⁸ Afirma Nusdeo: “empresa es la unidad productora cuya tarea es combinar factores de producción con el fin de ofrecer al mercado bienes o servicios, sin importar la etapa de la producción” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao Direito Econômico...*, p. 285).

un régimen de libre competencia, para que se reduzca el espectro de los agentes económicos en la competencia del mercado. Muchos de ellos, por no cumplir con las mismas condiciones logísticas y financieras, sucumben fatalmente, lo que podría causar una grave reacción en cadena que se reflejaría a niveles microeconómicos y macroeconómicos (por ejemplo, con la reducción de empleo, la restricción a la libre competencia, la inviabilidad del espíritu empresarial en determinadas zonas y la caída de los ingresos fiscales).

La función normativa del Estado, cuando imprime trazos reglamentarios y proteccionistas al orden económico, es vislumbrada en ese dispositivo, que fundamenta la adopción de políticas públicas direccionadas hacia las empresas¹⁵⁹ que promuevan el desarrollo nacional (artículo 3.º, II), y que se percibe en el crecimiento de determinadas empresas, las cuales pasan a ocupar un puesto destacado en el mercado, lo que les permite dictar ciertos comportamientos en el escenario económico y reducir los efectos del capital.

Debemos aclarar un punto importante respecto del alcance de la Constitución, porque hay dos artículos con redacciones distintas que se ocupan de la cuestión: el artículo 170, IX, que apunta el “tratamiento preferencial”; y el artículo 179, que señala “el tratamiento jurídico diferente”. De acuerdo con la interpretación teleológica de la norma, es necesario conciliar las dos disposiciones constitucionales¹⁶⁰, ya que el trato preferencial se otorga a las pequeñas empresas y microempresas, como ya se dijo, lo que no excluye la presencia de un tratamiento diferenciado, que se justifica por la existencia de los diferentes niveles de capital que distinguen los tipos de empresas, de acuerdo con el principio de igualdad.

Cabe mencionar que, a pesar de la consagración del tratamiento más benevolente para estos tipos de empresas, el beneficio no será idéntico, porque entre ellas hay una diferencia de apoyo financiero y la normativa no se configura como un escudo contra los grandes grupos empresariales, sino que protege a

¹⁵⁹ PÉTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 263; VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico...*, p. 44; RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 216.

¹⁶⁰ RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 218.

las microempresas en contra las empresas pequeñas¹⁶¹. Por lo tanto, este principio proporciona una norma constitucional programática, que dota al poder legislativo y al ejecutivo con la función de llevar a cabo la tarea de crear, a nivel infraconstitucional, mecanismos de protección de los órganos de administración, tributario, de seguridad social y servicios de comprobación de crédito, para permitir la creación y el mantenimiento de pequeñas empresas en el mercado¹⁶². Estos mecanismos podrían incluir, por ejemplo, medidas como la desburocratización de las relaciones jurídicas y económicas de dichas empresas, el establecimiento de privilegios a su favor (Ley 9.841/99), el establecimiento de diferentes regímenes e impuestos simplificados, como la tributación “Simples” (Ley 9.317/96) y el “Super Simples” (Ley Complementar 123/06), o incentivos fiscales.

Las microempresas y las pequeñas empresas tienen una gran importancia económica, ya que proporcionan una fuente local de ingresos, de impuestos y, sobre todo, puestos de trabajo que estarían en peligro si no se previesen estos elementos facilitadores; de ahí que se justifique la inclusión de este principio como fundamento del orden económico.

6. MECANISMOS DE TUTELA DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO

El orden socioeconómico, según estamos viendo, es una zona muy delicada, por la pluralidad y fragilidad de los intereses afectados. Para proteger los intereses legales y presentar un sistema preventivo y represivo, que evite lesiones, se ha dotado a los diferentes niveles de responsabilidad de formas diversas de protección.

La principal de ellas es el uso correcto de la política del gobierno, ya que este necesita formular una política económica destinada principalmente a

¹⁶¹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, p. 264.

¹⁶² El sentido constitucional del término no se entiende de manera restrictiva para admitir solo las pequeñas empresas, sino también las microempresas, según se desprende del examen de los artículos 170 y 179, ambos de la Constitución Federal, y que se concretaron en la Ley 9841/99 (estado de micro y pequeña empresa), con el apoyo en la comprensión más proteccionista. En el mismo sentido, RAMOS TAVARES, André. *Direito Constitucional Econômico brasileiro...*, p. 217; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal...*, pp. 263-264.

garantizar la dignidad humana y la justicia social, y cumplir con los principios del orden económico. No obstante, dado el carácter poliédrico del orden económico, otros sectores de la política también están obligados a cumplir con los principios del orden económico para proporcionar un desarrollo socioeconómico sostenible.

Las complejas normas de protección del orden económico han dado lugar a tres niveles de responsabilidad sobre tres ángulos diferentes, escalonados por la severidad de la sanción aplicada a la infracción, a saber: responsabilidad administrativa, civil o penal.

6.1. Tutela administrativa y civil del orden socioeconómico

El poder de policía del Estado es necesario para proceder al control de los delineamientos-base, cuyos fundamentos se encuentran en la Constitución y son detallados en las leyes y decretos. En general, políticamente se ha recurrido para abordar el problema a la creación de una autarquía federal dotada de autonomía administrativa o a la creación de órganos para el propósito específico de llevar a cabo la supervisión de los respectivos estratos de la economía.

La adopción de leyes administrativas es bastante común para hacer frente a la conducta ilegal de menor importancia en el ámbito económico, a través de la creación de irregularidades administrativas mediante el poder de policía. Las principales leyes de represión de las infracciones contra el orden económico tienen un capítulo destinado a las acciones de la fuerza pública y a la responsabilidad administrativa, con la definición de la tipología, la aplicación de las sanciones, la previsión de procedimientos administrativos con respecto a la defensa jurídica, contradictorias y procedimientos administrativos¹⁶³, sin perjuicio de la realización de términos eventuales de ajuste de conducta para una solución amistosa de la situación. De hecho, el ajuste de la conducta es la principal forma de pacificación de los conflictos en las irregularidades administrativas en contra

¹⁶³ Como ejemplo de leyes que tengan este tipo de dispositivos se pueden citar la Ley 12529/11 (Ley de prevención y represión de los delitos contra el orden económico, artículos 36 y ss.), la que crea el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica) y la Ley 9613/98 (Ley de blanqueo de capitales, artículos 10 y ss.), que crea el COAF (Consejo de Control Actividades Financieras).

de la economía, ya que, mediante el establecimiento de un instrumento de acuerdo¹⁶⁴, el autor se hace responsable de los daños causados y se compromete a repararlos.

Otra forma de protección del orden económico está en un sistema de impuestos que permita el aumento de la recaudación para reajustar la actuación de los agentes económicos a los principios constitucionales, evitando comportamientos lesivos y obligando a atender a la función social de la propiedad urbana y rural. Esto sucede, por ejemplo, con los impuestos ambientales, el impuesto predial progresivo (IPTU), en el caso de los inmuebles urbanos subutilizados, y la expropiación por utilidad social.

La segunda esfera de incidencia de protección al orden económico es la de naturaleza civil, en la que existe la utilización precipua de instrumentos de Derecho civil, difusos y colectivos. Participan además varios co-legitimados para la resolución del conflicto, donde el ajuste de conducta suele ser utilizado por todos los legitimados para la acción civil pública, pero sin olvidarse del uso de los medios legales para resolver la disputa.

La acción civil pública es la forma más eficaz de obtener una indemnización por los daños materiales o morales colectivos¹⁶⁵ o individuales, consecuencias que frecuentemente se presentan en la concentración de los mercados, por lo que resulta necesario utilizar elementos del Derecho contractual para cancelar y disolver negocios jurídicos que afectan el orden

¹⁶⁴ Carvalho Filho lo explica como “el acto jurídico por el cual la persona reconoce implícitamente que su comportamiento ofende el interés difuso o colectivo, se compromete a eliminar el delito adecuando su comportamiento a las exigencias legales” (SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. *Ação Civil Pública*. 3 ed. Río de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 202). En el mismo sentido: GRELLA VIEIRA, Fernando. “A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos”. *Revista Justitia*, n° 161, São Paulo: Imesp, 1993, p. 43; y MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 10 ed. RT: São Paulo, 2000, p. 395.

¹⁶⁵ Ramos explica que, “aceptando la corrección del daño moral ante entes distintos de las personas físicas, se verifica la posibilidad de su extensión al campo de los llamados intereses difusos y colectivos” (CARVALHO RAMOS, André de. “Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo”. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 25 [ene.-mar. 1998], p. 82). O, como muestra Leyte en relación al daño moral difuso ambiental: “El daño extrapatrimonial colectivo no tiene ya como fundamento el dolor sufrido por la persona física, sino los valores que afectan negativamente la colectividad, como es el caso de daños al medio ambiente inmaterial. Por lo tanto, se demostró en este trabajo que el dolor en su sentido colectivo, es un valor equivalente al sentido moral individual” (MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental – Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. 2 ed. RT: São Paulo, 2000, pp. 316-317).

económico, sin perjuicio de adoptar distintas medidas por las personas directamente afectadas.

Por lo tanto, los institutos de Derecho civil, en particular los de parte general, obligaciones y responsabilidad civil, son invocados como métodos de contención ilegal.

CAPÍTULO II

TEORÍA GENERAL DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN EL DERECHO PENAL DE ESPAÑA Y DE BRASIL

1. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO Y EL DERECHO PENAL

La última forma de salvaguardar el orden económico es con la protección penal, que actúa solo en el caso de que fracasen las otras ramas del derecho, y que pese a la gravedad de las sanciones penales y su carácter fragmentario y subsidiario, proporciona un enfoque jurídico adecuado a la protección de bienes jurídicos.

Si se considera que son premisas en el Derecho penal brasileño, se deduce portanto la necesidad de su acción para ayudar en el control social de determinados hechos en el área supraindividual. En concreto, la incidencia penal sobre los hechos de la economía, con la finalidad de promover su tutela jurídico-penal, fue denominada Derecho penal económico, Derecho penal de la empresa¹⁶⁶, y su creación estuvo esencialmente marcada por el fenómeno de la globalización¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Nieto Martín define el Derecho penal económico como el “conjunto de normas jurídico-penales que tutelan el orden económico, concepto éste que aglutina la regulación del intervencionismo estatal en la economía y de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Al lado de esta expresión se utiliza igualmente con frecuencia la de Derecho Penal de la Empresa, concepto más pragmático que engloba, de un lado, el estudio de aquellas infracciones de más frecuente aparición en el seno de una empresa y, de otro, los peculiares problemas de imputación que se presentan en estas circunstancias” (NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción al Derecho Penal Económico Español*, p. 1. Disponible en http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/WEB/materiales/penal/DerPenal_Nieto.pdf. Fecha de acceso: 05/02/2014). En el mismo sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas: Madrid, 1978, p. 37.

¹⁶⁷ Zaffaroni explica la globalización como: “a) una ideología y b) una realidad del poder. A) La ideología es del sistema de ideas que quiere explicarnos algo de la realidad. En este caso se trata de la ideología del mercado mundial: una ilimitada eliminación de barreras y proteccionismos generaría un mercado mundial que se equilibraría por sí mismo y produciría un efecto de crecimiento planetario. La competencia ilimitada produciría la libertad para el desarrollo de las actividades más rentables y provocaría una distribución internacional del trabajo que beneficiaría a todos. Por supuesto, este beneficio sería a costo del sacrificio de los emprendimientos menos rentables, que no tendrían razones para subsistir y que son considerados como lastre que impide el crecimiento. B) La globalización como realidad tiene como caracteres propios, al menos los siguientes: a) el dominio a través de medidas e

El Derecho penal económico puede entenderse incluido –siguiendo a Tiedemann, uno de sus precursores– entre “aquellas partes del Derecho Penal que tutelan primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto y en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional”¹⁶⁸. Este autor afirma asimismo que el organismo económico se ve como un bien jurídico supraindividual “institucionalizado y ordenado, dirigido y vigilado por vía de las medidas administrativas –con la cual se verifica la política económica–”; y que al “Derecho Penal económico, en sentido restrictivo, corresponde una concepción del Derecho económico como Derecho de la dirección de la economía por el Estado”¹⁶⁹.

Luego los delitos socioeconómicos, que son marca de la globalización¹⁷⁰ a gran escala, son el resultado de una criminalidad transnacional y

imposiciones económicas (pago de deudas externas siderales); b) reducción de la violencia bélica entre las potencias líderes y el fomento de conflictos en algunas de las subalternas; c) la debilitación de los estados nacionales; d) la concentración de poder planetario en corporaciones transnacionales (algunas centenas); e) producción de la desocupación estructural; f) población marginalizada que se desplaza desde la periferia al centro y entre las propias periferias; g) producción de serios riesgos de catástrofe ecológica (porque la exportación ensucia las zonas subalternas, solamente atrasa los efectos de ésta), de conflictos sociales violentos (porque al margen del sistema productivo hay amplios sectores sin perspectivas de incorporación como la acumulación originaria) o de crisis financieras (por efecto de una acumulación que en buena parte se asienta en la especulación e inflación de bienes y servicios con exclusivo resultado de las prohibiciones con las cuales se intervienen en los mercados (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y Sistema Penal en América Latina: De La Seguridad Nacional a la Urbana”. *RBCCrím*, n.º 20 [oct.-dic. 1997], pp. 18-19).

¹⁶⁸ TIEDEMANN, Klaus. “El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico”. *CPC*, n.º 28 (1986), p. 73. Posteriormente, el autor presentó como insuficiente el criterio procesal para conceptualizar el Derecho penal económico, por dificultades relativas a la prueba y por la referencia a aspectos parciales de la criminalidad económica. Pasa también por una definición de base criminológica marcada por el abuso de confianza, rompiendo una confianza institucionalizada en la economía y recordando el concepto de Sutherland de “*white collar crime*” y “*occupational crime*” para, al fin, llegar al concepto dogmático penal que se funda en el bien jurídico, donde “el Derecho Penal económico parte de aspectos supraindividuales de planificación económica y social” (TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010, pp. 55-61).

¹⁶⁹ TIEDEMANN, Klaus. “El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico”..., p. 73.

¹⁷⁰ En relación al Derecho penal y a la globalización afirma Gracia Martín: “Es posible decir que la mera teorización acerca de cualquier problema jurídico nuevo desencadena de inmediato la irresistible ‘fuerza centrípeta’ de la idea de globalización, haciendo con que ésta, después absorberlo, procesarlo e inscribirlo en su registro nos devuelva el problema como un hecho o acontecimiento que sólo podrá ser comprendido y explicado como ‘global’ o como ‘típico’ de la globalización y, por consiguiente, como un hecho que sólo podrá ser tratado con instrumentos que, independientemente de su índole (política, social, económica, jurídica), sean necesariamente ‘globales’” (GRACIA MARTÍN, Luis. “Globalização Econômica e direito penal”. *RCPABPCP*, n.º 10 [2009], p. 135). Contrariamente a que la globalización sea un fundamento de la expansión del Derecho penal: BASOCO TERRADILLOS, Juan María. “Globalización,

transfronteriza¹⁷¹ cuyos exponentes¹⁷² son el blanqueo de capitales y los delitos contra el sistema financiero, entre otros que poseen bien jurídico diverso, como el tráfico de drogas, de personas, de material bélico o nuclear, etc.

La idea de un Derecho penal como forma de reglamento jurídico de la economía no puede transmutarse en un Derecho penal artificial que, con el fin de buscar siempre la eficacia o el excesivo punitivismo, abandone la idea de bien jurídico o los principios constitucionales fundamentales. Por otro lado, a veces el Derecho penal se ha aplicado a diversos sectores a través de leyes penales específicas, llegando a sectorizarse por áreas y renunciando a concentrarse en un único texto legislativo dividido en títulos específicos y en tipos penales unificados por los bienes jurídico-penales afectados¹⁷³.

El primer tipo de la legislación es el modelo unitario, en el que existe una mayor unidad y armonización legislativa, además de coordinación, lo que facilita el conocimiento y ayuda en la interpretación. Por lo tanto, es posible obtener una aplicación uniforme y completa de los tipos penales, evitando la dispersión normativa por sectores, que admite la presencia de errores, redundancias y distorsiones¹⁷⁴. La legislación penal española adopta este modelo, y su Código Penal prevé la mayoría de los delitos socioeconómicos dentro de un texto legal único.

Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico". En *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano y Derecho Penal Económico* [Coords: Juan María Basoco Terradillos; Maria Acale Sánchez]. Trotta: Madrid, 2004, pp. 222-224. Analizando dificultades en la globalización y en el Derecho penal, en especial centrándose en la política criminal empleable, conforme a la dicotomía países ricos-países pobres: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro". *RECPC*, 04-06 (2002), pp. 18-20.

¹⁷¹ Apunta Garcia Martín que consiste en "comportamientos cuya represión penal interesa a todas las naciones y que constituyen delitos en todos los Derechos nacionales, pero en relación a los cuales es difícil una represión efectiva por parte de los Estados cuando éstos actúan de modo aislado, porque tales comportamientos ultrapasan sus fronteras y sus efectos lesivos se extienden a todos o a varios Estados" (GRACIA MARTÍN, Luis. "Globalização Econômica e direito penal"..., p. 155).

¹⁷² La transnacionalidad del crimen se funda en variantes que van desde el desarrollo acelerado, el aumento global de la población con elevación de la pobreza, globalización de los negocios financieros, internacionalización de corporaciones financieras, disminución de la soberanía de los Estados en función de asociaciones regionales, desigualdades en el crecimiento económico-social, aumento de la corrupción y dificultades de lucha contra el crimen por parte de los países, hasta el desarrollo de riqueza de origen criminal por la práctica de delitos, entre otros (MORAES ROCHA, João Luís. "Crime Transnacional". *RPCP*, ano 13, n.º 1 [ene.-mar. 2003], pp. 94-95).

¹⁷³ Sobre los modelos de legislación penal, véase en detalle PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005, pp. 85 y ss.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 88.

Por su parte, el otro modelo del 'estilo mosaico' se guía por la creación de leyes específicas para abordar la cuestión en la medida en que el problema se hace presente, ofreciendo en efecto posibilidades de servicio más actualizadas; pero se guía por la hipermetropía legislativa¹⁷⁵, presentando lagunas, incoherencias y falta de sistematización¹⁷⁶, así como la cuestión de la utilización política excesiva del Derecho penal¹⁷⁷ para el tratamiento jurídico del orden económico.

El sistema de codificación es más eficaz que el método de 'mosaico', cuyos contratiempos son mayores que sus virtudes, pues la actualización que ofrece no compensa la pérdida de la simetría en el sentido de sus preceptos ni de la armonización del cuerpo legislativo penal. Pero la codificación no sería posible en el Brasil, teniendo en cuenta que el poder legislativo no adopta una posición simétrica al encarar el Derecho penal económico, porque a veces se crean nuevos tipos en el Código Penal y otras se hacen leyes extravagantes, independientes del sistema del Código Penal. Por el contrario, en delitos económicos la legislación española siempre ha primado la concentración de los tipos penales en un documento único que sirva de regla general, de modo que los delitos de blanqueo de capitales siempre se han descrito en su Código Penal, aunque con algunas distorsiones en cuanto al bien jurídico tutelado o a la construcción, salvo mejor juicio, equivocada del tipo penal.

En la historia brasileña la criminalización de la conducta ofensiva al orden económico es un fenómeno reciente, excepto en el caso de los delitos contra la economía, que se remonta a 1951. Otras leyes en cuestión salieron a la luz recientemente en forma de leyes especiales, como las leyes sobre delitos contra el sistema financiero (7492/86), contra las relaciones de consumo (Ley 8078/90), el sistema tributario y económico (Ley 8137/90), delitos contra la competencia (Ley 8884/94), el blanqueo de capitales (Ley 9.613/98) y los delitos contra la confidencialidad de las transacciones financieras (Ley Complementar 105/01).

¹⁷⁵ LUISI, Luiz. *Os Principios Constitucionais Penais*. 2 ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003, p. 42.

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...*, p. 89.

¹⁷⁷ Vid. en ese sentido: PALAZZO, Francesco. "Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal". En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Universidad de Castilla-La Mancha: Salamanca, 2001, pp. 433-434.

Además, se hicieron algunos cambios en el Código Penal, que añadió tipos penales con elementos similares, como los delitos contra el sistema jubilatorio (artículos 168-A y 337-A Código Penal) y contra la hacienda pública (artículos 359-A a 359-H Código Penal).

En las legislaciones que son objeto de este trabajo fue adoptado un sistema de 'mosaico', frente al modelo español del modelo de la codificación. En esa línea, la Ley 9.613/98 fue promulgada con el objetivo de proporcionar un reglamento jurídico en el marco socioeconómico, protegiéndolo de los daños que el blanqueo de capitales provocaba al país. Inicialmente esa fue una decisión correcta, dada la ausencia en esa época de un anteproyecto de reforma del Código Penal que unificase los tipos penales bajo el mismo título en diversos capítulos. No obstante, Brasil también sigue la codificación, puesto que se discutió la alteración del Código Penal y se insertó en el artículo 371 el delito de blanqueo de capitales¹⁷⁸, dentro de los delitos contra el orden económico-financiero.

En cualquier caso, la ausencia de una ley para combatir el blanqueo de capitales en Brasil no era oportuna, pues, como se verá, el orden socioeconómico es un área sensible a cualquier tipo de evento que altere los parámetros de equilibrio; por lo tanto Brasil ha hecho bien al elaborar la ley, quedando ahora perfeccionarla para ponerla en simetría con los sistemas mundiales de combate del fenómeno del reciclaje de capitales.

¹⁷⁸ El artículo 371 del anteproyecto del Código Penal prevé que configura el delito de blanqueo de capitales las conductas de: "Ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movilización o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, del crimen. Pena – Prisión, de tres a dieciocho años. § 1.º Incurrir en la misma pena quien, para ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de crimen: I – Los convierte en activos lícitos; II – Los adquiere, recibe, cambia, negocia, dona o recibe en garantía, guarda, tiene en depósito, mueve o transfiere; III – Importa o exporta bienes con valores no correspondientes a los verdaderos. § 2.º Incurrir, aún, en la misma pena quien: I – Utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores que sabe o debería saber que son provenientes del crimen; II - Participa de grupo, asociación u oficina teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria es dirigida a la práctica de crímenes previstos en este artículo. § 3.º El intento es castigado en los términos de este Código. § 4.º La pena será aumentada de uno a dos tercios si los crímenes definidos en este artículo son cometidos de forma reiterada o por intermedio de organización criminal. § 5.º Si el agente efectuara transacciones u operaciones con el fin de evitar la comunicación obligatoria de transacción realizada por encima del límite fijado por la autoridad competente, de que trata la ley especial, la pena es de prisión, de dos a seis años, si el hecho no constituye crimen más grave". (Disponible en internet en: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Fecha de acceso: 05/02/2014).

2. CONCEPTO, FASES Y PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DEL BLANQUEO DE CAPITALS

Aunque el delito de blanqueo de capitales, conforme a su apariencia actual, es una novedad dentro del sistema jurídico-penal, volviendo nuestra vista atrás, podremos comprobar resquicios de su presencia a lo largo de la historia.

En efecto, el blanqueo de dinero, que es una actividad muy atractiva dada la rentabilidad que ofrece para el crecimiento de sectores de actividad ilícita, era ya una práctica muy difundida en la Edad Media¹⁷⁹ y, durante la Edad Moderna, en la época en que floreció la piratería¹⁸⁰, aunque se incremento se asocia a la presencia del crimen organizado en Europa y en los Estados Unidos, momento en que el delito ganó notoriedad¹⁸¹.

¹⁷⁹ Baltazar Júnior dice: “El fenómeno del blanqueo de dinero no es nuevo, hay referencias de que ya en la Edad Media, época en que la usura más allá del delito era un pecado, ya se disimulaba el origen de tales valores.” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “Aspectos gerais sobre o delito de lavagem de dinheiro”. En *Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. [Orgs. José Paulo Baltazar Júnior y Sérgio Fernando Moro]. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 16).

¹⁸⁰ Estamos de acuerdo con la opinión de que la actividad de la piratería representó un gran paso en la historia del delito, por implicaba varias actividades cuyas fuentes ilícitas necesitaban limpiar su procedencia. Como señala Batlouni, “la piratería era una propuesta cara. El precio era alto para mantener un navío pirata, puesto que muchas cosas se obtenían a través de la hostilidad asumida. Una vez admitida la piratería, la tripulación necesitaba ser alimentada y pagada, el navío tenía que ser mantenido, las armas debían ser estocadas con pólvora y munición. Muchas cosas eran obtenidas a través de los robos, pero muchas otras a través de los puertos amigos. En verdad, mantenían un esquema de blanqueo de dinero al estilo de lo que se observa en los días actuales. Ellos daban –entregaban o ‘colocaban’ (*placement*)– el lote y las mercaderías (oro, monedas españolas, piezas costosas de oro y plata) para mercaderes americanos de reputación que las cambiaban por importes menores o monedas más caras. Las cargas de los navíos capturados eran muy demandadas por los mercaderes americanos. No había real necesidad de acomodación (*layering*), ya que los piratas operaban abiertamente y las mercaderías eran fácilmente trocadas. La integración (*integration*) de los fondos lavados era notable solamente cuando el pirata resolvía jubilarse, y todos lo hacían en la entonces alegre y vieja Inglaterra. Allí, indicando la gama de valores acumulados, por la falta de documentación, un pirata jubilado podía tranquilamente traer consigo una verdadera fortuna ganada aparentemente en las colonias, bajo la apariencia de negocios lícitos.” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. Atlas: São Paulo, 2013, p. 5). En idéntico sentido: NASCIMENTO COELHO, Bruno. “O crime de ‘lavagem de dinheiro’”. *Universitas/Jus*, n.º 11 (2004), p. 142.

¹⁸¹ Maia explica que, a raíz de la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos, se produjo un intenso proceso de ingreso ilegal de bebidas, burlando la *Harrison Narcotic Act* de 17 de diciembre de 1914, lo cual propició el incremento de la concentración de capitales derivados de este negocio ilícito. Estos debían ser reinsertados de algún modo en la economía, libres de las marcas de ilegalidad que los contaminaban, desencadenándose el correspondiente proceso de lavado de dinero, que llevó a los Estados Unidos a ser el primer país que criminalizó el reciclaje de capitales de origen ilícito como delito. [MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*. *Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98*. Malheiros: São Paulo, 1998, pp. 26 y ss.]. En el mismo sentido, Fernandes Godinho

Respecto al delito de blanqueo se han alzado varios debates, siendo el primero el exacto *nomen iuris* del tipo penal, porque hay una división en la doctrina sobre cuál sería el nombre idóneo. Y es que el delito en cuestión ofrece una intensa red de complejidad, una serie de etapas que culminan en la eliminación de las marcas de los ingresos derivados de la infracción penal anterior –cuestión que se abordará adecuadamente a continuación.

Pero, volviendo a la denominación, comprobamos que la doctrina se refiere al delito en discusión con los nombres de lavado de dinero¹⁸², o bien

explica: “En los EE.UU. de los años 30, varios *gangsters* usaban lavanderías (de ropa) para legitimar las ganancias de sus actividades delictivas, ya que las tintorerías operaban básicamente en efectivo. El término se divulgó más en 1972 en el contexto del escándalo sobre la financiación de la campaña de Richard Nixon.” (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais*. Almedina: Coimbra, 2001, pp. 26-27). En apoyo de los alineamientos históricos americanos, véase: SADDI, Jairo. “Lavagem de Dinheiro no direito comparado: A experiência americana”. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, n.º 117 (ene.-mar. 2000), pp. 118 y ss.; LOTBINIÈRE MC DOUGALL, Andrew de. “International arbitration and Money laundering”. *AUILP*, vol. 20 (2005), p. 1025.

¹⁸² Pitombo dice: “El legislador patrio prefiere el *nomen iuris* ‘delitos de lavado u ocultación de bienes, derechos y valores’ (Ley 9613/98), justificando el preferido por dos razones. Primero, el ‘Lavado de dinero’ estaría ‘consagrado en el glosario de las actividades financieras y en el lenguaje popular, como consecuencia de su empleo internacional (*Money laundering*)’. Después, ‘blanqueo’ sugiere una ‘connotación racista del vocablo, dando lugar a discusiones sin sentido y molestas. La opción para empezar por el término ‘lavado’ parece correcto, ya que está incorporado en el idioma portugués, hablado y escrito en Brasil. Palabra de origen francés, que se utiliza en la explotación de oro, llegó a ser usado como sinónimo de ‘desmantelamiento’. Ahora, el sentido corriente se conecta a la acción o efecto de lavar, de limpiar. En el mismo significado antiguo, ‘blanqueo’ significa acto o efecto de blanquear, hacerlo blanco y también limpiar. Pero es poco usado, motivo suficiente para abandonar la designación lusitana de ‘blanqueo de capitales’. Se adoptó entre los términos jurídicos de derecho comparado la que mejor se adapta a las convenciones brasileñas de lenguaje y al vocabulario del mercado financiero. Téngase en cuenta que los informes de prensa, al tiempo del proyecto de Ley, ya se referían a los delitos penales propuestos con esa expresión.” (ALTIERE MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do delito antecedente*. RT: São Paulo, 2003, pp. 33-35). En la misma línea de pensamiento, pero sin declinar extensa fundamentación: MOUGENOT BONFIM, Edilson; y MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro*. Malheiros: São Paulo, 2005, pp. 57; SILVA, Cesar Antônio. *Lavagem de Dinheiro: Uma Nova Perspectiva Penal*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, pp. 33 y ss.; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 5 y ss.

blanqueo o reciclaje de capitales¹⁸³ o bienes¹⁸⁴. Los términos “reciclaje”, “lavado” o “blanqueo”, típicos del Derecho penal europeo –notoriamente en Italia, España, Alemania, Portugal y Francia– son perfectamente adaptables al contenido del delito, sin importar el posible defecto de precisión semántica, pues se trata de conceptualizar la conducta que elimina rasgos de ilegalidad de los activos, provocando su reinserción en el mercado. No obstante, y por su lado, no se puede decir lo mismo del término “dinero”, fácil de comprender por la sociedad, pero que evidentemente no es el único bien que puede provocar una situación de lavado, pudiendo suscitar en la sociedad la falsa idea de que solamente el dinero estaría capacitado para conducir el reciclaje, obviando los activos, derechos y valores. Por lo tanto, se entiende que el término que mejor identifica el delito sería “capitales”¹⁸⁵ o “activos”¹⁸⁶, ya que ambos son amplios e incluyen

¹⁸³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Barcelona. 2000, pp. 20 y ss.; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 5 ed. RT: São Paulo, 2013, pp. 363 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98...*, pp. 56-57; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. 5 ed. RT: São Paulo, 2013, pp. 47 y ss.; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Cedecs: Barcelona, 1996, p. 18. Para cerrar los posicionamientos tenemos a Bajo Fernández, que afirma categóricamente: “La expresión ‘blanqueo de dinero’ evidentemente no es una expresión técnica.” (BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Aspectos penales del blanqueo de dinero*, p. 1 [Disponible en: www.miguelbajo.com. Fecha de consulta: 29/09/2007]). En sentido opuesto, incidiendo en la ambigüedad que la propia Ley 9613/98 consagra en el Capítulo I (“De los Delitos de ‘Blanqueo’ u Ocultación de Bienes, Derechos y Valores”), la Exposición de Motivos de la legislación de regencia en el ítem 13: “La expresión ‘Blanqueo de capitales’ ya está consagrada en el glosario de las actividades financieras y en el lenguaje popular, a raíz de su empleo internacional (*money laundering*). Por otro lado, según el Ministro de Justicia tuvo oportunidad de sustentar en reunión con sus compañeros de habla portuguesa en Maputo (Mozambique), la denominación de ‘blanqueo’, además de no estar inserta en el contexto del lenguaje formal o coloquial en nuestro país, sugiere una connotación racista del vocablo, dando lugar a discusiones sin sentido y molestas.” Con riqueza de detalles sobre el término correcto a emplearse, concluyendo que debe ser “blanqueo de bienes”, cfr. FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais...*, pp. 26-30).

¹⁸⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1997, p. 31.

¹⁸⁵ Barros sintetiza la cuestión al exponer: “Pese a que se haya popularizado la expresión ‘blanqueo’ de dinero, lo cierto es que nuestra legislación no se limita solamente a tipificar acciones de ‘blanqueo’ de moneda, sino que también incluye en la misma cesta represiva el combate contra la ocultación de bienes, derechos y valores. Además, la ley no menciona expresamente el término ‘dinero’, pero este se incluye, sin duda, como especie en el contexto de la ocultación del género bienes” (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 92).

¹⁸⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98...*, p. 57; AGOSTINHO BARRETO ASCARI, Janice. “Algumas notas sobre a lavagem de ativos”. *RBCcrim*, n.º 45, ano 11 (oct.-dic. 2003), pp. 215-223), p.216.

todos los objetos materiales del delito, sin dejar lugar a una interpretación que desfigure el delito, incluso porque el dinero no está dentro del tipo penal incriminatorio.

En primer lugar, el blanqueo¹⁸⁷ de capitales no puede ser conceptualizado exclusivamente desde la premisa de eliminación de los rastros de ilegalidad (colocación), haciendo caso omiso de las etapas anteriores del delito¹⁸⁸ que marcaban algunos de los activos. Tal concepción equivaldría a ignorar que el delito es complejo¹⁸⁹ y permitiría que se confunda el delito de favorecimiento real o personal con el de receptación, causando la pérdida de su función dentro del ordenamiento jurídico. Además, ya que es un delito socioeconómico, la ofensiva contra el mismo ha de basarse en la “incorporación de los capitales ilegales obtenidos en los círculos económicos legales”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Bajo Fernández afirma que “en la jerga de negocio y financiera se entiende por dinero negro aquél que carece de posibilidad de controlarse por las haciendas públicas, y por lo tanto, se somete al deber de contribución de los gastos públicos, impuesto por el sistema fiscal de un determinado país. Haciendo una analogía con la geografía diríamos que el dinero negro equivale a las aguas subterráneas que no son conocidas y ni pueden ser utilizadas por el hombre, mientras que, por lo contrario, el dinero blanco sería equivalente a las aguas superficiales que pueden ser utilizadas por el hombre para provecho colectivo. La operación de blanqueamiento de dinero negro equivaldría a aquella operación porque el agua subterránea desconocida y sin control, pasa a correr por la superficie para control y uso” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Aspectos penales del blanqueo de dinero...*, p. 2).

¹⁸⁸ Prado presenta una conceptualización que aplaca todas las fases del delito de blanqueo de capitales al comentar que configuran actos de blanqueo de capitales “la conversión o la transferencia de bienes de origen ilícito efectuados con conocimiento en el sentido de disimular su origen o de auxiliar toda persona involucrada en la práctica de la infracción principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (introducción, ubicación); la disimulación de la naturaleza del origen, de la ubicación, de la disposición, del movimiento o de la propiedad real de bienes y de derechos relacionados, cuyo autor sabe que provienen de crimen (integración, inversión)” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 368-369). De modo similar, Corcoy Bidasolo señala que “el blanqueo consiste en introducir en el sistema financiero cualesquiera bienes que tengan su origen en un hecho delictivo, con la finalidad de legitimar esos bienes: reconversión de bien de origen delictivo” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales”. *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8 [2012], p. 65).

¹⁸⁹ Prado explica que el blanqueo de capitales puede clasificarse como elemental (necesidad de liquidez y poco volumen financiero), elaborado (reinversión del dinero ilícito en actividades lícitas) y sofisticado (movilización de gran aporte financiero en corta escala de tiempo) (PRADO, Luiz Regis. “Delito de Lavagem de capitais: um estudo introdutório”. En *Direito Penal Contemporâneo*. [Coord Luiz Regis Prado]. RT: São Paulo, 2007, p. 246). Otro criterio clasificatorio amparado en el texto legal lo defiende Barros al apuntar que el blanqueo del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9613/98 es directo o primario, mientras que el del párrafo primero es secundario o paralelo (BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas...*, p. 161).

¹⁹⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 35-36. En el sentido de la no completitud del concepto, tenemos las lecciones de Cervini, Gomes y Terra de Oliveira, que hablan de “mecanismos dirigidos a disfrazar fondos ilícitos derivados de una actividad ilícita”

El reciclaje de capitales implica el uso de todos los mecanismos que tienden a eliminar las marcas de ilegalidad originarias de una infracción penal anterior, las cuales contaminan cierta cantidad de activos con el fin de permitir que estén ocultos, blanqueados, y puedan ser reempleados en la economía¹⁹¹ de forma legal, libres de las huellas de ilegalidad que los marcaban, simulando de ese modo una licitud bajo falsa apariencia de legitimidad¹⁹². En palabras de Berdugo y Fabián, el delito de blanqueo de capitales es “un proceso a lo largo del cual se distancian progresivamente unos activos de su origen delictivo con objeto de dotarlos de un aspecto lícito, *iter* a lo largo del cual esos bienes pueden experimentar cambios sucesivos”¹⁹³.

(CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais*. RT: São Paulo, 1998, p. 29).

¹⁹¹ En ese punto Mougénot Bonfim y Monassi Mougénot Bonfim yerran al utilizar, en su conceptualización de blanqueo, la locución “introducir en la economía o sistema financiero”, puesto que la economía conlleva el sistema financiero, siendo este parte integrante de la cadena económica, o dicho de otro modo, al no erigirse la economía y el sistema financiero como categorías autónomas y diferenciadas. Además, agravan dicha contradicción cuando, más adelante, explican: “la finalidad de ese proceso no es solamente ocultar o disimular el origen delictivo de los bienes, derechos o valores, sino conseguir asimismo que, ya lavados, puedan utilizarse en la economía legal” (MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 26 y 29).

¹⁹² BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 21; SILVA, Cesar Antônio. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, pp. 33 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98...*, pp. 45-46; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o delito de lavagem de dinheiro...*, p. 21. En España, cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español...*, p. 21; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 92.

¹⁹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español”. *RBCcrim*, año 18, n.º 87 (nov.-dic. 2010), pp. 69-70. En sentido similar, Del Carpio Delgado dice que blanqueo de capitales es “todo este proceso a través del cual se pretende ocultar el origen delictivo de los bienes para poder incorporarlos a la circulación o tráfico económico” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 24). Entre las conceptualizaciones vale también recordar la de Blanco Cordero, quien destaca que el “blanqueo de capitales” es un proceso dirimido en fases, no un hecho puntual que promueve instantáneamente la alteración de la naturaleza de los bienes de origen ilícito en lícito; por el contrario, consiste en una secuencia de conductas realizadas progresivamente con el fin de alcanzar el resultado de blanqueamiento. La ocultación es la primera de ellas; sin embargo, la esencia del delito de ocultación puede consistir en ocultar el origen ilícito de los bienes, de los bienes que tienen origen delictivo, de los bienes y de su origen, del propietario de los bienes de origen delictivo y tanto del origen como de la propiedad de los bienes, confiriendo una apariencia final de legitimidad de los bienes blanqueados. Finalmente, lo conceptúa como “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 88-92). Rechazamos el concepto formulado por Magro Servet, donde blanqueo de capitales es “el proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante el ejercicio de algunas actividades ilegales o criminales...” (SERVET MAGRO, Vicente. *Delitos socioeconómicos*. El Derecho: Madrid. 2010, p.363) porque la conceptualización incluye

El delito de blanqueo de capitales comprende una complejidad de intereses cuya evolución se entrelaza con el avance tecnológico, pues para el reciclaje es fundamental la existencia de medios tecnológicos eficaces que permitan una rápida legalidad a los activos y promuevan su inclusión en la economía lícita, eliminándolos de la marginalidad económica, algo compatible con la llamada actual “sociedad del riesgo”¹⁹⁴.

Pérez Alonso señala que la sociedad de riesgo está caracterizada por tres aspectos que son: “...la existencia de nuevos riesgos generalizados, de grandes dimensiones y potencialmente lesivos, capaces de amenazar y alcanzar a amplios colectivos, que son generados artificialmente por el hombre como una consecuencia accesoria y negativa del desarrollo científico y tecnológico y del sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Son riesgos potenciales pero desconocidos e imprevisibles o, al menos, con un alto grado de incertidumbre, difíciles de controlar e, incluso, de prever con anticipación”; el siguiente es “...una complejidad organizativa en las relaciones de responsabilidad debido a la interacción e interrelación de distintos procesos, cursos causales, de personas individuales y colectivas, etc. La complejidad de estos procesos, junto al desconocimiento del riesgo, a las dificultades de prueba y determinación del dominio del riesgo, hace incluso que se hable de una ‘irresponsabilidad organizada’”; y, finalmente, “...la sociedad se ha institucionalizado una inseguridad objetiva, al tiempo en que se ha difundido una sensación de inseguridad subjetiva que, aunque no se corresponde con la magnitud real del riesgo, demanda mayores cotas de seguridad para aplacar los temores frente a lo nuevo y desconocido”. Por tales motivos, “la sociedad del riesgo exige un papel más activo del Estado en la evaluación y gestión de los nuevos riesgos, así como en la provisión de seguridad propia del Estado de bienestar”¹⁹⁵.

objeto que posibilita mayor amplitud al delito de blanqueo de capitales al incluir actividades ilícitas, lo que puede dar lugar a otras actividades que, aún que no sean delitos, sean ilícitas.

¹⁹⁴ La “sociedad del riesgo” es un concepto acuñado en 1986 por el sociólogo alemán Ulrich Beck, el cual reflexionó sobre la posmodernidad y sus reflejos en la sociedad, y sobre cómo el hombre actual debe asumir riesgos sociales, políticos y económicos que escapan del control y la protección de las instituciones, y las implicaciones que conlleva para el orden social.

¹⁹⁵ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. "Expansión, Riesgo y Principio de Precaución en el Derecho Penal". En: Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Coord: Esteban Juan Pérez Alonso. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2012. p.397 y 398.

Esta aparece como resultado del desarrollo del modelo económico iniciado en la Revolución Industrial, que organiza la producción de bienes y servicios conforme a un Estado liberal que se destaca por la libertad de competencia y por la rapidez en el progreso tecnológico, sustituyendo continuamente los métodos de producción y acelerando la cadena económica¹⁹⁶. La libertad en la conquista de espacio en el mercado demanda la busca de nuevas formas de generación de energía, una creación científica y tecnológica constante y masiva, la gestión de entradas y salidas, una exaltación de las relaciones de consumo y de los instrumentos que se suministran a tales elementos¹⁹⁷.

La sociedad del riesgo, de hecho, constituye un simple cambio de paradigma en el movimiento social. La vida, como relación sucesiva entre las personas, siempre ha estado marcada por los peligros, que antiguamente se representaban por el fanatismo religioso, por el despotismo concentrado en un monarca, por los monopolios formados por empresas comerciales. Así es que

¹⁹⁶ Silveira conceptúa la sociedad de riesgo evaluando sus aspectos principales, a saber, crecimiento económico, científico, expansión de mercado e inversiones en tecnología: “La producción social de gran parte de la riqueza viene indistintamente acompañada por una igual producción de riesgos. En la medida en que se alcanzan cada vez mayores niveles de fuerzas productivas humanas y tecnológicas, acaban por crearse muchos riesgos hasta entonces desconocidos. Con ese nuevo surgimiento, los conflictos sobre la distribución de los males modernos tienden, no raramente, a suplantarse los conflictos sobre la distribución de los bienes (v.g., renta, trabajo y seguridad social), que constituyen el conflicto básico de la sociedad industrial. Las nuevas tecnologías, sin igual en la historia, con su fantástico desarrollo en las diversas áreas del saber humano, crean nuevas situaciones. Todo ese nuevo estado de cosas, sintéticamente, se constituye en esa nombrada sociedad de riesgos” (MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. *Direito Penal Econômico e Sociedade de Risco*. RT: São Paulo, 2006, p. 33).

¹⁹⁷ Respecto al impacto de las nuevas tecnologías vinculado al cambio del paradigma económico, Bottini dice con razón: “La producción, las fuentes de energía, el consumo de productos no conllevaban tecnologías complejas y no interferían en la construcción de las expectativas de la vida en común. Los riesgos del pasado se caracterizaban por la individualización, por la religiosidad, por la concreción y por la facilidad de medición o previsión. Luego no es la existencia del riesgo lo que caracteriza a la sociedad actual, aunque sí la nueva dimensión de este riesgo. La sociedad del riesgo es fruto del desarrollo del modelo económico que surge en la revolución industrial, que organiza la producción de bienes por medio de un sistema de libre competencia de mercado. Este modelo económico exige de los agentes productores la búsqueda de innovaciones tecnológicas que permitan la producción y la distribución de insumos a gran escala, bajo pena de perecimiento por obsolescencia. La producción artesanal es sustituida por la producción industrial, que afecta a un número mayor de consumidores y presenta costos más bajos, por medio de la agregación de técnicas innovadoras. La perseverancia en la innovación comporta la aceleración del descubrimiento de nuevas tecnologías que, a su vez, resultan de la financiación de la investigación destinada a tales fines. Este fenómeno crea una dinámica peculiar, pues la intensidad del progreso de la ciencia no es acompañada por el análisis, por parte de esta misma ciencia, de los efectos resultantes de la utilización de estas nuevas tecnologías...” (BOTTINI CRUZ, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Prevenção na Sociedade de Risco*. RT: São Paulo, 2007, p. 33).

siempre la sociedad ha tenido riesgos; de modo que, según los teóricos, estamos tan solo asistiendo a una reorientación de los cánones del riesgo específico.

Volviendo a la cuestión del blanqueo de capitales, vemos que la desconexión del origen ilícito se promueve a través de una serie de actos que desembocan en el blanqueo de capitales, aportando su trabajo ya listo para entrar en la economía legal. Desde su oscuro origen, tres son las fases por las que pasan estos activos, según un modelo desarrollado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI): colocación (*placement*), ocultación (*layering*) e integración (*integration* o *recycling*). No hay acuerdo¹⁹⁸, sin embargo, en cuanto a los límites exactos de cada una de ellas, como explicaremos.

La colocación es la etapa inicial del lavado de los activos, y se lleva a cabo, una vez superada su posible incautación, con la introducción en la economía de grandes sumas de dinero o bienes, aunque en cantidades individualmente pequeñas. Este es el momento de su transformación inicial,

¹⁹⁸ Por todos que adoptan esa clasificación: MOLINA MANSILLA, Maria del Carmen. *El delito de blanqueo de capitales*. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 41, vol. 4. (2007), p.89 e ss. Debemos aclarar, no obstante, que existen todavía en sede doctrinal otros modelos para el encuadramiento del blanqueo de dinero, como explica Aránguez Sánchez. El modelo propuesto por André Zünd analiza el fenómeno bajo el fundamento del curso de las aguas, dividiéndolo en fases complicadas, complejas y hasta excesivamente románticas, diciendo que el proceso abarca precipitación (producción de dinero que viene de la actividad ilícita), filtración (inicial filtraje de los fondos que pasan por la primera mutación), ríos subterráneos (el capital fluye gracias a los contactos de las organizaciones criminales y pasan a transformarse secuencialmente en otros bienes), lagos subterráneos (etapa preparatoria para transferencia al extranjero a través de una tercera empresa especializada), nueva acumulación en lagos (nueva modificación de los bienes en el extranjero), estaciones de bombeo (introducción del dinero en la economía legal por medio de cuentas bancarias o compra de activos financieros opacos), instalación de un depurador (el testaferro, como hombre de paja), utilización de estos recursos (reagrupamiento de los fondos dispersos y selección de inversiones legales de medio y corto plazo), evaporación (reintegración del capital al país de origen) y nueva precipitación (los capitales bajo el manto de la legalidad son nuevamente insertados en la mantenido de la organización criminal). El modelo norteamericano del Departamento del Tesoro Americano es otro molde que apunta que el reciclaje se inicia con la producción de riqueza por múltiples ilícitos penales que son introducidos en la economía legal y son reagrupados y reinvertidos en actividades ilegales o activos legales. Ackermann propone otro sistema, de matriz teleológica, y divide el lavado en sus objetivos, que pasan a ser principales (asegurar su gozo a través de la ocultación física de los bienes), secundarios (la confusión de los bienes en su origen mezclando legales e ilegales) y complementarios (impedir la condenación de los autores del delito antecesor). Bernasconi divide el blanqueamiento en dos fases, a saber, el blanqueamiento de primer grado (*laundering*), que vigila la desaparición de los indicios que coligan los bienes a su origen excusa; y el blanqueamiento de segundo grado (*recycling*), que cuida de las operaciones a medio o largo plazo con el fin de reintroducir el producto de los delitos precedentes en la economía legal (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 37-42).

restándole visibilidad¹⁹⁹ y confiriéndole mayores posibilidades de manejo, sin despertar la atención de las autoridades de supervisión²⁰⁰ de los sectores económicos. El objetivo es eliminar el origen ilícito de los fondos del agente que los recibió, darles una apariencia de legalidad y ocultar su propietario; es decir, “la colocación de las grandes cantidades de dinero en metálico a través de diversos mecanismos, como por ejemplo mediante establecimientos financieros (tradicionales o no tradicionales), recurriendo a la economía al pormenor o trasladándolo al extranjero”²⁰¹. La herramienta común a esta fase es la introducción de esas cantidades en las instituciones financieras, como los bancos, a través de transacciones fraccionarias de activos –ya sea como *structuring* (ingreso de grandes sumas para transferir a otras cuentas) o como *smurfing* o ‘pitufeo’²⁰² (numerosos depósitos de pequeñas cantidades sin obligación de ser declarados)–, bolsas de valores, comercialización de joyas y obras de arte, o bien a través de casas de cambio de monedas y paraísos fiscales para transferencias electrónicas de activos con supervisión mitigada.

La segunda etapa del procedimiento de blanqueo de capitales es la ocultación, el encubrimiento o la disimulación. Su propósito es ocultar el origen oscuro de los capitales a través de superposiciones sucesivas y de complejas transacciones económicas o negocios jurídicos que culminan en la disolución de los activos. Consiste, así pues, en “dificultar la reconstrucción de papel (*paper trail*) y el camino recorrido por los valores”²⁰³ a través de la multiplicidad de sujetos –reales o ficticios– involucrados en la relación, con la correspondiente

¹⁹⁹ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 83 y 320.

²⁰⁰ Mendroni, con razón, señala que: “Los criminosos normalmente reciben el dinero sucio en efectivo (cash), lo que dificulta el registro de su origen. Sin embargo, en la sociedad actual también son muy utilizadas formas de pago a través de cheques, tarjetas de crédito u otros títulos de crédito, especialmente para la transferencia o pagos de grandes cuantías. Además de esto, la transferencia de grandes cuantías, registradas, puede generar la sospecha de las autoridades incumbidas de fiscalizar sus remesas. La colocación es el estadio primario del blanqueo, por así decir, y por lo tanto más vulnerable a su detección” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...* p.110).

²⁰¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 64.

²⁰² Quirk explica que el *smurfing* consiste “en la utilización de múltiples operaciones de depósito en dinero en cuantías menores que las establecidas en la reglamentación como operaciones sospechosas” (QUIRK, Peter. “Money laundering: Muddying the macroeconomy”. *Finance & Development*, vol. 34 (1), mar. 1997, p. 2).

²⁰³ AGOSTINHO BARRETO ASCARI, Janice. “Algumas notas sobre a lavagem de ativos”..., p. 216.

oscilación de las variantes de las relaciones financieras y aprovechándose de la complejidad y variabilidad de los sistemas legales y tecnológicos inherentes a cada operación. Este conjunto de procedimientos y estrategias forman un escudo o capa²⁰⁴ que impide la aprehensión del exacto origen de los bienes. En esta etapa los procedimientos más comunes para encubrir los activos son la inversión en bolsas de valores, transferencias electrónicas (*wire financial transfers*), falsificaciones que afectan a negocios jurídicos, fraudes en las transacciones legales que involucran tarjetas de crédito, quiebras fraudulentas, sobrefacturación de exportaciones, cuentas fantasmas y otros²⁰⁵.

La etapa final del proceso de lavado es la integración, que es “la reintroducción del dinero reciclado o lavado en la economía legal”²⁰⁶ a través de la adquisición de activos o inversiones en negocios jurídicos lícitos, fusionándose la cantidad de capital ilícita en el capital legalmente obtenido. Se consigue así la legitimación de los activos, que a partir de entonces serán considerados legales tras haber sido adecuadamente alejados de la economía oscura e ilegal, generalmente a través de *commingling* (mezcla). El capital se reutiliza de forma directa en el sistema económico a través de transacciones en el mercado financiero o de la realización de negocios jurídicos con el manto de la legalidad, pero nada impide que los activos se inviertan de nuevo en actividades ilícitas.

²⁰⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 66; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 40; KAPLAN, Marcos. "Economía criminal y lavado de dinero". *BMDC*, p. 217/241, año XXIX, nº 85, ene/abr, 1996, pp. 227 y ss. En la doctrina brasileña: ASCARI, Janice Agostinho Barreto. *Algumas notas sobre a lavagem de ativos...*, p. 216; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de Dinheiro: A tipicidade do crime antecedente...*, p. 37; RISSI MACEDO, Carlos Márcio. *Lavagem de Dinheiro – Análise crítica das Leis 9613/98 e 10701/03*. Juruá: Curitiba, 2006, pp. 38-39; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* pp. 100 y 321; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p. 368; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 111-112.

²⁰⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 40; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 66 y ss.; ASCARI, Janice Agostinho Barreto. *Algumas notas sobre a lavagem de ativos...*, p. 216; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 112.

²⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 368. Prieto del Pino, García Magna y Martín Pardo denominan esa fase como *blanqueo stricto sensu*, o sea, “cuando realmente se consiga ocultar el origen ilícito de los fondos, produciéndose así una integración en el sistema económico lícito con apariencia de licitud” (PRIETO DEL PINO, Ana María; GARCÍA MAGNA, Deborah Isabel; MARTÍN PRADO, Antonio. “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”. *Revista In Dret* 3/2010 (jul. 2010), p. 12).

Una vez expresadas estas consideraciones sobre las fases en los procedimientos de blanqueo de activos, hemos de volver a recordar que no existe unanimidad en la doctrina sobre la cuestión.

Prieto del Pino, Garcia Magna e Martín Prado señalan que las tipologías de introducción de bienes de la economía ilícita en el tráfico de capitales lícitos se basa en dos criterios: el criterio material o sustantivo (contenido de la conducta) y el criterio de ubicación (mantiene relación con el lugar en que se realiza el procedimiento, o sea, dentro o fuera del sistema económico lícito). Ellos mismos establecen cómo los autores clasifican los tipos de blanqueo de capitales conforme a tales criterios, según aquel en que entienden que se encuadren; de modo que, combinados, los criterios generan cuatro categorías, a saber, ubicación, transformación y blanqueo referentes a las formas de inserción de los fondos en el sistema económico lícito, y la cuarta categoría, denominada periférica, que abarca los actos consistentes en transportar, almacenar o transformar el producto del delito fuera del tráfico lícito, actos que no implican su introducción en el sistema económico lícito y que pueden integrarse en una de las otras categorías²⁰⁷.

Ascari diverge de esta triple clasificación, cuando matiza: “Una etapa posterior a estas tres fases, que se pueden llamar de reciclaje o *recycling*, consiste en la adopción de los procedimientos permanentes para ‘limpiar’ las pistas después de la conversión de activos de origen ilícito en bienes, a esta altura ‘lavados’²⁰⁸. La autonomía de esta fase no se justifica, porque la integración la abarca necesariamente, ya que, como se busca reingresar los bienes blanqueados a la economía, se considera necesaria la disociación de su origen ilícito, y con la inserción ya se legitiman en apariencia las entradas de capital y se eliminan los factores que demuestran el origen de los bienes.

Se entiende que todas las etapas abarcan la llamada “etapa de reciclaje”, pero a su vez la integración la absorbe como corolario lógico de la actividad de inserción del capital en el curso de la economía, siendo inexorable su poder de

²⁰⁷ PRIETO DEL PINO, Ana María; GARCÍA MAGNA, Deborah Isabel; MARTÍN PRADO, Antonio. “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”..., pp. 6 y ss.

²⁰⁸ AGOSTINHO BARRETO ASCARI, Janice. *Algumas notas sobre a lavagem de ativos...*, p. 216.

desfigurar los polos de la ilegalidad que fundaron su obtención. Por lo tanto, sería inapropiado establecer una cuarta etapa dentro de las fases del delito de blanqueo.

Recuérdese que la ley penal brasileña pune las tres fases en los tipos penales recogidos en la Ley 9.613/98, así como España en los artículos 301 y siguientes CPe.

3. AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

El Derecho penal español pasó inicialmente por un proceso de “colonización jurídica”²⁰⁹ con la Ley Orgánica 8/1992, cuya trasposición literal de la Convención de Viena contra el narcotráfico demuestra cómo España ha atendido a sus compromisos internacionales, sin que haya existido una implementación integral, pues solo se han adoptado los principios rectores de la misma²¹⁰. No hubo, en definitiva, una adaptación a la realidad del país, y el blanqueo fue concebido como un producto derivado sólo del tráfico de drogas, obviando otros ilícitos penales²¹¹.

Más tarde, el blanqueo de capitales fue conceptualizado como algo dependiente de la recepción y del favorecimiento real, una vez que con la reforma de 1992 y la Ley Orgánica 10/1995 se amplió su alcance con la posibilidad de que cualquier delito grave sea crimen antecedente, encuadrándolo dentro de las conductas afines a la recepción y plagiando la Convención de Viena²¹² sin adaptaciones.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010 promovió alteraciones en el blanqueo de capitales en España en atención a compromisos internacionales, adquiriendo efectiva emancipación de los delitos anteriormente aludidos con la

²⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”. *AP*, n.º 32 (1994), pp. 601-602.

²¹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”. *ADPCP*, tomo XLVI, fascículo II (may.-ago. 1993), pp. 616-617.

²¹¹ *Ídem*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español”..., p. 60.

²¹² *Ibidem*, p. 61.

creación de la figura propia del delito en los artículos 301 y siguientes del Código Penal. El favorecimiento real se consuma instantáneamente en el momento del acto de encubrimiento, mientras en la receptación tenemos el comportamiento de recibir bienes.

El delito de blanqueo de capitales se caracteriza por restar importancia a la captación de los bienes –el poder real sobre ellos, o su posesión, gozo o aprovechamiento–, como una intervención que se da conforme a una sucesión de transformaciones en una “cadena de actos dotados de relevancia jurídico-económica con la intervención de una serie de sujetos”, según Berdugo de la Torre y Fabián Caparrós, quienes defienden que “es la influencia de ese proceso sobre la economía lícita la que dota de específica lesividad a la figura que nos ocupa”²¹³.

La fusión de partes de ambos delitos ha dado oportunidad a la modalidad delictiva del blanqueo de capitales, que ha ganado autonomía²¹⁴ en función del aquilatación y singularidad del bien jurídico y de su peculiar lesividad²¹⁵ cuando se contrapone a los bienes jurídicos salvaguardados por el favorecimiento y la receptación, a saber, la administración de la justicia y el patrimonio, además de que su estructura típica permite una laguna a su punibilidad²¹⁶ en protección del interés que el delito objetiva acautelar.

²¹³ *Ibidem*, p. 69.

²¹⁴ GONZÁLES RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*. (Dir. Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons: Madrid, 2000, p. 851. En Portugal defienden la postura opuesta OLIVEIRA ASCENSÃO, José. “Repressão à Lavagem de dinheiro em Portugal”. *Revista da EMERJ*, vol. 6, n.º 22 (2003), pp. 40 y ss.

²¹⁵ Berdugo de la Torre y Fabián Caparrós apuntan: “Centrándonos en el ámbito exclusivamente penal, y valorada la cuestión desde la perspectiva de los principios limitadores y de la economía legislativa, si el blanqueo no implicara alguna clase de lesividad específica, no estaría justificada su expresa penalización” (“La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español”..., p. 62).

²¹⁶ Aránguez Sánchez señala que el delito de receptación sanciona solo el aprovechamiento de los delitos contra el patrimonio, mientras el origen de los capitales ilícitos puede provenir de otro ilícito no patrimonial; mucho menos la receptación es apta para punir las alteraciones que el bien podría sufrir, la receptación sustitutiva, pues el objeto material de este delito son los efectos del delito antecedente, de modo que recae sobre un concepto mucho más restrictivo de bienes, relativo solo al aprovechamiento propio, no de tercero, y la receptación exige ánimo de lucro. Acerca del delito de favorecimiento, no son sancionados los actos preparatorios; la expresión “efectos” (entiéndase, en el Derecho penal brasileño, provecho) no reconocía los presupuestos de sustitución del objeto material y las penas que correspondían a los tipos de blanqueamiento podrían ser objeto de subsunción al tradicional delito de favorecimiento y eran consideradas irrisorias por la doctrina, y al fin habría la aplicación de la excusa absolutoria: léase en Brasil el

Berdugo de la Torre y Fabián Caparrós apuntan que el blanqueo de capitales, especialmente cuando está ligado al delito organizado. “implica una antijuricidad material específica que singulariza; una lesividad de orden socio-económico. Ello justificaría la existencia de un título de imputación propio, pero no sólo en las formas, sino también en los contenidos, dotado de la suficiente autonomía respecto del delito previo”²¹⁷.

Así, las consecuencias negativas para el orden socioeconómico²¹⁸, ya sea por el tráfico lícito de bienes en la economía, ya por la libertad de competencia, implican la necesidad específica de tipificación de la conducta de blanqueo de capitales y la diferencian de la receptación o del favorecimiento real.

Con relación a Brasil, la materia del blanqueo de capitales solamente pasó a ser tratada en la legislación en 1998, sin que anteriormente existiese su previsión como receptación o favorecimiento real, por lo que el hecho era atípico.

artículo 348, § 1.º, Código Penal (ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 149-150).

²¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español...”, pp. 63-64.

²¹⁸ Hay quien sostiene que: "A partir del binomio riesgo/rentabilidad de los activos, se produce la asignación eficiente de los recursos. Pues bien, el dinero ilícitamente obtenido se asigna o se invierte frecuentemente atendiendo a otro tipo de razones distintas de la rentabilidad/riesgo de los activos. Predomina la inversión por razones de opacidad o de falta de transparencia en la identificación de los titulares. En un contexto cada vez más globalizado, estos flujos no resuelven fáciles de prever y su permanencia puede contribuir a generar movimientos desestabilizadores cuyo alcance resulta complicado de evaluar. Por otra parte, la integridad y la credibilidad de las instituciones financieras y de los mercados de capitales dependen en buena medida de la percepción generalizada de que funcionan dentro del marco de estándares legales, profesionales y éticos adecuados. La sospecha o evidencia de actitudes de complicidad, involuntaria o no, con estas actividades puede producir un riesgo de daño serio en la credibilidad de las instituciones y, en último término, del propio sistema financiero. En consecuencia, vemos cómo junto al interés de los Estados de luchar contra toda forma de delincuencia aparece la necesidad de alejar o de prevenir la utilización del sistema financiero como instrumento para el blanqueo, tratando de evitar las consecuencias de desestabilización y pérdida de crédito del sistema en su conjunto. Esto justifica de alguna manera la intervención del regulador económico mediante el establecimiento de normas administrativas de vigilancia y de prevención del uso del sistema financiero en la posible legitimación de beneficios ilícitamente obtenidos" (ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. *Aspectos institucionales del blanqueo en España*. En *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. (Dir: Javier Zaragoza Aguado). Estudios de Derecho Judicial, nº 28. 2000, pp. 41-42).

3.1. Las razones político-criminales para la criminalización del blanqueo de capitales y su autonomía de los delitos de receptación y favorecimiento real

La criminalización o no de las conductas de reciclaje de capitales merece especial relevancia dentro del Derecho penal económico, incluso en sede constitucional.

En principio algunos autores defienden la no necesidad de intervención penal en el tratamiento del delito de blanqueo de capitales, en función de la relevancia que el capital, pese a su origen 'sucio', presenta para el buen desarrollo de la economía, o bien incluso porque la mayoría de las conductas de ese delito se encuentran en la esfera del desconocimiento del Estado, o bajo el argumento, por fin, de que el Derecho penal no consigue tutelar la economía adecuadamente²¹⁹. Para estos autores, el desarrollo de las economías de diversos países en desarrollo, como los latinoamericanos, se dio a partir del florecimiento de actividades delictivas, en especial el narcotráfico, de modo que el correspondiente reciclaje del capital, necesariamente empleado en actividades industriales y comerciales lícitas, proporcionó el aporte financiero para la adquisición de maquinaria, promoviendo considerables mejorías en el sector industrial, el consiguiente crecimiento tecnológico y la importación de nuevas técnicas para el desarrollo de diversas ramas de la economía²²⁰. Conforme a esta idea, la economía lícita necesita de los valores provenientes de la economía ilícita para la preservación del funcionamiento del orden socioeconómico, además de que el capital 'sucio' o ilícito promueve una distribución más equitativa de la renta.

En esta línea, han llegado a defenderse los beneficios sociales del blanqueo de capitales, pues al "aflorar e introducirse en los circuitos económicos legalmente establecidos esos flujos monetarios van a estar sujetos a los mismos controles y obligaciones impositivas de índole tributaria que los capitales de

²¹⁹ En el Derecho brasileño hay autores que defienden una concepción parecida, sosteniendo que "...el Derecho Penal no consigue intervenir satisfactoriamente en el campo de la economía toda vez que su estructuración clásica nunca deseó esa actuación. Por eso, a nuestro juicio, hay plena legitimidad para implementar las medidas despenalizadoras intentadas" (VELHO MASI, Carlo. *Criminalidade Econômica e Repatriação de Capitais: Uma abordagem à luz da Política Criminal Brasileira*. EDIPUCRS: Porto Alegre, 2012, pp. 399-400).

²²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 210.

procedencia lícita. En ese sentido, el dinero lavado pasa a convertirse en dinero controlado”²²¹, lo que propicia la eliminación de la economía marginal. Y prosigue esta línea de pensamiento anotando que la lesión se vuelve abstracta y que el daño social de la conducta no es tan intenso cuando se propaga, salvo en el caso de la criminalidad organizada, puesto que hay un incremento en su poderío económico, además de sobrepasar el estado de incriminación, lo que genera una presunta vinculación de lesión al bien jurídico²²².

Desde otra perspectiva, otros autores también sostienen la insuficiencia del Derecho penal para el fenómeno del blanqueo de capitales, anotando que la materia debería regularse en sede de Derecho administrativo sancionador²²³, en concreto entre las medidas administrativas y tributarias. A ello se une que las medidas *antimoney laundering* imponen, en determinadas situaciones, una carga financiera demasiado gravosa con respecto a los beneficios que promueve²²⁴.

Por otro lado, hay quien defiende que es innecesaria la criminalización del blanqueo de capitales, porque se tipifican comportamientos post-delictivos de los tipos penales de receptación y favorecimiento real, además de perturbadora, puesto que se crea un delito independiente de los delitos antecedentes, sin que se concrete un bien jurídico específico para su protección. En abono de esa línea de pensamiento, se ha afirmado que estaríamos “un Derecho penal expansivo

²²¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos Jesús. “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”. *CPC*, n.º 58 (1996), p. 231.

²²² *Ibidem*, pp. 150-153.

²²³ En ese sentido: CADENAS CORTINA, Cristina. “Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”. *CPC*, n.º 56 (1995), p. 402; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “El desatinado delito de blanqueo de capitales”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 15.

²²⁴ Masciandaro y Barone destacan que, en 2004, en el mundo se blanqueaba, debido a los delitos de tráfico –en especial de drogas– y al crimen organizado, la suma de US\$ 1.200.000.000, representando el 2,7% del PIB mundial; y el coste de los programas anti-blanqueo, valiéndose de reglamentación del sistema financiero, era igual a US\$ 280.000.000, o sea, el 0,6% del PIB global. Sustentan los autores que han de buscarse métodos y sistemas menos caros para la contención del delito (MASCIANDARO, Donato; BARONE, Raffaella. “Worldwide Anti-money laundering regulation: Estimating Costs and Benefits. *Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2008-12*, p. 2 [Disponible en internet en: <http://ssrn.com/abstract=1136107>. Fecha de acceso: 27/06/2014]).

impropio de un Estado liberal, porque impone deberes positivos, en este caso, de información que pueden incluso dificultar la vida económica”²²⁵.

Y hay, por fin, autores que propugnan la necesaria intervención penal en la tutela del orden socioeconómico a través de la incidencia de tipos penales específicos que criminalicen el delito de blanqueo de capitales. Si tenemos en cuenta que el fundamento inicial de toda intervención penal reside, en el orden constitucional, en el respeto al principio de la intervención mínima²²⁶, la *ultima ratio* y la exclusiva protección de los bienes jurídicos, en este sentido la Ley Magna de ambos países en estudio legitiman la tutela penal del orden socioeconómico, pasando por la represión del blanqueo de capitales.

El orden socioeconómico de España es lesionado con el blanqueo de capitales, puesto que ese delito “vulnera ciertas manifestaciones básicas del

²²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “El desatinado delito de blanqueo de capitales”..., p. 12. Las premisas de este autor son equivocadas, puesto que conceptúa el blanqueo de dinero como “una estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza” (*Idem*, p. 13). La visión vincula el blanqueo de capitales inicialmente al dinero, siendo este solo una de las formas de materialización del capital, que puede venir revestido del estado de bienes, valores materiales o inmateriales y otros medios, aunque reducibles al dinero. En refuerzo de esta idea, el autor vincula el concepto de blanqueo de capitales al delito de evasión de impuestos, obteniéndose esos bienes, susceptibles de blanqueo, por un número inconmensurable de delitos. Hay que diferenciar qué capital se genera a través de fuentes ilícitas (capital ‘sucio’) y cuál a través de fuentes lícitas (capital ‘negro’), pues ambos generan el blanqueo de capitales y no se conceptúa partiendo del objeto de análisis. En ese sentido, criticándolo: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 64; y apuntando que “la decisión de legalizar el B[lanqueo] de C[apitales] debe ser el producto de una explícita ponderación de los costes y beneficios sociales de dicha decisión pública y no de una sobrevaloración de sus beneficios y una ocultación de sus costes”: BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del Blanqueo de Capitales: Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho* (Tesis Doctoral). Universitat Pompeu Fabra: Barcelona, 2009, p. 230.

²²⁶ Zugaldía Espinar defiende que “la obligada flexibilización del principio de intervención mínima a la que se enfrenta el Derecho Penal del futuro puede y debe llevarse a cabo perfectamente sin una flexibilización paralela de las máximas garantías. Una intervención «distinta» a la tradicional no tiene necesariamente que ser sinónimo de una intervención con menos garantías”. Y prosigue diciendo que la sociedad del riesgo naturalmente genera una tensión entre el principio de intervención mínima del Estado liberal, conforme al cual el mercado se autorregularía, y la necesidad de ampliación del Derecho penal a los nuevos conflictos sociales derivados de esa evolución socio-tecnológica (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?”. *CPC*, n.º 79 [2003], pp. 109-112). El principio de la intervención mínima continúa siendo un fundamento esencial en el Derecho penal, lo que se propone es el análisis de los nuevos hechos sociales y de la nueva realidad social como elementos para justificar o no un alargamiento para áreas, además de las meramente individuales, aplacando bienes jurídicos colectivos, difusos o supraindividuales típicos de la posmodernidad, como ocurre en los delitos socioeconómicos, ambientales, entre otros, valiéndose para ello, eminentemente, de delitos de peligro abstracto que son legítimos para “alcanzar un modelo de Derecho Penal adaptado a las nuevas demandas sociales y a la prevención de los riesgos” (*Idem*, p. 123).

sistema económico plasmado en ciertas normas de la Constitución Española de 1978”, las cuales tutelan el derecho a la propiedad privada (art. 33.1), la circulación de la riqueza, la libertad de competencia en la economía de mercado (art. 38), la planificación económica estatal (art. 131.1), el sometimiento de la riqueza a reglas de interés general (art. 128)²²⁷, entre otras. Por su lado, la norma constitucional brasileña presenta vulneración en aspectos semejantes a los españoles, garantizando el derecho a la propiedad privada (arts. 5.º, XXII, y 170, II), la libertad de competencia y el tratamiento favorable a las pequeñas empresas constituidas en el territorio nacional (art. 170, IV y IX), así como la planificación económica del país (art. 174).

De esos elementos se infiere la legitimidad de la intervención penal, que consagra la libertad de tráfico económico como uno de los pilares del sistema económico constitucionalmente consagrado, el cual no es ilimitado y debe ser contenido por la función social de la propiedad, que implica también al capital. Sonaría contradictorio vedar la práctica de delitos, estableciendo penas para su represión, pero admitir la reinserción de capital ilícito en la economía lícita. Además, la intervención del Estado en la economía demanda su actuación conforme a unas bases éticas mínimas, y por eso la Constitución española dice que la riqueza se somete a intereses de naturaleza general. Así, *prima facie*, la obtención de provechos de naturaleza criminal y su inserción en la economía generaría una riqueza que sería inconstitucional y justificaría su carácter ilícito ante el Derecho, no admitiéndose en términos constitucionales su despenalización. La apariencia constitucional del orden socioeconómico no permite que se entienda como ilimitado el liberalismo económico, teniendo el Estado el deber de promover actuaciones concretas²²⁸ con el objeto de planificar

²²⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 225.

²²⁸ La economía es vista como un navío en el mar, representando el Estado las reglas para la navegación y los agentes económicos son los tripulantes, parte de cuyas necesidades están atendidas por el timonel. Quizá el sistema económico sea de aquellos con fuerza de la actuación privada; sin actuación estatal tendremos un navío sin timonel, porque “los agentes económicos actúan movidos por sus objetivos particulares y según cuales sean sus decisiones la nave de la economía se orientará en un sentido u otro. Los poderes públicos, como responsables en última instancia de la suerte del navío, están lógicamente interesados en encauzar las decisiones públicas y privadas hacia metas de interés general” (DEJUÁN ASENJO, Óscar. *La Constitución económica española: Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1984, p. 112). Prosigue el autor diciendo que “toda intervención pública en la economía incide de una u otra manera en la dirección del proceso económico. Siempre ha sido así”; y concluye: “Así como la función de ordenación se identificaba con el capitalismo liberal y la atención a la satisfacción de

la economía y adecuar los actos de circulación de la riqueza a límites sociales, y que de ese modo sea consagrado en los textos constitucionales el Estado democrático y social de Derecho.

Debe señalarse que la previsión constitucional de planificación económica es indicio de la necesaria actuación del Derecho penal en la tutela del orden socioeconómico, y que, en contraste con los principios penales constitucionales que la cimientan, necesariamente pasa por la represión del blanqueo de capitales. Por su lado, la vía del Derecho administrativo sancionador sería insuficiente aun a través de mecanismos surgidos del poder de policía, con las advertencias inherentes a esa rama del Derecho, dada la trascendencia de la lesividad del blanqueo de activos en el campo civil y administrativo, y la insuficiencia del Derecho administrativo sancionador para la contención del ilícito.

Como hemos visto, el delito de blanqueo de capitales posee identidad constitucional y un bien jurídico distinto, como tuvimos oportunidad de exponer; realidad criminológica diferente de la de los delitos de receptación y favorecimiento real. Así pues, se trata de un tipo penal autónomo, y no de sanción de comportamiento post-delictivo sin relevancia jurídica, por significar el agotamiento de la conducta en el *iter criminis*.

La lesividad social del delito en estudio reside en su atipicidad, al fomentar la criminalidad no solamente económica, sino también otras modalidades que puedan producir bienes o valores para ser blanqueados; así como al desalentar la persecución penal por parte de las autoridades en la investigación de los delitos antecedentes²²⁹.

Con relación a las consecuencias de naturaleza socioeconómica, podemos destacar que, pese a no vislumbrarse en apariencia como bien jurídico afectado, la libre competencia acaba siéndolo en la mayoría de los casos, porque

necesidades sociales era la aportación más significativa del Estado social correspondiente a la segunda fase del desarrollo capitalista, por la misma lógica podemos afirmar que el área funcional de dirección del proceso económico general es el rasgo que mejor caracteriza ese intervencionismo estatal en el capitalismo avanzado" (*Ídem*, pp. 112-113).

²²⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 94. Reconoce lesividad autónoma en el delito de blanqueo de capitales BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales" ..., p. 121.

la conducta imprevisible del blanqueador termina por generar una situación de desequilibrio en los índices de competencia, sea por infravaloración de sus actividades buscando lucros mínimos, sea maximizándolos para conseguir el dominio del mercado²³⁰. En este sentido, puede entenderse que el delito “perturba artificialmente el equilibrio del mercado vulnerando las reglas de competencia, provoca la pérdida de control de la política económica, distorsiona la economía haciéndola inestable y, en el marco de las relaciones comerciales globalizadas, produce inestabilidad financiera e incrementa la percepción de riesgo para la inversión extranjera, que finalmente se retrae”²³¹. Ambas hipótesis inducen a los demás concurrentes del mercado al error e igualmente generan diferentes formas de actuación del Gobierno en determinado sector financiero, a causa de las señales falsamente enviadas por los agentes económicos actuantes en el sector, entre ellos los blanqueadores de capitales.

Se muestra contrario a esa tipificación un posicionamiento basado en la idea de que las fortunas ilícitas “existen, no por el blanqueo, sino por la actividad delictiva previa”²³²; posicionamiento que también rechaza los argumentos relativos a la afectación del orden socioeconómico. No obstante, la cuestión relativa al capital ilícito, siendo de hecho un aspecto que se refiere al delito

²³⁰ La justicia de ese posicionamiento reside en lo siguiente: “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”; y sigue apuntando que el reciclaje de capitales apunta una doble nocividad: “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 los 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” (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 228 y 229). En el mismo sentido, reconociendo “una competencia no distorsionada basada en una demanda organizada con igualdad de oportunidades”: BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania...*, p. 8; e invocando la superioridad económica del blanqueador: PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 259 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 71-72).

²³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., p. 123.

²³² Ese razonamiento avanza para llegar a decir: “Quienes cifran el desvalor del blanqueo en orden socioeconómico tendrían que responder lo primero, que es mejor que siga en la economía sumergida –por eso precisamente prohibiríamos bajo pena su lavado–, pero intuitivamente se percibe enseguida que hay algo erróneo en esta tesis. Claro está que es mejor que no haya dinero negro, pero la producción de este se debe al delito previo, que tiene su correspondiente pena en la que ya debe valorarse el daño que puede causar la acumulación de riqueza procedente del delito, no al blanqueo” (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 111).

antecedente, se vuelve no solamente una cuestión de matriz económico-financiera cuando aquel emerge en la economía lícita, sino que adquiere además relevancia penal, pues el Derecho penal tiene que salvaguardar el bien jurídico orden socioeconómico por la conducta de blanqueo de capitales.

También es objeto de cuestionamiento la autonomía del delito de blanqueo de capitales, puesto que hay quienes invariablemente vinculan el tipo penal a la receptación o al favorecimiento real, y quienes consideran su independencia de los delitos aludidos. Berdugo Gómez de la Torre y Fabián Caparrós defienden que el delito de blanqueo de capitales moviliza elevadas sumas de valores, en especial cuando son perpetrados por el crimen organizado, y que “implica una antijuricidad material específica que singulariza; una lesividad de orden socio-económico”²³³. Además, dichos autores aclaran que esos elementos conceden al delito suficiente fuerza e injusto propio como para distanciarlo de los tipos penales antecedentes.

En cuanto al delito de receptación (art. 299 CPe), inicialmente la legislación penal ha contemplado dentro de la Ley central del país una figura especial de este delito entre el conjunto de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, siendo posteriormente destacado entre los delitos contra el orden socioeconómico, específicamente en el capítulo de la receptación y figuras afines.

Al margen de la indebida ubicación del tipo penal, este difiere sustancialmente del delito de receptación, puesto que en este el tipo penal demanda el ánimo de lucro, lo que no se exige en el reciclaje de activos, aunque sea susceptible de caracterizarse; y en la receptación existe estricta vinculación a un delito contra el patrimonio u orden socioeconómico, lo que no es exigido en el último delito²³⁴.

Hay quien aumenta la cantidad de diferencias, subrayando que en el blanqueo de capitales se da una secuencia de comportamientos para desproveer a los valores ilícitos de su origen maculado, con el objetivo de conferirles aspecto

²³³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., p. 123.

²³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011 (CD rom), p. 3.

de licitud; mientras que en la receptación basta recibir concretamente esos bienes, adquirirlos, apropiárselos incorporándolos a su esfera de disponibilidad, sin necesidad de acto sucesivo a fin de blanquearlos²³⁵.

En relación con los delitos de favorecimiento (art. 451 CPe) y el blanqueo de capitales, poseen puntos de semejanza al aludir a delitos elementales, lo que incluye las infracciones menos graves o contravenciones penales, aunque no por eso están vinculados. El delito de favorecimiento contempla: “sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución...”; lo que evidencia que para ese tipo penal no son relevantes los actos de agotamiento del delito antecedente. A su vez, el delito de blanqueo de capitales contempla en la descripción típica del artículo 301.1 del Código Penal español que los bienes tengan origen en una actividad delictiva “cometida por él o por cualquiera tercera persona”, admitiéndose expresamente el autoblanqueo²³⁶. Este autoblanqueo de capitales, expresamente permitido por la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 10/2010, destaca el desvalor propio de la conducta y del resultado, subrayando su autonomía.

Como breve conclusión, podemos decir que el delito de blanqueo de capitales posee bien jurídico penal propio, representa una realidad con efectos criminológicos altamente nefastos para la economía y el orden social, además de exigir la necesaria actuación estatal dentro de la planificación económica de cada país. Así pues, y tal como se ha expuesto, se justifica tanto como su autonomía en relación con los delitos de receptación y favorecimiento, aunque entre ellos existan puntos de conexión comprobables en la propia construcción típica adoptada.

²³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., pp. 127-128. En el mismo sentido, defendiendo la complejidad de los actos de blanqueo, al tratarse de actos relativos a la dinámica patrimonial y derecho de crédito, y no mera constitución ilícita de derecho real sobre producto de delito antecedente: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”. *ADPCP*, t. XLVI, fasc. II (may.-ago. 1993), p. 613.

²³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial* (CD-Rom)..., p. 2; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., pp. 132-136.

4. NOCIONES INICIALES SOBRE EL DERECHO PENAL SUPRAINDIVIDUAL Y EL BIEN JURÍDICO

El Derecho penal se encuentra incluido en un área necesitada de una exigente fundamentación jurídico-constitucional, proveniente de la naturaleza de los bienes jurídicos, so pena de pérdida de su legitimidad como medio suplementario de control social.

En este sentido, y de conformidad con las teorías constitucionales del bien jurídico, podemos afirmar que la elección de los puntos de incidencia de la tutela penal se encuentran claramente vinculados con los ejes axiológicos delimitados en la Constitución. El bien jurídico es el valor constitucionalmente determinado dentro del juicio axiológico elaborado por el Poder Constituyente, que ha seleccionado los intereses dilectos de la sociedad y los ha conformado como norte del ordenamiento jurídico²³⁷. De ahí que la legitimación del Derecho penal se lleve a cabo cuando dispone tipos penales que tengan en mente la tutela de bienes jurídicos fundados en la Constitución²³⁸, una vez que las demás ramas del Derecho fallen en el intento de tutelarlos²³⁹. Como afirma Prado, “la función político-criminal del bien jurídico constituye uno de los criterios principales de individualización y de delimitación de la materia destinada a ser objeto de tutela penal”²⁴⁰.

²³⁷ Apunta Palazzo: “la legitimidad de la intervención penal depende del hecho de que el reclamo social (*Sozialbezug*) sea suficientemente intenso” (PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado*. (Trad. Gérson Pereira dos Santos) Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1989, p. 86). En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et alii*. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*. 4 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011, pp. 45-46.

²³⁸ BITENCOURT DA ROSA, Fábio. *Legitimação do Ato de Criminalizar*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 15. Igualmente, PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal...*, p. 87.

²³⁹ Reale Júnior apunta que “la intervención penal debe ser aquella necesaria, como único medio fuerte pero imprescindible, para la afirmación del valor violado y para su protección, buscando el mantenimiento de la paz social” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*, vol. I. Forense: Río de Janeiro, 2002, p. 21).

²⁴⁰ PRADO, Luiz Régis. *Bem-Jurídico Penal e Constituição*. 3 ed. RT: São Paulo, 2003, p. 21. En el mismo sentido, PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal...*, p. 86. Por su lado, Mir Puig señala que el bien jurídico debe asentarse en dos premisas fundamentales: la importancia social del bien, cuyo valor autónomo implica el rechazo a que el Derecho penal sea un instrumento meramente sancionador de normas y valores no penales; y la consecuente necesidad de su protección penal, traducida en la insuficiencia de los mecanismos puestos a su disposición y de los que sí disponen otras ramas del Derecho (MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”. *REPC*, n.º 14 [2005], pp. 209 y ss.).

De esa suerte, para algunos el Derecho penal se construye para proteger solo bienes jurídicos individualmente considerados, una vez que el bien jurídico es identificable de inmediato y no hay cualquier suerte de avance para la salvaguardia de bienes jurídicos de naturaleza difusa²⁴¹.

El fenómeno de la expansión del Derecho penal para propiciar la tutela penal de bienes supraindividuales es criticado por diversos sectores del pensamiento penal europeo, los cuales creen que una aguda masificación de esos delitos estaría fundamentada exclusivamente en una sensación de intenso temor social²⁴², motivado por la tecnificación de la sociedad pos-industrial y el laconismo de los objetos de tutela de ese derecho penal moderno²⁴³. La tesis se

²⁴¹ En sentido opuesto, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Sergio Antonio Fabbris Editora: Porto Alegre, 2005.

²⁴² Silva Sánchez afirma: “Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado «rígidas» y se abona su «flexibilización»” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 30). En Brasil hay quien equivocadamente defiende que la criminalización de los intereses difusos viola el Derecho penal del hecho, el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos y de la culpabilidad, además de vislumbrar en él trazos de la estabilización normativa como fundamento del Derecho penal (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 2 ed. Conceito Editorial: Florianópolis, 2012, p. 9). Como explicaremos más adelante, tales argumentos no merecen prosperar; no obstante, y a título de esclarecimiento, cabe recordar que la flexibilización de derechos no se tolera desde la línea de pensamiento contraria a la del autor anteriormente mencionado, aunque sí sería coherente la adopción de una perspectiva funcionalista basada en la protección del sistema o de fundamentación político-criminal. Por otro lado, comprender la criminalidad difusa como un Derecho penal de clases o entenderlo como algo fluido es olvidar que su lesión aflige a toda la sociedad, y no a algunos segmentos sociales más o menos favorecidos. Contrariamente, y con exigentes razones, Toledo afirma que el Derecho penal no debe incidir para la contención de todos y cada uno de los riesgos surgidos de la revolución tecnológica, paralizando de ese modo la vida (ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 1986, p. 17).

²⁴³ En ese sentido, Winfried Hassemer y la Escuela de Frankfurt critican la idea de bienes jurídicos universales porque su “protección es priorizada en detrimento de los bienes jurídicos individuales. A esto se debe unir que el legislador penal formula tales bienes jurídicos de modo vago y genérico”, lo que, a su entender, aumenta el simbolismo penal (HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. [Org.: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos] Fabris: Porto Alegre, 2008, p. 253). En el mismo sentido, BASOCO TERRADILLOS, Juan María. *Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico...*, p. 189. En sentido opuesto, Schünemann apunta que “la solución, según mi opinión, puede ser desarrollada de aquí en adelante desde el reconocimiento de los pensamientos fundamentales inalterables del Derecho Penal, que el Derecho Penal sólo puede y debe ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de los daños sociales” y prosigue sosteniendo “que tiene que haber un final para el paroxismo agitado de la nueva criminalización y tiene finalmente utilizarse el Derecho Público allí donde el Derecho Penal se ha utilizado ya hoy sin eficacia suficiente”. Al fin, el autor propone no “el abandono, sino el perfeccionamiento del cambio de tendencia del Derecho Penal

nutre de la perspectiva surgida del funcionalismo sistémico construido por Günther Jakobs, quien defiende la adopción de reglas más permeables a la constante actualización por el cuerpo social, así como la sustitución, en parte, del Derecho penal por el Derecho administrativo sancionador.

Al Derecho penal se le insta a trasponer la necesidad de tipificación de intereses individuales, para afectar a bienes jurídicos pertenecientes a la colectividad²⁴⁴: son los llamados intereses difusos, que deben ceñirse tanto a la evolución del Estado²⁴⁵ como a su actual faceta, conforme a la dinámica política y social²⁴⁶. Ese fenómeno promueve “una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco

de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta el único medio para la defensa efectiva ante las amenazas específicas de la sociedad industrial postmoderna” (SCHÜNEMANN, Bernd. “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”. En *Derecho Penal Económico*, tomo I. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2012, pp. 74-75).

²⁴⁴ Mendoza Buergo señala: “La introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos es reconocida como una característica del Derecho penal actual, que surge con el Estado social, pero que se ha acentuado y agravado en el Derecho penal propio de la sociedad del riesgo. La tendencia es reconocida y, en ocasiones, incluso auspiciada por aquellos que, básicamente, defienden el cambio de paradigma de un Derecho que prohíbe lesiones de bienes individuales a uno que pretende procurar seguridad en todos los terrenos. Así, se acepta que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales –o, más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico– es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la *protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales*; un Derecho penal que no persigue – aparentemente– la conservación de objetos, sino el mero *mantenimiento* de la *vigencia* de la norma” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas: Madrid, 2001, pp. 68-69).

²⁴⁵ Polaino Navarrete apunta que el espectro de incidencia del Derecho penal oscila de acuerdo con el modelo de Estado: “En el Estado intervencionista, paternalista o proteccionista la tarea de la tutela de los ciudadanos frente a injerencias lesivas ajenas es preocupación primaria o fundamental del Estado, la cual se realiza mediante una regulación exhaustiva de las actividades arriesgadas. Este sistema trata al individuo como un ‘menor de edad’, dejándole un ámbito muy reducido de actuación de libertad”; mientras que “en el Estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano, por el contrario, se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ámbito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites, los límites del riesgo permitido: cada ciudadano es responsable de su ámbito de organización (*‘competencia por organización’*: *Organisations-zuständigkeit*), el ejercicio de su reconocida libertad. En ese sistema, el ciudadano es tratado como un ‘mayor de edad’, o sea, como un sujeto autorresponsable a quien se reconoce una amplia libertad de movimientos y creación de riesgos propios, que serán lícitos siempre que no lesionen bienes o valores ajenos” (POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del Derecho Penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho Penal?”. En *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (coords.: J. C. Carbonell Mateu; B. del Rosal Blasco; L. Morillas Cueva; E. Orts Berenguer; M. Quintanar Díez). Dykinson: Madrid, 2005, p. 719.

²⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Política criminal con bases empíricas en España”. *Política Criminal*, n.º 3 (2007), p. 11. (Disponible en internet en: www.politicacriminal.cl. Fecha de acceso: 29/09/2014.)

considerados ajenos a la política criminal²⁴⁷. Su fundamento reside en un modelo de criminalización afecto al modelo penal bienestarista²⁴⁸, conforme al cual se persigue librar al Derecho penal del estigma de estar destinado a los pobres, mientras que el Derecho civil sería de los ricos²⁴⁹.

Desde esa perspectiva, y por un razonamiento generalizador, se admite que ideologías no pocas veces distorsionadas, por fundarse en un populismo o en una exagerada sensación colectiva de inseguridad, terminen propiciando una inflación legislativa y alejando el Derecho penal de sus funciones primordiales. Los discursos de la población han de ser oídos, pero discerniendo aquello que efectivamente represente un peligro concreto para la estabilidad social²⁵⁰, de

²⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El nuevo modelo de la seguridad social". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-03 (2004), p. 32. (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 29/09/2014.)

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

²⁴⁹ Zugaldía Espinar destaca: "Y es que el Derecho Penal que ha llegado a nuestros días es el Derecho Penal clásico, de la delincuencia clásica (básicamente violenta), contra bienes jurídicos clásicos (la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de las personas) y que se lleva a cabo por delincuentes clásicos (seres humanos) capaces de realizar acciones humanas con una culpabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos. En este Derecho Penal ético moralizante, propio de '*homo humanisticus*' que es sensible a la pena –y que procede en su inmensa mayoría de la marginalización y de la pobreza– es en el que rige la fórmula «*Societas delinquere non potest*» pues lo contrario, como recuerda *Paliero*, es algo ajeno a las categorías del espíritu que debe ser esencialmente rechazado como algo *irritante* y capaz de producir en el Derecho Penal mismo una *crisis de identidad*. Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un *muy positivo fenómeno de expansión*, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el Derecho Penal de la sociedad de riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derechos de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etc.). Y en este Derecho Penal dirigido al '*homo economicus*', la persona física ocupa un papel muy secundario, adquiriendo el papel de protagonistas las empresas, las sociedades mercantiles, las fundaciones o asociaciones, en definitiva, las personas jurídicas. Ellas son, en efecto, las auténticas protagonistas de la criminalidad económica organizada (nacional y transnacional), de la criminalidad de los 'poderosos sin fronteras' (*crimes of the powerful and corporate and business crimes*)" (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013, pp. 19-20). Señala el autor que esa expansión representaría un avance para la alteración del panorama del Código Penal como el derecho de los pobres y el Código Civil como la ley de los ricos (*Ibidem*, p. 20).

²⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El nuevo modelo de la seguridad social"..., p. 11. En el mismo sentido, véanse las palabras de Paredes Castañón: "De este modo, cuando se discute, en política criminal, acerca de la seguridad (de los bienes jurídicos), es imprescindible especificar adecuadamente el verdadero objeto del debate: si se está hablando de los riesgos reales que los bienes jurídicos corren o si, por contrario, se está hablando más bien en las percepciones que algunos individuos o grupos sociales poseen acerca de cuáles y cuantos son esos riesgos; o si, en fin, se está pensando en el miedo o en la ansiedad que algunos ciudadanos sienten, aunque no exista base objetiva suficiente para ello. Pues lo uno no tiene por qué –y de hecho, no suele– coincidir con lo otro. Y, además, cada uno de estos hechos exige, en mi opinión, una

modo que se evite una indebida aproximación de “los riesgos derivados de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen”²⁵¹; y sin promover, además, un vaciamiento de los demás campos del Derecho²⁵², particularmente el Derecho administrativo y el Derecho civil.

En esa tesitura, la legitimidad de la expansión del Derecho penal se basa en elementos de política criminal, puesto que “muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos”²⁵³. La legitimación del Derecho penal reside en la necesidad de adoptar parámetros para controlar esos riesgos, en concreto aquellos que hipotéticamente incurren en el incumplimiento grave de ese deber de control de los riesgos penalmente relevantes²⁵⁴. Al respecto apunta Corcoy Bidasol que “el riesgo, concebido como probabilidad de lesión, puede ser evaluado si se conocen las circunstancias concurrentes y su constatación, cuando se trata de un riesgo jurídico-penalmente relevante, legitima la intervención penal”²⁵⁵.

respuesta diferente” (PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”. *Eguzkilore*, n.º 20 [2006], p. 133).

²⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01 (2005), p. 11. (Disponible en internet en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 29/09/2014.)

²⁵² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»”. En *La Política Criminal en Europa* (orgs.: S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo). Atelier: Barcelona, 2004, p. 77.

²⁵³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal mínimo”. *Cuadernos de Derecho Judicial VIII. Derecho Penal del siglo XXI* (dir.: Santiago Mir Puig), 2008, p. 378.

²⁵⁴ Corcoy Bidasolo señala que “esos ‘peligros’ que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos, desde una perspectiva penal, ‘riesgo’ y estos ‘riesgos’ son los que se puede exigir que sean controlados por quienes, en las concretas circunstancias, estén obligados a ello y, en el caso de que, concurriendo el riesgo, incumplan gravemente ese deber de controlar, el Derecho Penal estará legitimado para intervenir” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal mínimo”..., p. 378).

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 379. En sentido parecido defiende Polaino Navarrete que, “si la sociedad moderna presenta esos riesgos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de manera intolerable, tales conductas no pueden quedar impunes, y por ello –se argumenta– el Derecho penal no ha de quedar inmóvil o impasible: de este modo se justifica la actual tendencia a la *incriminación* de nuevos fenómenos de criminalidad...” (POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del Derecho Penal en las sociedades modernas...”, p. 719).

La expansión del Derecho penal, a nuestro entender, no puede ceder en la compatibilidad con los principios fundamentales garantistas²⁵⁶ que guían su formulación, con el fin de que los riesgos indicados “se concreten en situaciones concretas de peligro para bienes jurídicos”²⁵⁷.

Terradillos Basoco apunta que hay tres aspectos que deben ser sopesados en el Derecho penal económico referentes al bien jurídico: límites de la intervención penal, flexibilización de reglas de imputación jurídico-penal y administrativización del Derecho penal para evitar la transformación del Derecho penal, en su tutela de los bienes jurídicos, en un Derecho de gestión de riesgos²⁵⁸. Señala este autor que el Derecho penal se asimilaría así a modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones económicas, y que, además de condicionar gravemente la eficacia garantista del principio de la ofensividad, por su carácter multiforme nunca serán fundamentación del derecho de punir²⁵⁹. Al fin, la administrativización del derecho penal que suprime la ilicitud material del tipo penal con el injusto siendo definido por normas administrativas por intermedio de las leyes penales en blanco.

Al respecto señala Silva Sánchez que el Derecho penal no está vinculado a las estructuras lógico-objetivas (acción, culpabilidad o autoría), lo que se

²⁵⁶ Por otro lado, hay quienes vislumbran efectos positivos en la flexibilización de las garantías penales, al decir que “...la flexibilización de las categorías no es siempre un mal: lo es en los casos en que se sustituye, por ejemplo, la causalidad omisiva por el aumento del riesgo, transformando los delitos de resultado en delitos de peligro en los que el resultado se convierte en una mera condición objetiva de punibilidad, o cuando se prescinde del uso de leyes científicas seguras en la verificación del nexo causal, o cuando se objetiviza el dolo eventual para facilitar la prueba en juicio, desnaturalizando su dimensión subjetiva. Sin embargo, la flexibilización no es en absoluto negativa si nos situamos en el terreno de la no punibilidad: por ejemplo, el aumento de hipótesis de *diversión* o de no punibilidad, de mediación, de reparación del daño, de posibilidad de negociar en la fase de la aplicación de la sanción, etc. La flexibilización representa aquí una nueva cara de la justicia penal, menos autoritaria y más atenta al diálogo entre el Estado y el reo, más laica porque está más desvinculada de la idea retributiva y, en esa medida, es más sensible a las razones de prevención especial y a la diversificación de las penas” (DONINI, Massimo. “¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico”. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 10, n.º 18/19 [2005], p. 463).

²⁵⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»”..., p. 61.

²⁵⁸ BASOCO TERRADILLOS, Juan María. “Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico”..., p. 189.

²⁵⁹ *Ibidem*, p.189. Otro elemento reside en que la “...progresiva y injustificada intervención del Derecho Penal en las actividades económicas comporta la relativización de los criterios de imputación de responsabilidad y de los principios garantistas. Si olvidaria, así, que el Derecho penal solamente debe asumir la defensa de lo que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de imputación” (*Ibidem*, p. 220).

derivaría del conjunto del sistema dogmático deductivo-axiomático. Se niega el carácter transcendente de esas condicionantes en pro de unidades de cultura y sistemas de valores diferentes, en que se rechazan los fundamentos de las bases perennes y estables de las estructuras lógico-objetivas. Sin embargo no deja de reconocer su importancia como función de límite de la realidad del ser, en especial el concepto de persona y los derechos a ella inherentes, admitiendo únicamente la utilización de marcos ontológicos y conceptos normativos, en evidente perspectiva teleológica edificada a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal²⁶⁰.

Por otra parte, y en contraste con tales ideas, Gracia Martín –con quien estamos de acuerdo– refuta de modo coherente la construcción de un sistema jurídico-legal autorregulable, debido a que la formulación de tal sistema político-criminal partiría de una base inestable y acarrearía variantes volubles, definidas por profundos desequilibrios económicos, sociales y políticos, reveladores de una vigencia meramente formal y de ninguna manera real de los derechos y de la libertad individual para la gran mayoría de las personas²⁶¹.

Las estructuras lógico-objetivas construidas por Hans Welzel son la piedra angular de la construcción de los preceptos legales y penales que tienen que ver con el hombre como una entidad responsable dentro de la sociedad, proporcionando la orientación y el umbral para la determinación de la intervención penal en los hechos sociales²⁶². Así pues, el manejo de los elementos de la estructura del sistema penal significaría un retroceso y admitir que el concepto del hombre como epicentro válido de la construcción del sistema de Derecho penal es anticuado, destacando el peligro precedente para la

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 74.

²⁶¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia...*, p. 46.

²⁶² Cerezo Mir apunta que, por su propia naturaleza esencial, las estructuras lógico-objetivas se destacan desde un cierto punto de vista. “Ese punto de vista de las estructuras lógico-objetivas examinadas son siempre lo mismo: la concepción del hombre como un ser responsable, como persona. Si el Derecho, en la descripción de conductas jurídicamente relevantes, parte de la concepción del hombre como un ser responsable, habrá que considerar necesariamente las estructuras lógico-objetivas que en este punto de vista se destacan como esenciales” (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. ARA: Lima, 2006, pp. 210 y ss.). Al respecto, cfr. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. (Trad. Luiz Regis Prado) RT: São Paulo, 2001.

dignidad humana, la legalidad²⁶³ y la seguridad jurídica. Por lo tanto, el concepto de un moderno Derecho penal sería “el ‘sistema’ de normativas jurídico-penales que tiene por objeto la criminalización formal, de acuerdo con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho, del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas”²⁶⁴.

La premisa básica es que los intereses difusos²⁶⁵ no presenten ningún punto de colisión con toda la estructura de las garantías comprometidas en un uso simbólico²⁶⁶, siempre y cuando se parta de las premisas construidas por la naturaleza de las cosas y la construcción de estructuras lógico-objetivas, en cuyo caso el legislador estaría vinculado a esos elementos; por lo tanto, no se puede pensar en la colisión del Derecho penal moderno con uno de matiz eminentemente clásico, debido a que el reglamento jurídico penal sería idéntico²⁶⁷. Téngase en cuenta que el concepto de bien jurídico penal no se

²⁶³ Acerca del principio de la legalidad, recuerda Díez Ripollés que se trata de un metaprincipio, pero lo hace sin descuidar los demás principios básicos, como la seguridad jurídica. Cumple recordar todavía que la racionalidad ética del Derecho penal debe ser buscada por la vía de decisiones eficaces de política criminal que lo fundamenten, adoptando la principiología penal clave (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais*. 3 ed. RT: São Paulo, 2006, p. 143).

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 145.

²⁶⁵ Zugaldía Espinar apunta que “el Derecho Penal no puede limitarse a proteger sólo esos valores, ejerciendo así solamente una función ‘convencedora’ de las orientaciones de valor ya sentidas por el grupo social (Stratenwerth). Además, el carácter ‘social’ del Estado *obliga también* - como se deduce con toda claridad de los arts. 39 a 52 de la CE (principios rectores de la política social y económica) - a que el Derecho Penal asuma la función ‘promocional’ de proteger - a través de tipos de lesión y, sobre todo, de tipos de peligro - valores o intereses *colectivos* tales como la salud pública, la seguridad en el trabajo, los derechos de los consumidores o el medio ambiente, puesto que todos estos valores, en tanto en cuanto tienen *trascendencia individual*, son también fundamentales para la vida en sociedad” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 46). En el mismo sentido, PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Introducción al Derecho Penal Económico”. En *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir.: Enrique Bacigalupo). Marcial Pons: Madrid, 1998, pp. 29 y ss.

²⁶⁶ Fornasari incluso dice que se debe “declarar guerra a la tutela de funciones” (FORNASARI, Gabriele. *Il concetto di economia pubblica nel Diritto penale*. Giuffrè: Milán, 1994, p. 135).

²⁶⁷ La ruptura entre Derecho penal moderno y tradicional es delineada por Gracia Martín en el punto en que la criminalización de conductas de las clases poderosas se reviste de dimensión ‘totalizadora’, o sea, se funda o estructura un ‘sistema’ que clasifica en tipos delictivos ordenados, según los bienes jurídicos, la *totalidad* del universo de acciones ético-socialmente perjudiciales propias y características del sistema de acción de las clases poderosas. En concreto, *toda* la criminalidad material de las clases poderosas –incluso las acciones criminales que el orden jurídico-formal reviste actualmente con ropaje del derecho subjetivo y de la legalidad– deben ser incorporadas al discurso de criminalidad del mismo modo que el Derecho penal liberal, mediante el instrumento de definición y de clasificación representado por el principio de legalidad (GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência...* p. 135). En la misma línea, PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal...*, p. 103; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Diritto penale ‘minimo’ e nuove formula de criminalità”. *RIDPP*, fasc. n.º 3 (jul.-sep. 1999), p. 813.

debilita ni es acosado con la consideración de que su contenido no presente un espectro de limitación. Pero ciertamente la presencia de aspectos de deuda funcionalista²⁶⁸ promueve el riesgo de subvertir al hombre como paradigma inicial de la construcción del Derecho penal²⁶⁹, ya que deja de ser el núcleo fundamental, para pasar a ser el sistema social quien detente el centro del orden jurídico-penal, a pesar de lo cual hay quien piense de forma diversa²⁷⁰, conciliando ambas vertientes.

Los delitos socioeconómicos parten del fundamento central de que el bien jurídico posee una concepción procedimental, la cual contempla en sentido

²⁶⁸ Cabe recordar que el autor arriba citado rechaza vehementemente las perspectivas funcionalistas racionales sobre el bien jurídico (Jakobs), que consideran el bien jurídico sustituible por la necesidad de estabilización del sentido de la vigencia de la norma violada, y refuta las ideas funcionalistas teleológicas puras por considerar que anulan la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico cuando se busca la protección de valores o simples estrategias políticas, a través de la cual se imprime una matriz totalitaria, olvidándose del individuo (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007, p. 157).

²⁶⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista...*, pp. 29 y 123. En similar sentido, pero vinculando el Derecho al hombre, a pautas éticas de valores y a la justicia, se tiene la lección de Bajo Fernández: “El Derecho no se justifica exclusivamente por su carácter instrumental al servicio de algunos fines de orden de la comunidad, sino que también por responder a un cierto punto de vista sobre la justicia. El Derecho sirve al hombre y en ese diapasón, solamente será así si cumplierse algunos valores mínimos. El entendimiento de que el Derecho cumple algunos valores éticos de justicia es algo reconocido en la ciencia jurídica actual. El Derecho se justifica, pues, por su adaptabilidad a un fin, pero no puede desconectarse del mundo de los valores y, en concreto, del valor ético de la justicia vigente en una cierta comunidad. Hasta ese punto que a la hora que se necesite que se concrete el orden social que constituye el fin del Derecho, se opera con valores de carácter ético. Si decimos que la función del Derecho es la limitación del poder, la solución de conflictos de interés y la seguridad, estaremos refiriéndonos a los valores éticos mínimos.” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Una Respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico”. *Revista de los Abogados penalistas del Valle*, n.º 7 [1980], pp. 59-60).

²⁷⁰ Polaino Navarrete señala que “el concepto de bien jurídico permanece como concepto trascendental para la determinación del contenido del injusto típico, así como la determinación de la función que corresponde desarrollar al Derecho penal: según mi concepción, la función primordial del Derecho penal es la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos. Por su parte, la confirmación de la vigencia de la norma, más que una función propiamente dicha, es –creo– una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes y valores jurídicos instituidos en la norma. En consecuencia, la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes al contrario, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en planos distintos: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por lo tanto, social). La compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestran que, en la Dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto del intento y de la consumación), el concepto de bien jurídico sigue desarrollando un papel importante en la fundamentación del injusto y en la determinación de la función del Derecho Penal” (POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes?” En *Teoria da Pena, bem jurídico e imputação*. [Orgs: Miguel Polaino-Ors y Eduardo Saad-Diniz] LiberArs: São Paulo, 2012, pp. 126-127).

técnico el bien jurídico, así como el conjunto de intereses legítimos que amparan la *ratio legis* de la criminalización²⁷¹. Por ese concepto instrumental, el bien jurídico es buscado por el valor tutelado dentro de la Constitución y ubicado entre los derechos fundamentales, “desde los cuales se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima”²⁷², y no solamente por la previsión genérica en el tipo penal. Pero, más allá de eso, para su ubicación es necesario partir de las justificaciones para la tipificación de determinado comportamiento como delito y, al fin, recordar que funciona como límite²⁷³ al legislador, cuyo sustrato se encuentra en los principios constitucionales del Derecho penal como la legalidad, intervención mínima y proporcionalidad²⁷⁴.

Asentadas tales ideas, tenemos un concepto bipartito, en tanto que bien jurídico inmediato y mediato²⁷⁵, siendo el primero exclusivamente aquel objeto tutelado por la norma penal y que da “contenido material al tipo de lo injusto”²⁷⁶,

²⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 152; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal: parte general*. 5 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1997, p. 319.

²⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 155.

²⁷³ La Constitución actúa como un límite negativo en lo que toca a la fijación de los límites del derecho de punir del Estado, operando también como un límite positivo al establecer los valores recibidos, a pesar de que se rotulen como delitos, lo que es óbice para el posible surgimiento de nuevos bienes jurídicos que la misma no conlleva necesariamente (*Ibidem*, pp. 154-155). Así, se puede pensar teóricamente en bienes jurídicos fuera de la Constitución que estén previstos en leyes ordinarias o en normas supranacionales, más comunes en el continente europeo por la evolución del Derecho supranacional, sin que por ello implique conflicto con el orden constitucional o supranacional vigente.

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 154-156.

²⁷⁵ Señala la doctrina que “*ratio legis* y bien jurídico no son, pese a lo que a veces se afirma, criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal: parte general...*, p. 320). En sentido similarmente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 158-159; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, pp. 358 y ss.

²⁷⁶ GRACÍA MARTÍN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres dogmáticos del Derecho Penal Económico”. En *Estudios de Derecho Penal Económico*. Idemsa: Lima, 2004, p. 795. Apunta la doctrina el bien jurídico inmediato: “incorpora al tipo de injusto el tipo de acción de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de su vulneración (su lesión o su puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 159). En sentido contrario, Gracia Martín refuta la tesis del profesor gallego sobre el bien jurídico inmediato señalando lo siguiente: “Si el bien jurídico protegido fuera un elemento del tipo, entonces, y como a continuación afirma el autor de un modo totalmente consecuente, la vulneración del bien jurídico debería ser abarcada por el dolo. Ahora bien, esta exigencia plantearía entre otros problemas, no sólo la necesidad de construir una teoría del ‘error sobre el bien jurídico’ que explique los

mientras que el segundo tiene por tarea determinar la finalidad objetiva de la norma, o sea, los motivos de la criminalización de determinado comportamiento que no demandan la presencia del dolo o culpa del agente y que actúan como auxiliar en la función sistemática del tipo y como elementos de graduación de la pena²⁷⁷.

Dentro de los delitos socioeconómicos, interpretados en sentido lato, los bienes jurídicos penales pueden ser individuales, toda vez que pueden caracterizarse por la afectación del interés de un individuo con dimensión con trascendencia para afectación de toda la sociedad; frente a intereses difusos o supraindividuales, que pueden presentar “también una proyección mediata sobre un interés jurídico más general vinculado al orden socioeconómico”²⁷⁸, con lesión de bienes jurídicos sociales generales que integran intereses pertenecientes a determinado segmento destacado, por ejemplo delitos contra las relaciones de consumo y bienes que afectan la totalidad de las personas, como es el orden socioeconómico²⁷⁹.

Expuesta esa teoría general del bien jurídico en los delitos supraindividuales, cabe que nos adentremos en el análisis del bien jurídico tutelado en el delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español y brasileño.

casos en que el mismo debe ser relevante y excluir el dolo, sino que obligaría a reconocer que la conciencia del *injusto material* del hecho es un elemento del dolo. Por el contrario, creo que lo correcto es entender, como lo hace una doctrina más precisa, que el bien jurídico es en todo caso una referencia externa y antepuesta al tipo de injusto y que lo que sí pertenece a éste es el denominado ‘objeto material’ en que encarna el bien jurídico y que representa a éste o algunas de sus dimensiones” (GRACÍA MARTIN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres dogmáticos del Derecho Penal Económico”..., pp. 795-796).

²⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 163.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 164; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”..., p. 609.

²⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, pp. 164-170.

5. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y LAS VERTIENTES SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO PENAL DE ESPAÑA Y DE BRASIL

En lo que atañe al blanqueo de capitales, hay varias tendencias que abogan por los más diversos intereses legales, dado que en todos los delitos hay el mismo interés jurídico protegido por la ley penal, considerado como bien jurídico supraindividual²⁸⁰ que presenta una diversidad de superposiciones y corrientes, en función del objetivo de la lucha contra el blanqueo de activos procedentes de delitos.

Con la finalidad de evitar el acometimiento de las conductas de blanqueo de capitales, los dos países estudiados en este trabajo presentan tipos penales que reprenden tales conductas.

La ley española ha pasado por una sucesión de leyes, creadas para alterar el modelo inicialmente vigente en el Código Penal de 1995 hasta llegar al tipo penal que fue alterado con las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010, que promovieron una significativa modificación en toda la estructura penal española. De modo que, alterados los paradigmas legales, también se ha modificado, en consecuencia, la consideración del bien jurídico lesionado en el delito de blanqueo de capitales.

Por su lado, y al contrario que el sistema arriba apuntado, el Derecho penal brasileño solamente criminalizó el blanqueo de capitales en 1998 a través de una ley penal especial: la Ley 9.613/98, que introdujo los tipos penales de blanqueo de capitales, y que solo ha sufrido una sensible alteración en sus preceptos en 2012, por intermedio de la Ley 12.683/12.

Así pues, dichas alteraciones promovieron diferencias en cuanto a la visión del bien jurídico afectado con el blanqueo de capitales, y es esa evolución, junto al actual estado de la doctrina de ambos países, la que desarrollaremos en adelante, junto con nuestra propia opinión al respecto.

²⁸⁰ En España tenemos: GOMÉZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español...*, p. 35; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Dykinson: Madrid, 1999, p. 14. En Brasil señalamos: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 411-412.

5.1. El bien jurídico tutelado por el delito antecedente

Hay un sector de la doctrina que defiende que el reciclaje de capitales de origen ilícito tiene como fundamento de incriminación los bienes jurídicos afectados inicialmente por la conducta, ya que así se conseguiría acumular una protección más completa al interés afectado por la práctica del delito antecedente.

En realidad, el origen de esta situación provino del Código Penal español, que colocó en sus preceptos el combate incisivo al tráfico de drogas en el artículo 546 bis.f), y por lo tanto una mayor protección a la salud pública a través de la represión del blanqueo de dinero, del cual se conjeturaba que era un *post factum* del tráfico²⁸¹ que merecía ser penalizado. Así, en el blanqueo de dinero había un delito que tenía por objeto la salvaguardia de la salud pública, por haber sido originalmente elaborado el tipo penal para maximizar la protección de ese bien jurídico; sin embargo, había también una ampliación del espectro de acción para los bienes jurídicos de los delitos antecedentes.

González Rus señala que el bien jurídico del delito antecedente se quedaría en la misma línea de ataque de la infracción anterior, cuyo daño sería su continuación²⁸², lo que sería válido si se adoptasen la nueva perspectiva alemana que admite que la consumación del delito continuaría durante el curso del proceso. Aunque hay una línea de autores que refuerzan esta posición, no la creemos correcta, ya que, además de estar dándole excesiva flexibilidad al *iter criminis* del delito precedente²⁸³, lo que provocaría un daño al principio de seguridad jurídica, también se podría argumentar que el delito de blanqueo de dinero no tendría un injusto propio²⁸⁴.

En otro nivel, pero también confirmando lo dicho más arriba, habría una invasión indebida de las esferas del delito, en particular en lo que respecta al

²⁸¹ ROSALES, Elsie. "Notas sobre la reforma a la ley antidrogas: posesión, comercio y reciclaje de dinero". *Relación Criminológica* (1995), p. 26.

²⁸² GONZÁLES RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial...*, p. 486.

²⁸³ COBO DEL ROSAL, Manuel. "La recepción de las normas de la comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales". *CPC (2ª época)*, n.º 85 (2005), p. 63 y ss.

²⁸⁴ ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el derecho español...*, p. 301; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español...*, p. 32.

bien jurídico, pues la posible expansión indebida del injusto concentraría en sí una inmensa carga valorativa de los bienes jurídicos afectados con el blanqueo. Se convertiría de ese modo en un delito pluriofensivo, aunque sin límites precisos en la esfera constitucional de su tutela penal, siendo vulnerable al principio de ofensividad y creando un “*supertipo* penal cuya función sería la de actuar en caso de ineficacia de otro tipo penal, que sería negar la idea de tipo. Cada situación, socialmente valiosa, merece la tutela del respectivo tipo individualizador de la conducta prohibida”²⁸⁵, lo que supondría una “superprotección anticipada de bienes considerados relevantes, resultando en un aumento *ad absurdum* de la función protectora del Derecho Penal”²⁸⁶.

El afrontamiento al delito antecedente a través de la recuperación de los provechos causados evitando su inclusión en la economía es considerado *ratio legis*, no ostentando parámetros político-criminales o constitucionales para justificar su consideración como bien jurídico inmediato.

Por todo lo anterior, no se puede considerar al bien jurídico tutelado por el delito anterior como el bien jurídico protegido por la Ley que combate las conductas del blanqueo de dinero, ya que habría un aumento de los límites de la incidencia delictiva de cada tipo, lo que convertiría en tortuosa la tarea de individualización de las conductas y desintegraría la estabilidad necesaria para el ordenamiento jurídico.

5.2. La salud pública como bien jurídico protegido

El tipo penal del artículo 344 bis.h) e i) ha sido el primero que ha tratado del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español, ubicándose la conducta dentro del tráfico de estupefacientes. El límite del tipo penal para el reciclaje de capitales estaba delimitado por los bienes provenientes de las conductas de narcotráfico, en atención a los compromisos internacionales

²⁸⁵ ALTIERI PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do delito antecedente...*, p. 74. Abonando la misma posición: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cíveis Correlatas...*, p. 98 y ss. En el mismo sentido, igualmente con razón: MELLO JORGE DA SILVEIRA, Renato de; SCHORSCHER, Vivian Cristina. “A Lavagem de Dinheiro e o livre exercício da advocacia”. *RABPCP*, Año 2, vol. 2 (ene.-jun. 2005), p. 150.

²⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. “A Lavagem de Dinheiro e o livre exercício da advocacia...”, p. 150.

asumidos por España en la Convención de Viena, con el objetivo de destacarlo de los delitos de favorecimiento real y personal²⁸⁷.

La inclusión del delito de blanqueo de activos dentro de los delitos contra la salud pública, como mecanismo de represión de los dividendos provenientes del tráfico de estupefacientes, generó la consideración de que el bien jurídico salvaguardado por ambos los tipos penales sería el mismo. O sea, el blanqueo de capitales provenientes del tráfico afectaría a la salud pública²⁸⁸, lo que rechazan algunos sectores de la doctrina de aquel país, porque reducir el tráfico de drogas a mera comercialización de drogas implicaría ignorar que produce grandes beneficios que necesariamente circulan por la economía²⁸⁹.

Fabián Caparrós precisa con razón: “el fundamento material del castigo del narcotráfico estriba en la protección de la salud de la colectividad; pero el blanqueo de la riqueza generada por el mercado de la droga y su ulterior reintroducción en los cauces oficiales atenta contra la salud del sistema económico, es decir, contra el *orden socioeconómico establecido*”²⁹⁰. Y añade que que las conductas destinadas a la legalización del capital sucio afectan al justo funcionamiento del mercado, minando su credibilidad, al servirse de instituciones financieras y elaborar contratos contando con la participación de profesionales de variadas áreas, lo que resulta en un mal funcionamiento de todo el orden económico²⁹¹.

Además, el blanqueo de activos afecta en otros casos al principio de la libertad de competencia, cuya descripción no admite el encuadramiento como delito contra el orden económico, pero sí contra la administración de la justicia (artículo 344 bis.h), aunque la otra figura típica estaría mejor encuadrada como un delito contra el patrimonio, por ser “una ampliación del objeto de la

²⁸⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “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”..., p. 605.

²⁸⁸ De forma general hay quien señala que todos los delitos contra la salud pública la afectan como bien jurídico, con la reserva de que el blanqueo de capitales resultante del narcotráfico no pierde su naturaleza de delito socioeconómico, por la irrupción de capital ilícito en el orden económico y en el sistema financiero (LORENZO SALGADO, José Manuel. “Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos”. En Lecciones de derecho sanitario [Coords.: Miguel Juane Sánchez; Francisco Javier Sanz Larruga y José María Gómez y Díaz-Castroverde, dir. congr.], 1999, pp. 410 y 455).

²⁸⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...”, p. 611.

²⁹⁰ *Ídem*.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 612.

receptación”²⁹². Las conductas de adquirir, utilizar o poseer bienes resultantes de los delitos de tráfico de estupefacientes apuntados en el artículo 344 bis del Código Penal no denotan con claridad el ánimo de blanquear el capital, pero sí, en ese punto, una obtención descuidada que no llega a afectar el bien jurídico de orden económico.

En conclusión, las conductas arriba descritas no consiguen afectar el bien jurídico salud pública, porque el destino económico del provecho de la actividad delictiva no puede de forma alguna ser asociado a su lesión. Las consecuencias económicas del blanqueo trascienden cualquier afectación a la salud pública, indiferente a si el provecho financiero es o no obtenido con el tráfico.

5.3. La seguridad interna del Estado como bien jurídico

El blanqueo de dinero conlleva una ampliación significativa de los riesgos para la preservación del Estado democrático y social de Derecho, ya que la inserción de capitales ilícitos en la economía legal tiene muchas consecuencias socioeconómicas e incluso modifica los indicadores que permiten señalar con precisión los elementos de las políticas públicas.

Así mismo, el lavado de dinero lleva a la debilidad del Estado como forma de preservar el orden público, pues el engrandecimiento de las organizaciones criminales provoca el debilitamiento del gobierno, al permitir que se promueva con mayor fuerza la economía informal y que se propague la corrupción en los servicios públicos²⁹³. Así, la macrocriminalidad organizada acaba, necesariamente y a la fuerza, pasando por una revitalización de sus activos, y el blanqueo de dinero se convierte en una de las etapas de asignación de fuerza monetaria para la organización criminal, propiciando ciertamente que las consecuencias de los delitos perpetrados por ella terminen afectando sin piedad a la sociedad y al Estado²⁹⁴.

²⁹² *Ibídem*, p. 613.

²⁹³ GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español...*, p. 44.

²⁹⁴ En este sentido, véase: CERNICHIARO, Luiz Vicente. “Crime Organizado”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (may.-ago. 1997); FANGANIELO MAIEROVITCH, Walter. “As Associações Mafiosas”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (may.-ago. 1997); BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. “Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado”. *Criminalidad organizada. Reunión*

Así pues, habría que deducir que el bien jurídico tutelado por los tipos penales que incriminan el blanqueo de dinero sería la seguridad interna del Estado, que actúa en la lucha contra el crimen organizado; pero esta interpretación es totalmente errónea, pues la mayoría de los delitos supraindividuales, y no exclusivamente el delito en análisis, muestran un intenso reflejo sobre la sociedad y sobre todo en el Estado, garante del orden público. Sumado a ello, debemos tener en cuenta que el blanqueo de dinero no siempre se lleva a cabo por organizaciones criminales, y que las cantidades 'blanqueadas' no siempre afectan a aspectos que incidan en la seguridad interna del Estado como un todo. En particular, se debe considerar que analizarlo desde la perspectiva de la macrocriminalidad organizada y considerarlo una parte integrante del concepto de bien jurídico es un error que confunde elementos de la política criminal con la teoría del bien jurídico²⁹⁵.

Abel Souto pronuncia las palabras capitales acerca de la incorrección de esa cuestión, también por el hecho de que la ley penal prevé como consecuencia jurídica de la infracción una intensificación en la pena en relación con los agentes que ocupan altos cargos dentro de escenarios destinados al blanqueo de dinero²⁹⁶. El blanqueo de dinero aumenta el poder económico de las personas y de organizaciones que basan sus ingresos en inversiones procedentes de la

de la Sección Nacional Española Preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest (Almagro, mayo de 1999). Universidad de Castilla-La Mancha, 1999; KICHLING, Michael. "Organized Crime Policies in Germany". En *Organized Crime in Europe: Concepts, Patterns and control policies in the European Union and beyond*. (Organizadores: Cirille Fijnaut y Letizia Paoli). Dordrecht: 2004, p. 717 y ss.; SANSÓ-RUBERT, Daniel. "El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional". *UNISCI Discussion Papers*, n.º 12 (oct. 2006), pp. 203-227; MAZLOUM, Casem. "Lavagem de dinheiro: lei n. 9.613, de 03.03.98". *Boletim IBCCrim*, v. 8. n.º 95 (sep.-oct. 2000), p. 4; SILVA, Juary C. *Macrocriminalidade*. RT: São Paulo, 1980, pp. 13 y ss.

²⁹⁵ Calderón Cerezo señala: "Algunos autores señalan que el bien jurídico protegido es la seguridad interna del Estado, pero no entendida como la preservación de orden público sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la criminalidad organizada en particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de beneficios cuantitativos que son necesarios para legitimar o reciclar como requisito indispensable para sus gastos. Así que en la medida que se penalizan las conductas de lavado, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes principales. Sin embargo, no creemos que esa línea de pensamiento indique cuál sería en realidad el bien jurídico protegido, sino que antes se refiere a una visión complementaria del problema desde una perspectiva de política criminal." (CALDERÓN CEREZO, Ángel. *El marco jurídico del blanqueo de capitales: Aspectos penales y administrativos*. Disponible en: http://www.datadiar.com/actual/novedades_05/penal/blanqueo/d_may_02c.htm. Fecha de consulta: 27/11/2007).

²⁹⁶ ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el derecho español...*, pp. 310-311.

actividad ilícita, lo que en última instancia afecta y genera una intrusión ilegal en el Estado y condiciona su funcionamiento. Según esta corriente, el fundamento de la penalidad se basa en la alteración del orden económico, en el cual se da la posibilidad de infiltrarse a la sociedad denominada de “criminalidad organizada”, que se infiltra ilícitamente en los fundamentos del Estado, aumentando peligrosamente su poder de organización.

En última instancia, según este análisis, el delito pondría en riesgo las estructuras y las bases del Estado social y democrático de Derecho. Así pues, el blanqueo de dinero contamina perniciosamente a la sociedad y al Estado, y por esa razón tal corriente sustenta a la propia seguridad interna del Estado y hasta la de otros países, que sería objeto de tutela en estos casos²⁹⁷. Pero, a nuestro entender, se trata de un análisis erróneo, pues tendríamos en ese caso una instrumentalización del Derecho penal que, valiéndose de la tutela penal, en teoría lo protegería contra el crimen organizado, o sea, que lo adoptaría para combatir un tipo específico de delito en típico Derecho penal del autor. Además, rompería la igualdad, porque hay otros delitos que dañan al Estado y que no están contemplados por la Ley penal, como los delitos contra el sistema financiero nacional, el orden económico y los delitos tributarios, entre otros.

La doctrina española presenta, además, otros argumentos válidos que rechazan ese bien jurídico como tutelado por la norma penal, como que la fluidez del concepto de seguridad interna del Estado puede ser fácilmente alterado con la ascensión de grupos políticos, los cuales pueden imprimir una fuerte carga ideológica. Como dice Aránguez Sánchez, “obtenido un cierto control sobre la toma de decisiones políticas, no han conseguido en su posición de base exclusivamente a su poder económico, sino también al empleo de un sistema de intimidación y recurso a la violencia que socava el correcto ejercicio de funciones públicas”²⁹⁸. En este sentido, debemos además tener en cuenta que mediante el poder constituyente se puede alterar la Ley magna, y con el acceso al poder sería posible alterar leyes libremente. Además, se aproximarían las economías lícita e ilícita, borrándose los aspectos diferenciales entre ambas y disolviéndose

²⁹⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “Blanqueo de Capitales y merecimiento de la pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española”. *CPC*, n.º 58 (1996), pp. 152-153.

²⁹⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...* p. 97.

en un mismo círculo económico común de naturaleza legal²⁹⁹, lo que causaría la bancarrota del Estado. Finalmente, y por otro lado, y como ya hemos apuntado, existen otros delitos que causan una erosión en el Estado y que no son contemplados por la Ley penal, como los delitos contra el sistema financiero nacional, el orden económico, contra la estabilidad del país y los delitos tributarios, entre otros.

Por todo lo dicho, el delito de reciclaje de capitales no tutela la seguridad interna, máxime dada la especial fragilidad constitucional de contar con un bien jurídico demasiado amplio, lo que viola el principio de ofensividad y posibilita contar con un Derecho penal “de simple voluntad o de peligrosidad”³⁰⁰.

5.4. El bien jurídico administración de la justicia

El blanqueo de capitales es un delito que afecta en varios aspectos a la sociedad, por lo que caben predominantemente al Estado el deber y el interés de combatirlo. Su daño excede el ámbito nacional y los efectos negativos de esta conducta llegan a una pluralidad de sustratos tan drásticamente, que el Estado y sus gobiernos serían objeto de descrédito por parte de la sociedad si no procurasen eliminarlo con vigor.

²⁹⁹ *Ídem.*

³⁰⁰ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal...*, p. 80.

La base que erige la administración de la justicia³⁰¹ como bien jurídico³⁰² es oriunda del Derecho penal de Portugal, Alemania³⁰³, Italia³⁰⁴ y, en parte, de Brasil. Al penalizar los delitos de blanqueo de dinero, el Estado presenta fehacientemente su interés en la protección de la reputación y la dignidad de la actividad judicial, en la medida en que su función principal es controlar el orden público y la vida en sociedad. La visión viene de una idea restringida de las tareas asignadas al Estado en el contrato social, conforme a la cual, mediante el pago de los impuestos y la autolimitación de su libertad por el bien de las pautas de convivencia, el individuo delega a la entidad estatal la función de garantizar la seguridad pública. Así pues, reprimir el blanqueo de dinero significa restablecer la vigencia del mecanismo de la justicia penal como forma de censurar los delitos³⁰⁵.

Maia, a pesar de reconocer la pluriofensividad que se respira en este delito, está de acuerdo con esta idea al señalar que sobresale el aspecto referido

³⁰¹ En ese paréntesis conviene señalar las palabras de Tavares, que dice: “Si tomamos el orden jurídico-penal bajo el presupuesto de garantía, la incriminación de una conducta solo debe tener por objeto jurídico lo que pueda resultar de un ente real estable –la persona humana–, y no de una función, siendo inválidas las normas que así lo traten. La distinción entre función y bien jurídico es, pues, esencial a un derecho penal democrático. Además de eso, está claro que, en haz de la complejidad de la vida, algunas funciones se van materializando, de tal modo que sus variables puedan constituir una realidad, aunque puramente normativa, pero irreducible a simples grandezas, hecho que las vuelve indispensables a la existencia del Estado o del propio individuo. Eso ocurre, por ejemplo, con la administración de la justicia, que es hoy una función indeclinable del Estado democrático. La característica de esa función de servir, indistintamente, a todos, en el sentido de una universalidad y su vinculación a la propia estructura del Estado, le da estabilidad y la convierte en bien jurídico, porque se constituye valor de la persona humana” (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2 ed. Delrey: Belo Horizonte, 1992, pp. 212-213).

³⁰² Prado señala que “todavía cumple observar que, en el contexto de protección de algunos bienes jurídicos, sobre todo de carácter transindividual, en que las dificultades delimitadoras son ingentes, se echa mano muchas veces de la función como parte o elemento de un todo más amplio, por así decir contextualizada, o sea, insertada y adicionada en un contexto legal definido, como medio necesario para la protección de determinado y específico bien jurídico o para cumplir ciertas finalidades socioeconómicas o jurídicas, consagradas incluso por el Estado democrático y social de Derecho. A pesar de ser reconocidamente problemática la materia a la luz de la garantía ejercida por el bien jurídico, se debe ponderar cuidadosamente su real importancia y las limitaciones de su empleo. Señálese, entonces, como preferible, operar la función en el campo penal solamente como marco de referencia, bajo pena de incurrirse en el peligro de erosión de las demarcaciones obtenidas a través del principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos como pauta mínima exigida para la influencia penal.” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I. 12 ed. RT: São Paulo, 2013, p. 319).

³⁰³ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico: parte general y especial...*, p. 344.

³⁰⁴ Véase más en capítulo específico sobre el Derecho penal europeo y el delito de blanqueo de capitales, cuando atendemos al delito en Italia.

³⁰⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”..., pp. 63 y ss.

a la administración de justicia, porque las conductas ilegales violan el interés del Estado en averiguar el origen de bienes e identificar el sujeto activo, además de combatir la ilegalidad por perjudicar el curso normal de la justicia. Al mismo tiempo hace hincapié, para los delitos anteriores en que haya repercusión económica o patrimonial, en evitar que los activos ilícitos se alejen de su fuente³⁰⁶.

Desde otra perspectiva, Podval señala: “Al castigar el blanqueo de dinero, se trata de evitar que el producto ilícito pueda ser transformado o ‘disuelto’ en el entorno social, evitándose su confisco, y la identificación de la autoría y la materialidad del delito anterior”³⁰⁷; mientras que De Grandis considera asimismo que debe prevalecer el “abstenerse de la práctica de cualquier acto que pueda inducir a error, desviar o desencaminar la actividad judicial”³⁰⁸.

Ragués Vallés defiende que la tipificación del blanqueo de capitales se justifica por la función preventiva ejercida por la administración de la justicia a través de la confiscación y la imposición de pena³⁰⁹, no sin antes destacar la estrategia político-criminal española de reforzar el combate de los delitos previos, de modo que su salvaguardia también podría ser encuadrada como bien jurídico.

Así pues, la doctrina, con diferentes motivos, adopta esta comprensión y parte del supuesto de que el blanqueo de dinero primordialmente afecta a los intereses de la Justicia en el ejercicio de su poder-deber investigativo³¹⁰ con

³⁰⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98...*, p. 57.

³⁰⁷ PODVAL, Roberto. “O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro”. *RBCcrim*, n.º 24 (oct.-dic. 1998), p. 211; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 3 ed. Renovar: Río de Janeiro, 2006, p. 866; FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais...*, p. 141; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: Su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Centro para la administración de la justicia: Miami, 1998, pp. 45-46.

³⁰⁸ DE GRANDIS, Rodrigo. “O exercício da advocacia e o delito de ‘lavagem’ de dinheiro”. En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*. [Org: Carla Veríssimo De Carli] Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011, p. 121.

³⁰⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Lavado de Activos y Negocios Standard”. En *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. La Lectura/Lerner: Córdoba, 2001, pp. 642-646. En el mismo sentido: BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del Blanqueo de Capitales: Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho* (Tesis Doctoral). Universidad Pompeu Fabra, 2009, p. 362.

³¹⁰ VIGNA, P. L.; LAUDATI, A.; DELL’OSSO, P. L. M. *Sistema Criminale ed Economia*. CEDAM: Padua, 1998, p. 11; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de*

respecto a su buen funcionamiento³¹¹ y al orden socioeconómico, así como respecto al instrumento del delito usado como forma de eliminar las huellas de su delito anterior.

A pesar de lo dicho, desde aquí insistimos en que el delito de blanqueo de dinero interfiere inicialmente en el orden socioeconómico, aunque más adelante afecta aún más a la administración de la justicia. Este es, sin duda, uno de los fines del Estado, que debe garantizarla como contraprestación a las incumbencias ofrecidas a los ciudadanos en el contrato social; sin embargo, considerar dicho interés como el único elemento afectado por el delito es olvidarse de que el propio Estado concentra, dentro del orden constitucional, espectros de intervencionismo y dirección económico-social para garantizar su estabilidad y equilibrio dentro de la Constitución.

Admitir la idea de que el bien jurídico tutelado en el blanqueo de dinero es únicamente la administración de la justicia es lo mismo que querer darle al blanqueo de capitales un poder especial, una verdadera distinción respecto al tipo penal real de favorecimiento³¹². En opinión de Pitombo, el bien jurídico administración de la justicia no sirve como limitador de la incidencia del tipo, porque no se registraría la intensidad de la lesión de forma independiente sin modificar su resultado. “En otras palabras, en el caso del lavado de dinero, el bien jurídico ‘administración de la justicia’ convertiría en letra muerta el *principio de ofensividad*, y poco ayudaría para la configuración del injusto”³¹³.

Este autor señala asimismo que los problemas relativos al tipo subjetivo, respecto a quien procede al blanqueo de dinero frente al que participa en el delito antecesor, pues practicar el delito motivado por propósitos financieros se asemejaría al recibimiento en mayor intensidad que el favorecimiento real; y

Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012. RT: São Paulo, 2012, p. 74.

³¹¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 381.

³¹² PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro...*, p. 211; RIBEIRO VELOSO, Ricardo. “Problemas Penais sobre a Lavagem de Dinheiro”. En *Crimes Tributários e Econômicos*. (Organizador: Ricardo Ribeiro Veloso). Quartier Latin: São Paulo, 2007. p. 263. En contraposición en el Derecho penal de España: FARALDO CABANA, Patricia. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”. *EPI*, XXI (1998), p. 128.

³¹³ ALTIERI MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do delito antecedente...*, p. 75.

señala asimismo los problemas resultantes de la preparación de las fases de la consumación delictiva³¹⁴. En principio, hay que señalar que, si el sujeto cometió el delito antecedente y después practicó el blanqueo de capitales procedentes de dicho delito, se podría decir que habría punición del agotamiento en lo que respecta a la repetición de la autoría, cuando se considera solamente el bien jurídico administración de la justicia, lo que nos parece equivocado.

Habría controversia respecto de la conducta y las hipótesis al punirse el delito precedente sin que se puna el delito de blanqueo de capitales, como también habrá casos en los que se enfrentará un conflicto en el seno del *iter criminis*, al desconsiderarse la teoría monista que fundamenta el concurso de agentes dentro del Código Penal, supuesto en el que, por el mismo hecho, habría responsabilidad penal distinta sin que hubiera una excusa absolutoria o una causa de exclusión o justificativa; esto es, se adoptaría una bifurcación dualista sin el soporte dogmático. Además, se consideraría un favorecimiento real especial con una pena mucho más grave y peor, sin los excluyentes de tipicidad que aquel tipo penal admite, no se justificando la existencia del blanqueo de capitales imprudente en España y la ausencia del favorecimiento real con mismo elemento subjetivo³¹⁵ y al margen del principio de proporcionalidad, contrapuesto a los delitos de los artículos 349 y 451, respectivamente, del CPb y CPes.

En definitiva, el bien jurídico administración de la justicia es, para algunos, fluido³¹⁶ y demasiado permisivo a la intromisión de factores ajenos a las finalidades constitucionalmente previstas para el Derecho Penal³¹⁷. La

³¹⁴ Pitombo señala: “Si es verdadera la relación género-especie entre ambas infracciones penales, se debe decir que el delito de lavado no sería típico, si lo comete el autor del delito antecedente, porque no se pune el *auxilium post delictum*, realizado por aquel que practicó el propio delito anterior, sea como autor o partícipe (art. 29 CP).” (*Ibidem*, pp. 75-76). En España, en el mismo sentido, véase: GOMÉZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 35.

³¹⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 94/95.

³¹⁶ ALTIERI MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do delito antecedente...*, p. 77.

³¹⁷ Expone Costa: “Defendemos que la incriminación de las conductas penalmente relevantes se fundamenta en un orden de razones que no debe confundirse con las razones ‘débiles’ que eventualmente vienen de motivos laterales de mera eficiencia de un sistema. El hecho de que se cree un tipo legal, para que de esa manera mejor o más fácilmente se desenvuelva, legalmente, cualquier actividad persecutoria, es actitud político-legislativa poco clara que, además de eso, puede tener efectos perversos.” (FARIA COSTA, José de. “O branqueamento de capitais. Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal”. En *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra Editores: Coimbra, 1999, p. 313).

administración de justicia no se puede considerar de forma autónoma como bien jurídico del delito en discusión, porque significaría renunciar a una nueva necesidad político-criminal de incriminación de este delito autónomo como una conducta que afecta a la sociedad mediante la inserción de valores ilegales en la economía legal³¹⁸, y demandaría una tipificación autónoma, sin ninguna razón para justificar la exención de la pena³¹⁹.

Sostenemos, por tanto, el posicionamiento de que el blanqueo de dinero afecta a la administración de la justicia; pero conferirle el poder de alcanzar aislada y únicamente el bien jurídico antedicho, es contemplar el fenómeno de forma parcial³²⁰, unilateral y en desacuerdo con la realidad jurídica y socioeconómica.

5.5. El orden socioeconómico como bien jurídico tutelado

5.5.1. Libre competencia

La libre competencia es fundamental para la preservación de la vida económica de una sociedad, una vez que está marcada por la intervención estatal en el campo económico³²¹, ya sea por la explotación directa, ya por el dirigismo en el rumbo económico³²².

Al respecto, Klajmic apunta como papeles del Estado, dentro del nuevo escenario económico-social, los de fiscalización, incentivo y planificación. Tales papeles son determinantes para el sector público e indicativos para el sector privado, tanto fiscalizando las normativas existentes para reglamentar los agentes económicos o actuando para fomentar sectores de la economía, como

³¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 375. En el Derecho penal español hay quien afirma lo contrario: SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. "Blanqueo de Capitales y merecimiento de la pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española"..., pp. 143-144.

³¹⁹ ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 295.

³²⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana María. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal...*, p. 63. En Brasil: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 374-375.

³²¹ Sobre el derecho antitrust dice Oliveira: "Se trata de un sistema cuya génesis se orienta a la actividad del particular, o, en palabras de Hayek, a garantizar la autorregulación de los agentes económicos a través de las fuerzas de mercado." (OLIVEIRA, Gesner de. "Ilícito concurrencial e Direito antitruste". *RDE*, n.º 24 [jul.-dic. 1996], p. 29).

³²² En ese sentido, cfr.: QUADROS DE MAGALHÃES, José Luís. "Tipos de Estado. Globalização e Exclusão". *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 6 (sep.-dic. 1998).

evitando con la planificación los rigores de una racionalización vinculante de la economía, a través de la superposición de un sistema económico basado en la regulación de las leyes de mercado³²³. En este sentido, el mantenimiento de la igualdad en la disputa por los espacios de mercado puede conducir al control y alcance del equilibrio entre libertad económica, preservación del uso lícito del mercado y optimización de los recursos dentro del capitalismo competitivo³²⁴.

En Brasil, la Ley 12.529/11 presenta en su artículo 36 los actos que configuran abuso del poder económico³²⁵ y lesionan el orden económico como bien jurídico³²⁶, los cuales están en simetría con los artículos 170 y 173.4.º de la CRFB³²⁷. En la Constitución de España, la libre competencia es materia reglada en los artículos 9.2 y 38, donde se expresa la necesidad de concreción de un orden económico y social justo.

La defensa de la igualdad en la competencia o de la paridad de fuerzas entre los agentes económicos es algo que el Estado debe tutelar severamente y de modo extremadamente intenso, toda vez que las conductas que desequilibran

³²³ KLAJMIC, Magali. "Política legal da concorrência". *RDE*, n.º 27 (ene.-jul.1998), pp. 81-82.

³²⁴ Según Lembo, "[el] capitalismo competitivo exige la presencia de parejas económicas distintas que, practicando saludable competición, procuran, mediante perfeccionamiento de los medios de producción y prestación de servicios, disminuir costos, ofrecer productos y servicios más cualificados y por menor precio" (LEMBO, Cláudio. "Capitalismos e Sistema Financeiro". *RDE*, n.º 26 [sep.-dic. 1997], p. 41).

³²⁵ El artículo 36 de la Ley 12.529/11 dice: "Constituyen infracción del orden económico, independientemente de culpa, los actos manifestados bajo cualquier forma que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no sean alcanzados: a) Limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa; b) Dominar el mercado pertinente de bienes o servicios; c) Aumentar arbitrariamente las ganancias; d) Ejercer de forma abusiva posición dominante".

³²⁶ SADDI, Jairo. "Concentrações no Sistema Financeiro Nacional". *RDE*, n.º 26 (sep.-dic. 1997), p. 48.

³²⁷ Forgioni explica que "a los agentes se les asegura la libertad de desarrollo de una actividad económica y, para garantizar el mantenimiento del sistema y de las reglas del juego, se disponen límites a la actuación de esos mismos agentes, disciplinando su comportamiento en el mercado. La disciplina de la competencia, pues, se encuentra en relación con la libre competencia." (FORGIONI, Paula. "Posição Dominante e seu abuso". *RDE*, [sep.-dic. 1997], p. 117). La misma autora prosigue: "Así, todas las veces que un acuerdo entre agentes económicos tiene por consecuencia proporcionar a los partícipes una condición de independencia de comportamiento (aunque colectivo) y en relación a otros agentes económicos, podemos hablar de existencia de posición dominante" (*Ibidem*, p. 123). "La reglamentación del ejercicio de la posición dominante y del poder económico, que le es presupuesto, se muestra de una simplicidad bastante elocuente. El poder económico implica sujeción (sea de los concurrentes, sea de agentes económicos actuantes en otros mercados, sea de los consumidores) a aquel que lo detenta. Al revés, implica independencia, absoluta libertad de actuar sin considerar la existencia o el comportamiento de otros sujetos." (*Ibidem*, pp. 110-111).

las reglas de mercado y la paridad entre los agentes económicos atañen a la circulación de la riqueza, así como, de forma directa, a los consumidores y a toda la sociedad.

La libre competencia es vista también como un bien jurídico igualmente afectado por el blanqueo de capitales³²⁸, ya que es fundamento del orden económico, conforme prescribe el artículo 170 de la CRFB, ubicado en el Capítulo I del Título VII, relativo al orden económico y financiero; mientras que en la CE se ubica en el Preámbulo y en los artículos 9.2 y 38.

El reciclaje de capitales obliga a introducir los activos en el mercado lícito del modo más económico y transparente posible, aunque sin pasar en su totalidad, evidentemente, por el procedimiento interno de obtención, apuración y utilización. Los activos quedan así exentos de carga tributaria y libres de fiscalización gubernamental directa, lo que implica, a su vez, una inyección de capital más barato en los mercados lícitos. La consecuencia es un desequilibrio en el trato económico del mercado³²⁹ y entre los competidores y los integrantes de toda la cadena de consumo³³⁰, además del daño provocado a la función social de la empresa.

Aránguez Sánchez sigue defendiendo que la obtención del capital ilícito y su transformación en lícito genera dificultades en el mantenimiento de la libre competencia cuando se observa bajo el prisma de los competidores que no echan mano del blanqueo de capitales, porque hay en relación a aquellos la obtención de capital con costos económicos muy bajos³³¹. La imprevisibilidad de la conducta del blanqueador en el mercado constituye, según este autor, un atentado a las reglas de competencia, pues no se comporta según criterios de racionalidad económica, ya que invierte en títulos de baja rentabilidad, pero exentos de control del Estado, porque no busca lucro, pero sí tranquilidad. El

³²⁸ GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 39

³²⁹ Fonseca apunta que “Las cuestiones jurídicas no pueden ser analizadas solamente por medio de criterios jurídicos, más comúnmente abstractos. La realidad de los problemas que se ponen exige que se adopten métodos más próximos a la propia vida concreta de los seres. El derecho tiene que ver con el comportamiento humano, y este se rige siempre por la búsqueda de una maximización racional” (LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. “Admissibilidade de atos que limitam a concorrência”. *RDE*, n.º 26 [sep.-dic. 1997], p. 26).

³³⁰ CHOCLÁN, Ángel; CALDERÓN, Ángel. *Derecho Penal: Parte Especial*. Bosch: Barcelona, 2001, p. 336.

³³¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 98.

reciclaje de activos ilícitos atenta contra las reglas de comportamiento económico en el mercado, que es disciplinado por la competencia leal, bien jurídico tutelado igualmente por delitos contra el consumidor, el sistema financiero y societario³³².

Existe, así pues, el argumento de que el agente obtiene capital ilícito a bajo costo y pretende reinvertir en la economía de forma agresiva, dificultando la libertad de competencia; o bien que promueve inversiones a bajo costo para mantenerse invisible, lo que igualmente afecta a la identificación y localización de la competencia en el Estado.

El delito de legitimación de capitales no está siempre coligado con un ilícito *antitrust*, pues no siempre los blanqueadores de capitales están involucrados en empresas que necesariamente tengan la finalidad de lograr lucro y dividendos, siendo común que inviertan en pequeños negocios para mejor diluir el capital. A veces incluso soportan los reveses empresariales, para poder conseguir parcelas 'saneadas' para los activos, cumpliendo los encargos gubernamentales. De ese modo no despiertan la atención del Estado sobre el montante de capital en juego, ni mucho menos atraen problemas competitivos, lo que chocaría con el objetivo del agente que blanquea activos³³³, que depende de la discreción y el silencio para el éxito de sus intenciones.

Otro aspecto que merece tenerse en cuenta es que los blanqueadores de capitales no quieren asumir una posición de dominio del sector de mercado, pues no persiguen alcanzar privilegios fiscales ni conquistar el monopolio de dicho sector, sino únicamente el disfrute transparente del capital³³⁴. Y aún cabe destacar que, agregado al costo económico mencionado, se debe computar el valor social y jurídico, que es más elevado, pues la conminación de pena es grave y cumple su finalidad preventiva general³³⁵.

³³² *Ibidem*, p. 101. Insiste en esa idea de ausencia de racionalidad económica MATEOS MARTÍN, José Antonio. "El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado". *Revista de Derecho UNED*, n.º 12 (2013), p. 480.

³³³ En ese tono se manifiesta de modo feliz ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el derecho español...*, p. 334.

³³⁴ ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el derecho español...*, p. 335.

³³⁵ *Ibidem*, pp. 335-336.

Puede afirmarse, en este sentido, que existe una tendencia maximizadora, tanto en la Constitución como en la legislación, respecto al campo de incidencia de la libre competencia, notablemente por ser un elemento de senda administrativa y empresarial, donde hay una mayor fluidez de los preceptos jurídicos³³⁶. Los bienes blanqueados no necesariamente serán reemplazados en la economía lícita –esa es una presunción inocente–, y aunque se imagina que los activos serán siempre destinados conforme a su origen, no pocas veces se recorre un camino diametralmente opuesto. Afirmar que el blanqueamiento está conectado obligatoriamente con la criminalidad organizada nos parece equivocado, pues el blanqueo se producirá incluso sin la existencia de la estructura que la macrocriminalidad económica demanda para organizarse³³⁷. Como regla general, dicho argumento no merece prosperar en su totalidad, toda vez que el blanqueo de capitales desea ser una actividad insidiosa, o sea, que la actuación de la legitimación de los valores se realiza lejos de las figuras estatales de fiscalización y al margen de su capacidad de percibirla.

En lo que respecta a los efectos microeconómicos, resalta Brandão que el reciclaje de dinero ocasiona también situaciones de competencia desleal y enturbia el mercado con empresas ficticias, instaladas bajo manto de legalidad, pero utilizadas para el reciclaje de activos ilícitos. La inyección de capitales ilegales permite que adopten prácticas comerciales más agresivas y menos acompañadas a los límites trazados por la economía, de modo que consigan dominar el mercado y obtener supremacía en el escenario económico, ocasionando el cierre de otras empresas³³⁸. Por nuestro lado, creemos que, pese a no blanquearse capitales en aporte suficiente como para que se domine el mercado, puede ocurrir que, mediante la inyección de capitales en negocios no rentables, se debilite la competencia, pues se está construyendo una falsa imagen del escenario local del mercado y contribuyendo a falsear los índices de la economía lícita. Esta situación desestabiliza el mercado legalmente formado, pues induce a otros contendientes a modificar estrategias, contaminando a

³³⁶ *Ibidem*, pp. 336.

³³⁷ *Ibidem*, p. 336-337.

³³⁸ BRANDÃO, Nuno. *O Branqueamento de capitais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002, p. 22.

quienes están disputando el mercado en condiciones de igualdad. Por todos estos motivos el blanqueo de capitales debilita la microeconómica.

Sin embargo, ese fundamento encuentra resistencia sólida en la doctrina española, en especial en la pertinente lección de Palma Herrera, quien señala que son muchos los mecanismos para blanquear capitales, sin que con todos ellos se porvoque el desequilibrio en la libertad de competencia³³⁹, y que de hecho la mayoría de las empresas en esa situación no ocupan posición de superioridad o relieve económico.

5.5.2. Tráfico lícito de bienes en la economía

Las Constituciones de los dos países en estudio han incluido en sus preceptos, de modo expreso, la tutela jurídica del orden socioeconómico, al que le confieren una protección multiforme, determinando conductas de fiscalización y preservación del estado de equilibrio³⁴⁰, en el entendimiento de que la lesión de los intereses provenientes del orden económico causa graves consecuencias sociales y económicas.

Gomes Canotilho recuerda que la Constitución, con base en el principio democrático, reproduce un sistema económico abstracto y puro, marcado por la democratización del orden económico y social. La política económica y social a

³³⁹ PALMA HERRERA, José Manuel. "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En *Comentarios al Código Penal* (Dir.: Manoel Cobo Del Rosal). Edersa: Madrid, 1999, p. 667.

³⁴⁰ Apunta Gomes Canotilho que "la Constitución, al imponer a los órganos del Estado la creación de presupuestos materiales para la realización de la democracia social y económica, le prescribió *funciones de Estado de tercer orden*. Esto significa que el cuadro de las funciones del Estado no se reduce al mantenimiento de la seguridad interna y externa del Estado, al mantenimiento de un orden-cuadro para el ejercicio de libertad política y económica (funciones de Estado de primer orden). Tampoco las funciones de Estado se reconducen a una política de «intervención» y «estímulo» con el fin de crear instrumentos de «integración» necesarios a la organización capitalista de la economía (funciones de Estado de segundo orden). Se ha avanzado hasta funciones de Estado de tercer orden, que presuponen intervenciones cualitativas en el orden económico existente. Estas intervenciones no se limitan a una función de *dirección (Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht)* o de «coordinación» de una «economía de mercado»; son instrumentos de transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales (art. 9.º.d). Más problemática es ya la cuestión de saber si la Constitución impone un «*productive State*» –que se ha mostrado ineficiente y burocratizado– o si la democratización económica, social y cultural puede ser conseguida por instrumentos distributivos y redistributivos más flexibles y dinámicos. (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional...*, p. 474).

implementarse por el legislador es una política de concreción de principios constitucionales, y no una política carente de carga axiológica de neutralidad económica. El principio de la democracia social y económica impone un límite y al mismo tiempo un impulso al legislador: en el primer caso, este no puede crear una política económica y social opuesta a las normas constitucionales; y, en el segundo, el legislador y los órganos ejecutivos sufren una influencia positiva, siendo llevados a establecer una política acompasada con la Constitución, con vistas a una justa expectativa de oportunidades³⁴¹.

Por su lado, Paterniti afirma que la “tutela penal se dirige a situaciones o hechos económicos de interés general”³⁴², algo con lo que estamos de acuerdo, considerando al hombre como base fundamental del Derecho penal. El Derecho penal de la economía vislumbra el orden socioeconómico como “regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”³⁴³. Y es que el orden socioeconómico solamente puede ser visualizado como bien jurídico intermedio espiritualizado³⁴⁴ por su generalidad, debiendo concretarse qué matiz ha sido afectado concretamente en cada uno de los delitos socioeconómicos.

El delito de blanqueo de capitales presenta una serie de consecuencias negativas para la regulación del funcionamiento del orden socioeconómico, o sea, la “regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”³⁴⁵

³⁴¹ *Ibidem*, p. 475.

³⁴² PATERNITI, Carlo. *Diritto Penale dell' Economia*. G. Gianpidelli Editora: Turín, 1995, p. 41.

³⁴³ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...*, p. 129.

³⁴⁴ Apunta Martínez Buján-Pérez que la construcción arriba apuntada debe aplicarse “a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, con respecto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o puesta en concreto peligro, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conductas; de ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo, la acción individual carezca de la necesaria lesividad. Por consiguiente, la técnica de tipificación que se propone para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales que se consideren dignos de protección penal es la de construir la figura delictiva sobre la base de un bien intermedio «representante» o con función representativa, que es el que se ha de resultar *inmediatamente* lesionado (o, en su caso, puesto en concreto peligro) por el comportamiento típico individual, y sin que, por su parte, sea preciso acreditar esa efectiva lesividad (lesión o peligro concreto para el bien inmaterial *mediatamente* protegido” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general...*, p. 174).

³⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; FARALDO CABANA, Patricia; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; PUENTE ABA, Luz María. *Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 72. Similarmente: ASSIS BETTI, Francisco de. *Aspectos dos crimes contra o*

atendiendo a sus diversas facetas, puesto que el sistema se vuelve frágil, el mercado queda expuesto a los efectos nefastos de la especulación y existe una pérdida de parte de los valores destinados a la inversión en el mercado local, nacional y regional³⁴⁶. Todo ello, además de provocar una hipersensibilidad a la economía como un todo³⁴⁷, frustra las justas expectativas de las personas a interaccionar en una economía marcada por la confianza en el origen de los rendimientos y en la legalidad de los negocios jurídicos entablados con los capitales³⁴⁸.

En definitiva, y ateniendo a los fundamentos económicos existentes en los textos constitucionales, podemos percibir que el ataque a la libre circulación de capitales lícitos promovido con el blanqueo de capitales en la economía implica la quiebra de la igualdad de oportunidades entre quienes desean explotar la economía; evita el que se pueda recurrir a las reglas de competencia; adultera variables del mercado como el precio, el interés y la oferta; y, finalmente, impide el aseguramiento de la estabilidad de los mercados financieros y de las economías nacionales³⁴⁹. En términos más inmediatos, los movimientos menos densos y complejos provenientes del blanqueo de capitales hace proliferar en la economía el capital con trazos de ilicitud, el cual termina por generar movimientos de especulación, de desvalorización o supervaloración intencional de bienes, y desplazamientos en los costos de producción, en las condiciones del mercado y, en general, una falsa sensación de crecimiento económico.

A pesar de los sustanciosos argumentos de matriz criminológica y económica, la adopción de la tutela penal de la intervención del Estado en la economía, que podría permitir la tutela, vacía de contenido la carga axiológica inherente al significado del bien jurídico y confiere aires de directriz estrictamente política a la definición de la incidencia del Derecho penal, pues el objetivo de la

sistema financeiro no Brasil: Comentários as leis 7.492/86 e 9.613/98. Delrey: Belo Horizonte, 2000, p. 51.

³⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la EU sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido". En *Derecho Penal Económico*. Hamurabi: Buenos Aires, 2005, pp. 267 y ss.

³⁴⁷ JIMENÉZ VILLAREJO, Carlos. "Delincuencia financiera y paraísos fiscales: cooperación jurídica internacional". *La Insignia: Diario Independiente iberoamericano* (sep. 2004), p. 2.

³⁴⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 86.

³⁴⁹ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 282-283.

represión del reciclaje de activos no es dar forma a directrices de índole política, sino salvaguardar aspectos centrales del mantenimiento de la sociedad, al margen de cualquier elemento político.

Nuno Brandão resalta que el fenómeno del blanqueo de capitales debe ser enfocado desde la perspectiva macroeconómica, realzando que el delito que comentamos afecta al mercado con falsas alarmas, y con ello la estabilidad económica de los mercados emergentes, pues lo que importa para el agente es la impunidad, y no márgenes de beneficio más atractivos. Los capitales blanqueados son cantidades suficientes como para causar inestabilidad monetaria, dada la oscilación de tasas de cambio e intereses. Eso conduce a variaciones en el mercado y en la política económica en el seno de los sectores de inversión, lo que distorsiona el mercado y pone en jaque el desarrollo económico, pues, unido al decaimiento de la credibilidad de la plaza financiera, aleja a los inversionistas, temerosos de la ausencia de transparencia y de la falta de respeto a los códigos de conducta empresarial y económica³⁵⁰, y en concreto acuerdos internacionales como los Principios de Wolfsberg, la Declaración de Basilea, etc. En este caso, a nuestro entender, el autor se apoya en fundamentos sólidos y correctos en su posicionamiento sobre las consecuencias negativas para las esferas de la economía, con alto potencial de afectación de tal segmento del orden económico.

Por su lado, Abel Souto afirma que en los delitos de reciclaje de activos el bien jurídico tutelado es la licitud de los bienes en el tráfico económico y financiero, y observa que “el bien jurídico protegido por el artículo 301 de nuestro Código Penal lo constituye el interés de la comunidad en preservar la licitud de

³⁵⁰ BRANDÃO, Nuno. *O Branqueamento de capitais...*, p. 21. En la misma línea destacamos: KAPLAN, Marcos. *Economía criminal y lavado de dinero...*, p. 229; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, p. 14; GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 65.

los bienes que son objeto de la circulación mercantil³⁵¹, salvaguardando de ese modo el normal funcionamiento de la economía y del mercado³⁵².

Prado, con razón, expone que “el bien jurídico protegido –de carácter transindividual– viene a ser el orden económico-financiero, el sistema económico y sus instituciones o el orden socioeconómico en su conjunto (bien jurídico categorial), en especial la licitud del ciclo o tráfico económico financiero (estabilidad, regularidad y credibilidad del mercado económico), que propicia la circulación y competencia de forma libre y legal de bienes, valores o capitales (bien jurídico en sentido técnico)”³⁵³. En efecto, el tráfico lícito de las riquezas permite, en su plenitud, la libertad económica de un país y justifica el interés estatal en su control³⁵⁴; y favorece una mayor intensidad de oportunidades de negocios, lo que, unido a una intervención regulatoria del Estado en la economía,

³⁵¹ ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el derecho español...*, p. 346; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, p. 14; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico, parte especial...*, pp. 482-483. En Brasil: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A Lavagem de Dinheiro e o livre exercício da advocacia...*, pp. 151-152. En Italia, Azzali expone los motivos del daño al orden económico: “La facilidad, rapidez y magnificencia, en particular, de la delincuencia organizada para financiar la operación económica son tales que se prestan a subvertir todos los preceptos del mercado, el desenvolvimiento de los precios en el régimen de competencia, las transacciones en las bolsas de valores y la formación de los títulos de deuda pública y de la propiedad. Ante tal subversión, la cualidad del capital de origen lícito parece destinada a sucumbir frente al de origen delictivo.” (AZZALI, Giampiero. “Diritto Penale dell’offesa e riciclaggio”. *RIDPP*, fasc. 2 [abr.-jun. 1993], p. 433). En idéntico sentido, FLICK, Giovanni Maria. “La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive”. *RIDPP*, fasc. 4 (oct.-dic. 1990), pp. 1266-1267; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales...* p.66.

³⁵² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales...*, p.81-86.

³⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 374-375. Acertadamente, y con razones, tenemos a Cervini, Gomes y Terra de Oliveira: “Debido a las graves consecuencias para el sistema económico y financiero (como el deterioro del flujo normal del capital, la competencia desleal, la creación de monopolios o grupos dominantes, la poca visibilidad de las transacciones financieras, el abuso del poder económico, la facilitación de la corrupción, etc.), el blanqueo de dinero es considerado por gran parte de la doctrina como una categoría delictiva que socava la «seguridad del orden económico y financiero». Con el establecimiento de infracciones penales especiales contra los procedimientos de lavado de dinero, buscamos proteger fundamentalmente la normalidad del tráfico legal en el mundo de la economía.” (CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 321) En el mismo sentido, FÖPPEL, Gamil; MARTINS LUZ, Ivana. *Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais*. Lumen Juris: Niteroi, 2011, pp. 24-25; COUTO DE BRITO, Alexis. “Crimes de ‘Lavagem de ativos’ (Lei 9.613/98)”. En *Legislação Penal Especial*, vol. II. [Orgs: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira; Paulo Henrique Aranda Füller] 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 333; ALTIERI DE MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *‘Lavagem’ de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente...*, p. 93.

³⁵⁴ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, p. 14.

posibilita el desarrollo nacional y el expansionismo de las actividades empresariales, escenario que, en definitiva, permite la real manifestación del poder económico-financiero de la sociedad y asegura la salud económico-financiera del país³⁵⁵.

Existe una corriente doctrinal que, en Derecho penal supraindividual –especialmente en lo relativo al acrecentamiento del bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de activos–, sustenta la pluriofensividad de la conducta dentro de la realidad social³⁵⁶. Según esta corriente, dicha realidad

³⁵⁵ Dice Barros: “Se tutela, en realidad, el poder económico y financiero, con el fin de prevenir la ocurrencia de delitos que ponen en peligro la seguridad de las operaciones y transacciones realizadas por el mercado, por cierto, también accesibles a las organizaciones criminales”. Y continúa: “...la ley fue promulgada con la intención de garantizar la salud económica y financiera del país, con vistas a prevenir la legalización o regularización del capital o patrimonio obtenido con la práctica del delito antecedente.” (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas*. RT: São Paulo, 2004, p. 98-99). Sin embargo, observamos que el autor ha cambiado de postura y su nueva línea de pensamiento apunta a que el bien jurídico ‘inmediato’ es la estabilidad y credibilidad de los sistemas económico y financiero, siendo el ‘mediato’ el orden socioeconómico (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas*. 3 ed. RT: São Paulo, 2012, pp. 42-47). Sostiene el autor que no todo blanqueo de capitales afectará al bien jurídico mediato, idea con la que no estamos de acuerdo, puesto que, como se dirá, vislumbramos el blanqueo de capitales como delito pluriofensivo, con lesión del orden socioeconómico y con consecuencias micro y macroeconómicas constantes, además de afectar a la administración de la justicia. El Derecho penal no se presta a tutelar la credibilidad/estabilidad de la economía, porque representa la salvaguardia de funciones del Estado para fines de facilitación de la circulación de riqueza; lo que se desea proteger es el tráfico lícito de bienes y la libre competencia, cuya consecuencia será la protección de la función del sistema económico-financiero. Al admitir la tutela de la estabilidad/credibilidad, estamos confiriendo más relevancia a las instituciones que a la actividad llevada a efecto por los agentes económicos y financieros, consistente en propiciar la circulación del capital.

³⁵⁶ Terra de Oliveira dice que, “dogmáticamente, la «generalización del concepto de bien jurídico» puede ser considerada una tendencia de la actual construcción de tipos penales. Vivimos en la actualidad una realidad criminológica bastante distinta de la que sirvió de base para la construcción de los tipos penales tradicionales, y una poderosa criminalidad organizada ha dado origen a una compleja delincuencia económica merecedora de una reglamentación penal más específica y abarcadora. Mucho más allá de afectar las relaciones interpersonales y el patrimonio individual, la delincuencia organizada y los procesos de blanqueo de dinero poseen objetivos y finalidades especiales, distanciados de la criminalidad tradicional, desarrollando en grande escala y con espíritu empresarial una serie de macroactuaciones, algunas de carácter supranacional, que acaban por influir de manera importante en el propio sistema económico. Esa influencia es perceptible cuando nos detenemos en las estimaciones aproximadas sobre el volumen de dinero ‘sucio’ en circulación, y el flujo de valores dirigido a los más de 48 paraísos fiscales que existen en la actualidad. La gran cantidad de dinero proporcionada principalmente por el narcotráfico, por la corrupción pública, por las distintas formas de contrabando (de armas, de material bélico, de piedras preciosas y productos tecnológicos, etc.) y otras formas de criminalidad organizada, requiere necesariamente pasar por un proceso de ‘depuración’ que encuentra en el circuito económico su vehículo necesario y natural. En verdad, para la ampliación de sus actividades delictivas y la consecuente consolidación de su estructura organizativa, la criminalidad organizada acaba por participar de la normal vida económica, a través de operaciones financieras y de la constitución de entidades y empresas destinadas a recibir flujos de capitales que pasarán a ser utilizados en actividades de comercio, industria, negociación o intermediación. Esa financiación ilegal acaba por contaminar la normalidad del contexto

no puede descuidarse, sin que por ello deba restringirse la óptica del delito supraindividual, según proponen los discursos contrarios al expansionismo jurídico-penal, so pena de pérdida de legitimación del Derecho penal como medio complementario de control social.

En la misma dirección, la importancia que para los blanqueadores de capitales tiene que los activos ilícitos circulen con intensa velocidad por los mercados lícitos y limpios, para borrar así los trazos negros que permean todo ese capital, debe ser respondida desde la sociedad exigiendo al Estado que actúe como ente fiscalizador y que controle positivamente el flujo de riquezas que circulan por el orden económico-financiero, para evitar que el activo ilícitamente obtenido pierda sus trazos identificadores³⁵⁷ e indebidamente pase a integrarse en la economía legal. Y eso debe ser así aunque ocasione déficits en la apuración de la realidad socioeconómica de un país o región, sin incurrir en el estancamiento de la circulación de activos, que ocasiona una indeseable paralización de la vida en sociedad.

Entre las críticas sobre el hecho de que el orden socioeconómico sea el bien jurídico afectado en el delito de blanqueo de capitales, encontramos en Vidales Rodríguez una que sostiene que la apariencia de legalidad proveniente del delito exige la concurrencia de evasión de impuestos o delitos de falsedad, generándose un concurso de delitos en que el orden socioeconómico sería el objeto de la lesión, y no de la tutela³⁵⁸. No obstante, dicha crítica no merece prosperar, principalmente porque los delitos de falsedad poseen bien jurídico diverso, como es la fe pública, la cual se afecta independientemente del orden

económico y su fisiología natural, pues produce una situación de intensa desigualdad entre los inversores lícitos y aquellos que buscan su fuerza en capitales de origen ignorado. Se crea una competición desleal y un profundo desconocimiento de la realidad de mercado, lo que al final producirá un nefasto efecto sobre las bases de la economía, comprometiendo la estabilidad económica y la normalidad política que de ella deriva. Ante ese cuadro, se suele afirmar que la conducta de blanqueo de dinero afecta a intereses metapersonales o transindividuales, y por ese motivo el *bien jurídicamente protegido* no podría ser otro que el propio *orden socioeconómico*. El sistema económico es en verdad el sustrato y la quintaesencia global de intereses individuales, pero se trata de un bien jurídico independiente y autónomo, aunque de características colectivas. Se atribuye ese perfil metaindividual al objeto de protección de la norma para impedir comprometer los destinos económicos de toda una sociedad, y evitar la erosión del sistema democrático de derecho” (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* pp. 322-323).

³⁵⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 285.

³⁵⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales...*, pp. 26-27.

socioeconómico. Los delitos apuntados o tienen bien jurídico autónomo o son absorbidos en el *iter criminis* del blanqueo de capitales; apuntar que el orden socioeconómico no es bien jurídico implicaría la renuncia a valores constitucionales que no consiguen ser tutelados con suficiente margen desde otras ramas del Derecho. Además, haría falta precisar la conclusión de la autora, porque en relación a la diferencia de bienes jurídicos con las infracciones penales antecedentes, encontramos que existen dos aspectos afectados por el blanqueo de capitales: el tráfico lícito de capitales en la economía y la libertad de competencia. La tutela penal es del orden económico, pero la lesión recae sobre los dos prismas arriba apuntados como bienes jurídico-penales mediatos, así como, en menor intensidad, en la administración de la justicia, como se verá.

5.5.3. La credibilidad y solidez de las instituciones financieras

Hay una línea de pensamiento que defiende que el bien jurídico afectado con la conducta del reciclaje de capitales sería la credibilidad y solidez del sistema económico-financiero.

Callegari explica, de modo genérico, que son afectados “elementos del orden socioeconómico como la libre competencia, la estabilidad y la solidez del sistema financiero, porque el costo para la obtención de los capitales de origen ilícito es menor que los costos para la obtención de capitales de origen lícito”³⁵⁹. Esta idea solo es válida en caso de destacarse como *ratio legis*, no pudiendo prestarse a ser un bien jurídico para fines de identificación de la faceta afectada por las conductas de blanqueo de capitales, en tanto que el Derecho penal no existe para la tutela de sectores de mercado o de determinadas personas jurídicas. La función del Derecho penal es la de evitar lesiones a bienes jurídicos, y no la de ofrecer salvaguardia a entes que transitan por un escenario mayor al interés afectado por la norma.

³⁵⁹ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. Manole: Barueri, 2007, p. 141. En Alemania, defiende la soberanía administrativa fiduciaria del Estado sobre la función de mercado, concretamente la libertad de competencia en aras del mantenimiento del modelo económico constitucional, BOTTKE, Wilfred. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”..., p. 15.

Así, la credibilidad de las instituciones financieras es un motivo político-criminal para la tipificación de los comportamientos, toda vez que actúan dentro del sistema financiero inserto en el escenario económico. Por tanto, no se concibe que tales instituciones, por más relevantes que sean para la sociedad, puedan ser tenidas por autónomas o con *status* constitucional, y alzarse así hasta el nivel de considerarlas como bienes jurídico-penales, sin que haya algo mayor que subyace. Consecuentemente, no existe más que la tutela a institución financiera o a la credibilidad del sistema económico-financiero, puesto que el Estado tiene interés en tutelar el buen funcionamiento del flujo económico mediante el aseguramiento de elementos palpables, como la libertad de competencia o el tráfico lícito de capitales, so pena de abstracción excesiva del bien jurídico.

Así mismo, al considerar la credibilidad de las instituciones financieras se manifiesta un problema semántico que debe ser resuelto, puesto que existen otras instituciones, personas físicas o jurídicas, que ocupan un papel relevante en la vida económica del país, y cuya tutela penal, sin embargo, no se contempla, al no ser se consideradas como instituciones financieras, a pesar de ser parte integrante de la economía³⁶⁰.

Esto nos demuestra, finalmente, que por muy operativos que sean los sectores integrantes de la sociedad en el sector económico, lo trascendente es determinar cuándo realmente se lesiona un bien con relevancia penal, y cuándo se pone en juicio pura y simplemente la credibilidad, la estabilidad o la funcionalidad de la economía o del sistema financiero, en cuyo caso se estarían enarbolando vagas razones político-criminales, incompatibles con el Derecho penal.

³⁶⁰ En la doctrina hay quien correctamente afirma que por “sistema económico lícito nos referimos tanto al mercado financiero (en el que se realizan operaciones financieras) como a otros subsistemas del sistema económico lícito no financieros” (PRIETO DEL PINO, Ana María; GARCÍA MAGNA, Deborah Isabel; MARTÍN PRADO, Antonio. *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales...*, p. 12).

5.6. Ausencia de bien jurídico tutelado

Hay quien defiende la inexistencia de bien jurídico digno de tutela penal en el delito de blanqueo de dinero.

La insuficiencia del bien jurídico administración de la justicia no exige la criminalización autónoma de este comportamiento, dado que la naturaleza del objeto no autoriza una previsión distinta de la existente en las legislaciones penales comunes, en el caso de la ley brasileña, el favorecimiento real. A ello se une el hecho de que las reglas de confiscación del bien procedente de infracción penal, ya establecidas en el Código Penal, serían suficientes para la contención del hecho³⁶¹.

Con relación al orden socioeconómico, el fundamento es distinto. Se parte de la idea de que la reprensión penal del lavado de capitales se daría de modo suficiente dentro del delito de receptación, siendo la misma realidad político-criminal la que orienta ambos tipos penales³⁶². Se considera asimismo que en el blanqueo el agente busca la conservación de activos ilícitos obtenidos con un delito antecedente, los cuales no pueden, en aquel momento, ser reintroducidos en la economía por su montante³⁶³.

Contribuyen a esa línea de pensamiento algunos posicionamientos doctrinales que buscan conferir flexibilidad al concepto de orden socioeconómico, según se ha visto anteriormente, estableciendo la tutela del funcionamiento del sistema económico-financiero, la estabilidad de las instituciones públicas, la credibilidad de las instituciones privadas, entre otros. Establecidas las premisas sobre la insuficiencia de fundamentación para justificar la criminalización autónoma, creemos que no debe renunciarse a la necesidad político-criminal de incriminar el blanqueo de capitales de modo distinto a los delitos ya mencionados.

³⁶¹ FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais...*, p. 153.

³⁶² FARIA COSTA, José. "El blanqueo de capitales (Algunas Reflexiones a la luz del Derecho Penal y de la Política Criminal)". En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. BOE: Madrid, 1995, p. 665.

³⁶³ CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Revan: Río de Janeiro, 2004, p. 157.

Esa línea se olvida de que el delito de blanqueo de capitales no puede ser analizado con una óptica privatista, o sea, obvia que la lesión quedaría restringida a la esfera puramente patrimonial y, por tanto, disponible.

El delito presenta una grave afectación de la libertad de flujo de capital en la economía, así como serias consecuencias socioeconómicas sobre el conjunto de la sociedad y sobre la cadena económica, al hacer posible la mezcla de capital ilícito y lícito. Adoptar una posición de ausencia de bien jurídico promueve la equiparación de dos realidades criminológicas dispares, puesto que iguala un delito contra el patrimonio con un delito socioeconómico, reduce la fuerza del valor constitucionalmente lesionado y genera una sensible pérdida del desvalor del resultado.

El desvalor del resultado en los delitos socioeconómicos es mucho más intenso que en los delitos patrimoniales, puesto que en los primeros la lesión sobrepasa la parcela del titular del bien, los límites de la disponibilidad y alcanza a la colectividad, mientras que en el segundo las consecuencias de la conducta se limitan al titular del bien jurídico. Además, no hay razón suficiente para la existencia de penas tan graves para el delito de blanqueo de capitales, cuando se contrapone a los delitos patrimoniales, en concreto la receptación.

Estamos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la administración de la justicia, y la tutela penal aislada de cualquiera de los bienes jurídicos generaría una fractura en la suficiencia de la protección de la sociedad³⁶⁴ frente a ese delito. No debe contemplarse el orden socioeconómico con la amplitud que un sector de la doctrina pretende exponer, destacando la salud financiera del país y la credibilidad del mercado; de hecho, cuando se analiza desde este enfoque genérico de un tipo penal con objeto amplio de tutela, la crítica es correcta, porque el bien jurídico no cumple con su finalidad de limitar el campo de incidencia del delito.

³⁶⁴ Pereira aclara lo siguiente: “Para reconocer el bien jurídico como legitimador de tutela penal, es necesaria la consideración de una orientación valorativa legal fundada y derechos fundamentales de la persona humana, observados según un panorama de necesidades individuales pautado por el modo de vida elegido por determinada sociedad” (LANGROIVA PEREIRA, Cláudio José. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. Quartier Latin: São Paulo, 2008, p. 78).

Prado explica: “La razón o el motivo de la incriminación legal no es más que la causa (el porqué) de la tutela penal (o aún el objetivo) que se busca alcanzar [motivo como sinónimo de fin], imposibilitando elevarla a la condición de bien jurídico”³⁶⁵. Esta línea de pensamiento es adecuada y sirve de fundamento para rechazar las razones para amparar la tutela del orden socioeconómico. El orden socioeconómico es afectado bajo el prisma del tráfico lícito de capitales en la economía (aspecto macroeconómico) y libertad de competencia (prisma microeconómico), sirviendo los demás elementos que representan ese bien jurídico de fundamento para llegar a esa conclusión.

La insuficiencia de la receptación como forma de contener el blanqueo de capitales es evidente conforme a diversos argumentos, ya que inicialmente la consideración de que el delito del artículo 180 del Código Penal es insuficiente para reprimir el delito se basa en la desconsideración de las consecuencias económicas del blanqueo de capitales³⁶⁶. La receptación tiene como bien jurídico el patrimonio, toda vez que el simple argumento de que el blanqueo sería una receptación a gran escala ignora incluso el hecho de que puede darse a través de procedimientos simples de mínima complejidad, tanto como la receptación y otros que envuelven operaciones de alta ingeniería financiera³⁶⁷.

Con relación a la administración de la justicia, el carácter pluriofensivo del delito aleja cualquier posibilidad de repreensión penal solamente por el delito de

³⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I..., p. 317.

³⁶⁶ Fernandes Santiago apunta: “El blanqueo de dinero tiene su existencia directamente conectada a las preocupaciones económicas globales, más que otros delitos concernientes a jurisdicciones nacionales, individualmente consideradas; y además de cualquier otra razón, su potenciación coincide con la globalización. Tal práctica delictiva ubica recursos por todo el mundo teniendo como criterio principal no las tasas de interés, sino que principalmente considera evitar controles, lo que causó la constatación de la insuficiencia de la respuesta de la última *ratio regum* del Estado-Nacional tradicional, siendo imprescindible una respuesta a nivel internacional, de la comunidad de naciones (FERNANDES SANTIAGO, Alex. “Lavagem de dinheiro e prova indiciária no crime antecedente”. *RMDPP*, n.º 50 [oct.-nov. 2012], pp. 27 y ss.).

³⁶⁷ La jurisprudencia del STF reconoce esa forma de pensar: “BLANQUEO DE DINERO: L. 9.613/98: CARACTERIZACIÓN. El depósito de cheques de tercero recibidos por el agente, como producto de concusión, en cuentas corrientes de personas jurídicas, a las cuales contaba él tener acceso, basta para caracterizar la figura de «blanqueo de capitales» mediante ocultación del origen, de la ubicación y de la propiedad de los valores respectivos (L. 9.613, art. 1.º, *caput*): el tipo no reclama ni éxito definitivo de la ocultación, buscado por el agente, ni el bulto y la complejidad de los ejemplos de requintada «ingeniería financiera» transnacional, de los cuales se ocupa la literatura”. (RHC 80816, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, juzgado en 18/06/2001, DJ 18-06-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249).

favorecimiento real, incluso porque el blanqueo de capitales presenta daños al orden socioeconómico.

Los efectos de la sentencia penal referente a la pérdida de los bienes no sirven como fundamento apto para contener el delito, porque el blanqueo de capitales es un delito de peligro abstracto y cuyo éxito no depende de la efectiva reinserción del capital en la economía³⁶⁸.

5.7. La pluriofensividad del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales

El delito de blanqueo de capitales³⁶⁹ es considerado por parte significativa de la doctrina como pluriofensivo, puesto que afecta a más de un bien jurídico de significancia e inspiración constitucionales, siendo en la Constitución donde se trazan los marcos de incriminación y se determinan los valores destinados a protección por el Derecho Penal.

La justificación de la fusión de bienes jurídicos afectados reside en la ubicación sistemática y la fijación de pena de multa amparada en el valor de los bienes legitimados, además de que la pena del delito antecedente no funciona

³⁶⁸ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional brasileño señala: “PENAL. RECIBIMIENTO DE DINERO PROVENIENTE DEL DELITO DE MALVERSACIÓN. «LAVADO» U OCULTACIÓN DE VALORES (LEY 9.613/98, ART. 1.º, § 1.º). ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO: PROPÓSITO DE OCULTAR O DISIMULAR LA UTILIZACIÓN. AUSENCIA. CONFIGURACIÓN DE RECEPCIÓN CALIFICADA (CP, ART. 180, § 6.º). EMENDATIO LIBELLI. VIABILIDAD. DENUNCIA PROCEDENTE. 1. En el delito de “lavado” u ocultación de valores de que trata el inciso II del § 1º del art. 1.º de la Ley 9.613/98, las acciones de adquirir, recibir, guardar o tener en depósito constituyen elementos centrales del tipo, que, sin embargo, se compone también del elemento subjetivo consistente en la peculiar finalidad del agente, la práctica de tales acciones alcance el propósito de ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de cualquiera de los delitos indicados en la norma incriminatoria. Aunque no sea necesario que el agente logre dichos resultados, relacionados a la facilitación del aprovechamiento (“utilización”) del producto del delito, es inherente al tipo que su conducta esté dirigida y sea apta para alcanzarlos”. [STF, ARE 686707 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primera Clase, juzgado en 30/10/2012, DJU 30/11/2012].

³⁶⁹ El reciclaje de capitales es el marco de inflexión entre economía legal e ilegal y existe un interés evidente en que ambas sigan separadas. Tal vez esta afirmación no se pueda realizar desde una perspectiva puramente económica, pero no vamos a discutir si la afluencia de capitales de origen ilícito sobre la economía legal puede o no desestabilizar nuestros mercados. Nuestra Constitución no se limita a proteger el orden económico, sino que busca la promoción del orden socioeconómico y desde esa perspectiva existe un claro interés en que el capital ilegal no pueda ser reintegrado al tráfico comercial con absoluta normalidad (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 99).

como límite máximo a la pena privativa de libertad y la sanción supera el favorecimiento³⁷⁰.

Al analizar la pluriofensividad del delito de blanqueo de capitales tenemos que, en cuanto a los bienes jurídicos lesionados, existen posibles variantes posibles: tráfico lícito de bienes en la economía y administración de la justicia; libertad de competencia y administración de la justicia; libre competencia, tráfico lícito de capitales y administración de la justicia; además de la posibilidad de vislumbrar un 'supertipo' penal que condensa una gama mayor de bienes jurídico-penales.

Existen quienes defienden que el interés afectado es el orden socioeconómico junto a la administración de la justicia³⁷¹, trasladando algunos de ellos la mayor fuerza vulnerante al orden socioeconómico³⁷², mientras que otros la concentran en la administración de la justicia³⁷³. La pluralidad de tesis sobre el asunto serán objeto de análisis a continuación.

³⁷⁰ ROMERO FLORES, Beatriz. "El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995". *AD*, n.º 20 (2002), p. 302.

³⁷¹ En ese sentido en España: FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 210 y ss.; ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 354; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial*, 3 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011, pp. 481 y ss.; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 35; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español...*, p. 14; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 521-522; FARALDO CABANA, Patricia. "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995"..., pp. 124 y ss.; ROMERO FLORES, Beatriz. "El delito del blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995"..., p. 303. En Brasil: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 31; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 374-375; MOUGENOT BONFIM, Edílson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 31 y ss. Y en Italia: MOCCIA, Sergio. "Impiego di Capitali Illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano". *RIDPP*, fasc. 3 (jul.-set. 1995), pp. 739 y ss.

³⁷² SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal...*, pp. 39 y ss.; TERRA DE OLIVEIRA, William de; CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 322-323. En España: GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 35; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, pp. 521-522;

³⁷³ DEGANUT MORALES, Carolina; FISZER, Fernando I. "Problemática actual del lavado de dinero en el derecho penal vigente en Argentina y en el derecho comparado". *Revista Recampi*, n.º 1 (feb. 2006), p. 5. En Brasil: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98...*, p. 57.

5.7.1. Tráfico lícito de bienes en el flujo económico y administración de la justicia

El delito de blanqueo de capitales es considerado pluriofensivo para la vertiente que se representa la agresión al orden socioeconómico desde un enfoque específico, según el cual el interés protegido es la garantía de que por la economía solamente circulen capitales cuya fuente sea lícita, aunque también entiende que la conducta afecta a la administración de la justicia.

El posicionamiento cuenta con una considerable adhesión por parte de la doctrina, que sustenta que “el bien jurídico puede concretizarse en la idea de *licitud de los bienes que circulan en el mercado*, que debe ser protegido frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva” y que admite la pluriofensividad con la administración de la justicia “en la función de averiguación, persecución y castigar los delitos”³⁷⁴, como justificaría la punición del blanqueo de activos culposos.

El fundamento de la criminalización del blanqueo de capitales reside en la prohibición de que el curso normal de la economía lícita sea contaminado por activos de fuente delictiva, que comprometen el sistema financiero, la libre competencia, etc. Así, lo que pretende el tipo penal es “mantener incólume el tráfico de bienes evitando que los de procedencia delictiva accedan y circulen junto a los de origen legal, pues sólo garantizando la circulación de capitales que traen su razón en fuentes legales, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto por la propia Constitución”³⁷⁵. De modo que la

³⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, pp. 482-483. En la misma línea, y del mismo autor: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “El blanqueo de bienes en el Código Penal Español”. En *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. (Coords. Carlos Constante Ávalos Rodríguez; Alejandro Emilio Quispe Villanueva) Ara: Lima, 2008, pp. 1042-1043. En sentido similar: ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 354; PALMA HERRERA, José Manuel. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico...*, pp. 668-669 y 673-674.

³⁷⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico...*, p. 669. El autor sigue argumentando que por tráfico ilícito de bienes “debemos entender no sólo los movimientos de capitales de procedencia delictiva, sino también la mera tenencia de los mismos que facilite o permita su puesta en circulación y consiguiente aprovechamiento, e incluso la propia generación de esos capitales. Respecto a esta última idea, considerar tráfico ilícito de bienes la producción de capitales de origen delictivo significa que cualquier delito capaz de generarlos ya constituye un peligro potencial, cuando menos, para el tráfico lícito” (PALMA HERRERA, José Manuel. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico...*, p. 671).

criminalización del blanqueo tiene por finalidad evitar la circulación en la economía lícita de bienes provenientes de actividad delictiva, conteniendo su unión a la economía ilícita, además de, complementariamente, representar los intereses del Estado en la persecución y represión del uso de bienes ilícitos.

Por otro lado, en atención a la faceta preventiva de la comisión de delitos contra la administración de la justicia, tenemos que conectar el bien jurídico con el blanqueo de capitales cuando exista afectación consistente en dificultar el descubrimiento, persecución o punición de quien realiza actos con el fin de desvincular la procedencia delictiva de activos delictivos³⁷⁶.

5.7.2. Libertad de competencia y administración de la justicia

El blanqueo de capitales, según esa otra línea de pensamiento, genera la afectación al orden socioeconómico plasmado en la libertad de competencia, que encuentra amparo constitucional en la legislación penal brasileña y española, pero que también ocasiona lesión a la administración de la justicia.

Fabián Caparrós afirma 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”³⁷⁷. Blanco Cordero añade además, con carácter subsidiario, la credibilidad, estabilidad y solidez del sistema financiero³⁷⁸. Resalta, además, este profesor alicantino que los capitales ilícitos implican un potencial peligroso para la economía, a la vista de la lesión al principio sobre el cual esta se asienta: la libre competencia. El delito se encuadra principalmente entre los relativos a la restricción de la competencia, aunque con ocasión de estrategias agresivas de mercado puede incidir directamente sobre la competencia leal, la cual va a producir consecuencias entre los principios estabilizadores del sistema financiero³⁷⁹. Aunque no se desee una posición

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 672.

³⁷⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238.

³⁷⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 221 y ss.

³⁷⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2 ed. Thompson-Aranzadi: Navarra, 2002, pp. 224-225; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 99 y ss. Igualmente en Brasil: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de*

relevante para dominio del mercado, la lesión de la libertad de competencia se caracteriza por desestabilizar la economía local con la reducción de los parámetros válidos para medir la competencia empresarial, ya sea por conquistar el mercado, ya sea por influir en el desequilibrio de la competencia (aspecto microeconómico).

Batlouni Mendroni señala que el bien jurídico sería el orden socioeconómico; sin embargo, no realiza la debida diferenciación entre aspectos relativos específicamente a él y a la libre competencia, superponiéndolos de forma indebida y sin hacer referencia a las consecuencias del reciclaje de activos en la esfera económica, sino que solo toca tangencialmente los efectos relativos a la libre competencia³⁸⁰. Esa línea de pensamiento obvia el tráfico lícito de capitales en la economía como vertiente del orden socioeconómico afectado, mientras que inserta la libre competencia en función de que la obtención más barata de capital siempre promueve una alteración en la competencia, además de lesionar la administración de la justicia.

5.7.3. Tráfico lícito de activos en la economía, libre competencia y administración de la justicia

El delito de reciclaje de capitales afectaría aquí el orden socioeconómico como bien jurídico en sentido amplio, quedando encuadrado en el tráfico lícito de bienes en la economía y la libertad de competencia, atendiendo, por otro lado, a la administración de la justicia.

Vives Antón y González Cussac apuntan que la conducta de blanquear activos genera afectación a la transparencia del sistema financiero, a la seguridad del tráfico comercial, a la libre competencia y a la administración de la justicia. Apuntan dichos penalistas que “la esencia de la conducta reside pues, en hacer emerger en los círculos financieros o económicos, como si se tratara de una operación empresarial normal (lícita), los bienes o ganancias procedentes

Lavagem de Dinheiro..., p. 31. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 141; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98*. Juruá: Curitiba, 1998, p. 61.

³⁸⁰ BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 31.

de una actividad delictiva”³⁸¹. El delito de blanqueo de activos genera la “desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y mercado”³⁸², que desemboca en la necesidad de contención del tráfico ilícito de bienes en la economía y una alteración sensible en las reglas de la libertad de competencia con secuelas también en la administración de la justicia.

5.7.4. La pluriofensividad bajo otras vertientes

Muñoz Conde señala que el delito de blanqueo de capitales afecta al orden socioeconómico, conforme al cual se pretende asegurar “la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, que debe ser protegido contra la incorporación de los bienes de procedencia delictiva”³⁸³.

Asimismo afecta a la libre competencia, la hacienda pública y la administración de la justicia, aunque hay quien agrega el funcionamiento del orden económico y la propia estabilidad de las instituciones políticas³⁸⁴. Otros aún los hacen confluir con la libertad de competencia y, por fin, algunos, incidiendo en la errónea figura del ‘supertipo’ penal que hay quien sostiene, afirman que el bien jurídico es el orden económico, el sistema financiero, el orden tributario, la paz pública y la administración de la justicia³⁸⁵.

Bonfim y Bonfim señalan que los bienes jurídicos serían los tres arriba señalados, pero desconsideran la teoría del bien jurídico, fundamentando sus ideas en el funcionalismo sistémico de Jakobs, conforme al cual el fin del Derecho penal es tutelar la norma penal, y no bienes jurídicos³⁸⁶, a lo que se contrapone la doctrina penal afirmando que “la propuesta funcionalista sistémica invierte el orden lógico, conceptuando el delito y sus categorías a partir de los

³⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial*. 3 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010 (CD ROM), p. 3.

³⁸² FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...*, p. 129.

³⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, pp. 525-526.

³⁸⁴ WELTER, Antônio Carlos. “Dos crimes: dogmática básica”. En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal...*, p. 158.

³⁸⁵ SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. RT: São Paulo, 2007, p. 717.

³⁸⁶ BONFIM, Edílson Mougén; BONFIM, Márcia Monassi Mougén. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 27.

fines de la pena, con función preventiva general positiva³⁸⁷. Creemos que esta idea no es correcta, pues descartar el marco teórico de la teoría del bien jurídico es descartar que la finalidad del Derecho penal individual o supraindividual es proteger al hombre³⁸⁸, revalidándolo como base y fundamento del sistema penal³⁸⁹. Esa línea de pensamiento concurre para la creación de un tipo penal sin límites previamente definidos, enormemente extenso en razón de su alcance al vulnerar la seguridad jurídica y la función limitadora del bien jurídico.

Por otro lado, las posturas que calcan el bien jurídico asentadas en el fundamento de credibilidad de las instituciones financieras o la solidez del sistema financiero, también inciden en error, porque los mismos deben ser considerados como *ratio legis*.

En la doctrina italiana el bien jurídico tutelado es considerado en su pluriofensividad; sin embargo, se confiere mayor fuerza a la vertiente que señala que el patrimonio y la administración de la justicia son los bienes jurídicos, toda vez que el blanqueo siempre causa un daño patrimonial, aunque secundario, cuando se compara con la violación a la administración de la justicia³⁹⁰. El posicionamiento nos parece incorrecto: aunque el patrimonio no sea un bien jurídico afectado siempre por la conducta de reciclaje de activos, es cierto que la

³⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, vol I.*, p. 125.

³⁸⁸ Afirma Prado lo siguiente: “Entre los bienes jurídicos individuales y metaindividuales hay, en sentido material, una relación de complementariedad. En aquellos la referencia individual privada es directa; en estos la referencia personal es indirecta, en mayor o menor grado. Son bienes universales, de la sociedad como un todo, con un marco individual más o menos acentuado. Sin embargo, esa directriz puede haberse como anclado en el principio de la individualización de la lesividad, según el cual deben ser elevados a la categoría de bienes jurídicos tan solo los valores cuya violación implique transgresión de un bien relacionado directa o indirectamente con el individuo y la sociedad. Eso, porque como ya destacado, el hombre no es concebido en razón del Estado, aunque el Estado y las demás instituciones sí dependen del individuo” (*Ibidem*, p. 321). En igual sentido, DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 84.

³⁸⁹ Prado y Carvalho apuntan acertadamente: “El fundamento de esta última afirmación es evidente: tan solamente el ser humano –en tanto persona libre y responsable– piensa, razona, pondera, actúa conscientemente y puede, así, obligarse ética y socialmente. No es un simple *instrumento*, cumplidor de un determinado papel o tarea social. Es capaz de autodeterminar y orientar el acontecer causal conforme sus designios. La ley penal no puede despreciar esa realidad, ya que es elaborada y puesta en marcha para un mundo real, y no para un mundo ficticio o imaginario” (PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. “A metodologia ontológico-social típica da conduta: crítica à doutrina positivista-normativista”. *RT*, año 94, vol. 839 [sep. 2005], p. 421).

³⁹⁰ ZANCHETTI, Mario. “Riciclaggio”. En *Digesto delle discipline penali*, vol. XII. UTET: Turín, 1997, pp. 205-206; ZANCHETTI, Mario *et al. Commentario breve al Codice Penale*. 3 ed. CEDAM: Padua, 1999, pp. 1.898-1.899; VIGNA, P. L.; LAUDATI, A.; DELL’OSSO, P. L. M. *Sistema Criminale ed Economia...*, p. 11.

conducta afecta al orden socioeconómico cuando se habla de circulación lícita de bienes en la economía, y de esta forma puede afectar la libre competencia, aunque no por ello puede afirmarse de modo directo que haya alguna afectación inmediata al patrimonio.

5.8. Nuestra postura

La premisa inicial de la que partimos es la afirmación de que el delito de reciclaje de activos conduce a una lesión del orden socioeconómico como bien jurídico mediato, pues la irregular inyección de capital en el mercado lícito causa serias consecuencias para la circulación de riquezas lícitas, obstaculizando el ajuste interno de la intervención estatal y dificultando, por tanto, el dirigismo estatal sobre el orden socioeconómico.

Sin embargo, en todo bien jurídico supraindividual tenemos que buscar un interés singularizado³⁹¹ que sea alcanzable al individuo.

³⁹¹ Mendoza Buergo apunta que "...la «*desmaterialización*» y difuminación del bien jurídico tiene, sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso, para determinar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica, establecer la relación de causalidad entre conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima, así como, finalmente, aunque de no menor importancia, la cuestión de las posibles tensiones que pudieran surgir con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor. Todas estas dificultades se agravan con la *combinación* de la tutela penal de estos «nuevos» bienes con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro —especialmente abstracto—, ya que a la característica de vaguedad del objeto de protección y lo difuso del «titular» de tales bienes jurídicos —en ocasiones su ataque no tiene «víctimas» definidas— se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto. Ello resulta, por tanto, particularmente preocupante cuando no se trata de la tutela de bienes supraindividuales con un referente claro a los bienes individuales vida, salud, integridad de la persona, sino bienes de «nuevo cuño» sin referentes tan claros, como los del Derecho penal socioeconómico o el ambiental entre otros" (MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo...*, pp. 70-71). Romero Flores anula esa idea al aseverar que lo más razonable es admitir de modo mediato la lesión a la administración de la justicia, lo que se adecuaría a la realidad de Alemania, Suiza e Italia; pero eso no impide que el bien jurídico afectado sea otro dentro del fenómeno económico. Así, parece correcto señalar la pluriofensividad del delito de blanqueamiento de capitales atendiendo a sus fases y a la exegesis de la conducta típica en una respuesta acertada al delito (ROMERO FLORES, Beatriz. *El delito del blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 303). Como bien recuerda Castaldo, "la legislación para enfrentar al blanqueo de dinero debe ser alterada, pero desde que atenta al perfecto conocimiento de los procedimientos, mecanismos y conforme a los diferentes niveles de intervención sobre los mismos" (CASTALDO, Andrea. "Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero". *RSGSTU*, [nuova serie] A-50, ano LXV [1997/1998], p. 52). Véase también PECORELLA, Gaetano.

El ingreso de capitales ilícitos en la economía legal y en el mercado lícito compromete el crecimiento interno y afecta a las políticas económicas de un país en los ámbitos macro y microeconómicos, aunque con mayor sensibilidad e intensidad en el primero. El aspecto crucial de afectación al individuo reside en la restricción del espacio de actuación como agente económico consistente en la libertad económica, promoción de inversiones por cada individuo, realización de variados negocios jurídicos, lo que en último análisis acaba por generar una privación de su libertad para actuar en la economía y en el derecho de propiedad.

Por otro lado, el blanqueamiento de activos también afecta a la administración de la justicia, pues la actividad de esclarecer bienes de origen oscuro entorpece el interés estatal por desbaratar la fuente de la cual emanan los bienes de procedencia indebida.

“Circolazione del denaro e riciclaggio”. *RIDPP*, fasc. n.º4 (dic. 1991), p. 1222; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, pp. 481-483.

CAPÍTULO III

PANORAMA SUPRANACIONAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

SECCIÓN 1.^a LA EUROPEIZACIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN EL DERECHO PENAL: NOCIÓN GENERAL DEL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL Y PANORAMA LEGISLATIVO

1. LA SUPRANACIONALIDAD Y EL BLANQUEO DE CAPITALES

La necesidad de solidaridad entre los pueblos ha subrayado la identidad de valores comunes y de aspectos culturales similares, pero también ha acarreado problemas sociales que afligen a todo el continente y ha evidenciado la necesidad de uniformar los modos de comportamiento a través de compromisos regionales expresados en la creación de leyes comunes en todos los países miembros.

En este escenario surge la Unión Europea³⁹² el 7 de febrero de 1992, con la finalidad de proporcionar un desarrollo económico sostenible a todo el continente europeo y de promover la solidaridad entre los pueblos a través de

³⁹² Apunta Gomes Canotilho: “Como se sabe, la Unión Europea es el resultado de la unificación de tres organizaciones internacionales distintas –la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (CECA), la *Comunidad Económica Europea* (CEE y ahora CE) y la *Comunidad Europea de Energía Atómica* (Euratom)–. La primera ha sido instituida por el Tratado de París (18/4/1951) y las otras dos por el Tratado de Roma (25/3/1957) firmado entre seis países fundadores (Francia, República Federal de Alemania, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo), a la que posteriormente se adhirieron Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña (1/1/1973), Grecia (1/1/1981), España y Portugal (1/1/1986), Austria, Finlandia y Suecia (1/1/1995). Las tres comunidades han sido progresivamente unificadas y transformadas a través del Acta Única Europea (17/2/1986) y por el Tratado de Maastricht (7/2/1992)” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 818).

planes de acción comunes en diversas áreas³⁹³. Dichos planes se someten a una orientación macrointernacional que coordina políticas internas y regionales en aras de la rapidez en el desarrollo del continente en su totalidad. De esta forma, el órgano supranacional dicta reglas que orientan diversos sectores de actividad en los ámbitos económico, financiero, ambiental y jurídico.

La legislación comunitaria genera cuestiones interesantes, puesto que un parlamento supranacional toma decisiones que posteriormente son incorporadas al ordenamiento jurídico de cada país, lo que ocasiona dos puntos de debate. El primero de ellos, a raíz de la reducción de parte de la soberanía de cada Estado miembro, que se hace responsable de la implementación de los compromisos comunitarios en consecuencia de la 'desterritorialización del Derecho'³⁹⁴. En segundo lugar, la posibilidad de adelgazamiento de la función del poder legislativo nacional³⁹⁵, en razón de que el parlamento comunitario establece mandatos de reglamentación estándar en determinados asuntos.

En el caso de España, la incorporación de los tratados se hace de forma automática, una vez que la Constitución del país, en su artículo 93, autoriza libremente a la firma de tratados internacionales cuya implementación dependerá del Gobierno o de las Cortes, con la previsión apenas de restricciones en el artículo 94, que expresa la necesidad de la autorización de las Cortes para el establecimiento de los referidos tratados internacionales.

La Unión Europea se ha formado a partir de la confluencia de tres pilares: el primero de ellos, el Derecho comunitario en sentido estricto, construido con

³⁹³ El artículo 2.º del Tratado de la Unión Europea (TUE) prevé: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

³⁹⁴ Daniela Villani Bonaccorsi apunta que: "Bajo esa línea de destitución estatal, se ha apuntado a un constitucionalismo en términos comunitarios, sin monopolios del derecho estatal. El Estado no sería abolido, pero asumiría otras funciones, a fin de poder compartir y articular poderes para un efectivo pluralismo político y jurídico" (VILLANI BONACCORSI, Daniela. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: Análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Lumen Juris: Río de Janeiro. 2013, p.113).

³⁹⁵ Este debate ha sido propuesto por FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Aspectos gerais sobre os delitos económicos*. Palestra na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP. 2013. 21/11/2013.

normas específicas y con eficacia propia; y el segundo y el tercero, relativos respectivamente a la política externa y a la seguridad común, así como a las normas de cooperación interestatal.

La tutela penal en el continente europeo se ha revestido con formas supranacionales, lo que ya ocurrió con la creación de la Unión Europea, que realizó la necesidad de una armonización y colaboración en los ámbitos comercial, financiero, económico, de seguridad colectiva y jurídica.

La normalización estándar jurídico-penal se ha traducido en la llamada europeización del Derecho penal, que es el “conjunto de efectos jurídicos que el derecho de la UE produce en el derecho penal nacional a través de una serie de instrumentos jurídicos y principios”³⁹⁶.

La aproximación de las legislaciones penales nacionales busca dar coherencia legislativa a las estrategias comunitarias de enfrentamiento de delitos, con la finalidad de evitar lagunas punitivas, de prever los mandatos comunitarios de criminalización y de establecimiento de los deberes de tipificar comportamientos³⁹⁷ visto que la dimensión globalizadora del blanqueo genera la idea de que la persecución a este delito no debe ocurrir en el plan nacional, de modo aislado, pero sí de modo internacional y articulado³⁹⁸.

³⁹⁶ NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal*. Disponible en la web: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/fundamentos%20del%20sistema%20europeo%20de%20derecho%20penal.pdf. Fecha del acceso: 01/02/2014, p. 6.

³⁹⁷ Destaca González Viada que “el incipiente Derecho penal de la Unión Europea tiene un cuádruple objetivo: facilitar una cooperación horizontal entre Estados miembros reforzada por el reconocimiento y la confianza mutua, propiciar una cooperación vertical Estados miembros-Unión Europea, armonizar el Derecho penal de los Estados miembros tanto sustantivo como procesal, y servir de instrumento de protección de los intereses de la propia Unión Europea” (GONZÁLEZ VIADA, Natacha. *Derecho penal y globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 59).

³⁹⁸ Nesse passo: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados: en el ejemplo del blanqueo de capitales*. In: *El Derecho Penal ante la globalización*. [Coord: Laura Zuñiga Rodríguez; Cristina Méndez Rodríguez; María Rosário Diego Díaz-Santos]. Madrid: Colex. 2002, p.88/89; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. In: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Estudios de Derecho Judicial, nº 61. [Dir: Mercedes García Arán]. Madrid: CGPJ. 2004, p.186. El fundamento es que la delincuencia económica busca a reducir al mínimo el 'riesgo penal' aproximando las actividades delictivas a segmentos donde la sanción penal es menor o el hecho es atípico y el aprovechamiento de estructuras en el mercado lícitos para infiltración del capital ilícito (Al detalle: JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. *La delincuencia económica: Blanqueo de Capitales*. Revista del Ministerio Fiscal, nº 9. Madrid: Ministerio de la Justicia. 2001, p.322).

Al respecto existe una floreciente línea de pensamiento contra esa arraigada concepción absoluta de soberanía, que entiende que existiría violación del principio de separación de los poderes al no existir en el plan formal una ley que cree los tipos penales. A ello le suma que el poder comunitario de decisión normativa está desprovisto de *legitimidad democrática*³⁹⁹.

Las objeciones a tales ideas las encontramos entre penalistas que defienden que toda decisión del Consejo puede y, en algunos casos, debe ser objeto de consulta ante los miembros del parlamento nacional y la población integrante de los Estados miembros, además de invocar que la cuestión relativa a la violación de la separación de los poderes afecta únicamente a lo nacional, y no a la realidad comunitaria. En referencia a la ley formal, se defiende la búsqueda de lo sustancial, calcado sobre la materialidad jurídica, y no la simple legalidad formal que lleve la cuestión a un punto político⁴⁰⁰.

Desde otra perspectiva, hay una preocupación por el proceso penal que puede comprobarse en las estrategias de investigación, la persecución criminal, la cooperación judicial para la contención de delitos⁴⁰¹, la puesta en común de informaciones sobre actuaciones delictivas, las medidas tendentes a unificar las actividades de inteligencia de los diversos países y de los órganos

³⁹⁹ DUARTE D'ALMEIDA, Luis. *Direito Penal e Direito Comunitário: O ordenamento comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros*. Almedina: Coimbra, 2001, p. 26.

⁴⁰⁰ DUARTE D'ALMEIDA, Luis. *Direito Penal e Direito Comunitário: O ordenamento comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros...*, pp. 26-35. La premisa no resulta adecuada, porque la construcción histórica y la fuerza del principio de la legalidad no se pueden suprimir por criterios políticos, cuya inconsistencia volvería la definición del injusto penal amorfa e imprecisa. El delito tiene que ser caracterizado mediante un molde previo, cierto, escrito, taxativo y revestido de la potestatividad estatal o supranacional, en este caso mediante consulta plebiscitaria previa a la población interesada. La alegada política podría ser solamente un factor que influyese en la medida de la punibilidad, por ser el campo adecuado para cuestionamientos de esa índole, incompatibles con el carácter hermético de las categorías del delito (tipicidad, ilicitud, culpabilidad). En definitiva, el Derecho penal comunitario puede, como iremos desarrollando, trazar mandatos supranacionales de criminalización y hacer evaluación de su eficacia jurídico-penal, pero jamás abandonar la legalidad estricta tal cual.

⁴⁰¹ Nieto Martín apunta que la Unión Europea “establece el modelo de organización que determina la relación entre las autoridades nacionales (jueces, Ministerio Público, policías y asemejados, como autoridades aduaneras); entre éstas y las instituciones comunitarias (Europol, Red Judicial Europea, Eurojust, Olaf) y entre las organizaciones comunitarias entre sí” (NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal...*, p. 3). En ese sentido: ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José. “La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional”. *Tiempo de Gestión*, año 6, n.º 9. Villaguay: Universidad Autónoma de Entre Ríos, 2010, p. 98).

supranacionales comunitarios, así como en el reconocimiento de las sentencias judiciales, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros⁴⁰².

Hay que señalar también la existencia de una comunicación directa entre autoridades judiciales y policiales, convertida en modelo de coordinación para la lucha contra la criminalidad transfronteriza grave, de ejecución indirecta por parte del órgano que coordina y de cooperación horizontal *sui generis*⁴⁰³.

Actualmente, como señala Blanco Cordero, no hay deber de imposición de leyes penales, pues “la Comunidad Europea ha considerado suficiente con exigir a los Estados miembros que impongan sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas en sus Derechos nacionales, sin precisar la naturaleza y alcance de las mismas”⁴⁰⁴.

La Unión Europea no posee competencia normativa, sino prescriptiva⁴⁰⁵, sobre el tratamiento de los asuntos penales por parte de los Estados miembros, ofreciendo modelos, aunque sin la imposición de su adopción. La exigencia es de eficacia del sistema jurídico-penal, y es cada país el que, conforme a su soberanía, debe prever los mecanismos que juzgue suficientes para la

⁴⁰² En detalle, cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal...*, pp. 2-4.

⁴⁰³ Nieto Martín señala que es un rasgo de esa política europea el surgimiento de órganos comunitarios que apoyan la cooperación horizontal (Red Judicial Europea, Eurojust, Europol); la asistencia judicial debe ser prestada por el Estado requerido de acuerdo a las normas del Estado requisitorio; principio de asimilación de peticiones judiciales de ayuda; posibilidad de actuación judicial o policial de un Estado en otro Estado miembro (por ejemplo, admisión de prisión en flagrante delito en otro territorio) y, por fin, la prohibición del retroceso como marco dentro de los grados de cooperación ya admitidos (*Ibidem*, p. 4).

⁴⁰⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. “El Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología* (06-05), 2004 [Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>], p. 3. Fecha de acceso: 12/12/2013

⁴⁰⁵ Ramos Tapia apunta: “La competencia en materia penal de la UE es, como puede apreciarse, una competencia que podemos llamar *prescriptiva*, es decir, para prescribir u ordenar a los Estados miembros que sancionen penalmente determinadas conductas. La UE no posee una competencia propiamente *normativa* en materia penal, es decir, no puede dictar normas que establezcan el delito y la pena y que sean directamente aplicables por los Jueces y Tribunales de los Estados miembros, sin necesidad de un acto legislativo de transposición por parte de los Estados. Por ello, formalmente, la fuente del Derecho penal, es decir, la norma que establece el delito y la pena, sigue siendo una ley estatal, de manera que el principio de reserva de ley para las normas penales no resulta afectado por la existencia de las Directivas de la UE, en cuanto que sigue correspondiendo al legislador nacional la aprobación de las normas penales” (RAMOS TAPIA, María Inmaculada *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 117). En sentido similar, MANSO PORTO, Teresa. “El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: Resultados desde una perspectiva de Derecho comparado”. *EPI*, vol. XXXI. Santiago de Compostela: USC, 2011, p. 310.

contención de la infracción penal, toda vez que los medios quedan a criterio de cada uno de ellos⁴⁰⁶.

La preocupación de Europa por el escenario penal se manifiesta tanto en el primero como en el tercero de los pilares anteriormente señalados (el Derecho comunitario y la seguridad común, junto a las normas de cooperación interestatal), por cuanto que actúa mediante directivas, reglamentos, decisiones, recomendaciones y pareceres⁴⁰⁷ que presentan diferencias⁴⁰⁸.

Las **directivas** comunitarias son uno de los principales actos normativos que vehiculan contenidos en materia penal en la Unión Europea, y “vinculan a los Estados-miembros a una *obligación de resultado*, dejando discrecionalidad

⁴⁰⁶ Apunta González Viada: “De esta forma, y en relación al Derecho penal internacional, el sistema indirecto de aplicación cumple dos funciones básicas: incorporar los delitos internacionales en las legislaciones penales internas y asegurar la cooperación entre Estados en materia penal. Por tanto, aun cuando es el Derecho internacional el que fundamenta el Derecho penal internacional, es en la legislación penal interna, tanto sustantiva como procesal, donde encontramos la verdadera fuente aplicable en el orden jurídico interno con todos los problemas que esto comporta” (GONZÁLEZ VIADA, Natacha. *Derecho penal y globalización...*, p. 102). En el presente capítulo, procederemos más adelante a un panorama general del escenario europeo del delito de blanqueo de capitales, con la finalidad de apuntar cómo diversos países cumplieron las obligaciones comunitarias asumidas. Verificamos claramente la diferencia de sistematización de la materia, el grado de reprochabilidad del hecho, sanciones impuestas, tipificación o no del delito en la forma imprudente, etc.

⁴⁰⁷ Antes del Tratado de Lisboa se manifestaba también a través de convenios, acciones comunes o marcos (NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal...*, p. 9). La Unión Europea destaca en su página en internet: “Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las instituciones europeas podían adoptar catorce tipos de actos jurídicos. Esta gran cantidad de actos se justificaba principalmente por la antigua estructura en pilares de la UE; pues cada pilar poseía sus propios instrumentos jurídicos. El Tratado de Lisboa puso fin a esta estructura en pilares y prevé una nueva clasificación para los actos jurídicos. Las instituciones europeas pueden adoptar sólo cinco tipos de actos: el reglamento; la directiva; la decisión; la recomendación; el dictamen. Según el artículo 288.º del Tratado de Funcionamiento de la UE, el reglamento, la directiva y la decisión son actos vinculantes. En cambio, la recomendación y el dictamen no vinculan jurídicamente sus destinatarios. Por otra parte, ya no es necesario que la decisión designe un destinatario. Adquiere así una dimensión más amplia y sustituye todos los instrumentos que eran antiguamente utilizados en el dominio de la PESC [Política Exterior y de Seguridad Común”. (*Actos jurídicos de la União Europeia*. Disponible en internet en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0032_pt.htm. Fecha de acceso: 27/11/2013).

⁴⁰⁸ El papel de la armonización de la UE tiene como objetivo describir los elementos que conforman la legislación continental común, que se produce por las Decisiones Marco del antiguo Tratado de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa trajo la idea de “*cooperación en materia penal* como parte de la acción común que debía desarrollar la recién creada Unión Europea y, en reforma al Tratado de Ámsterdam de 1997, se estableció, como parte de dicha cooperación penal, la posibilidad de armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros a través de *Decisiones Marco* (art. 34 anterior TUE). A diferencia de las Directivas, las decisiones marco no tenían naturaleza de normas comunitarias, es decir, normas ‘supranacionales’, aprobadas por los órganos legislativos de la CE (el Parlamento Europeo y el Consejo) y cuya efectiva aplicación sea garantizada por el Tribunal de Justicia...” (RAMOS TAPIA, Maria Inmaculada *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 119).

de valoración a los Estados en cuanto a la forma y medio de alcanzar los resultados⁴⁰⁹. Por tanto, aseguran libertad a los ordenamientos nacionales, pero estableciendo principios de uniformidad de la actuación y sirviendo como fuente de integración normativa⁴¹⁰.

Los **reglamentos** comunitarios tienen fuerza normativa, naturaleza y alcance general, obligatoriedad en todos sus elementos y aplicabilidad directa e inmediata en todos los Estados miembros⁴¹¹, en los términos del artículo 249 del Tratado de la Unión Europea. Esos actos normativos comunitarios son, tomadas las debidas diferencias naturales, análogos a las leyes nacionales⁴¹².

La **decisión** es tomada a nivel comunitario por diversos órganos de la estructura de la Unión Europea, siendo obligatoria en el sentido de que “vincula la conducta de sus destinatarios a lo decidido, incluyendo derechos y obligaciones”⁴¹³, y tanto a particulares como a los Estados, independientemente de los actos de recepción formal y material, por lo que se asemeja al reglamento comunitario (artículo 249 TUE).

Las **recomendaciones** y los **pareceres** son actos que no se revisten, como regla general, de efecto vinculante, revelando un evidente carácter consultivo. Son competencia del Parlamento Comunitario, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia.

2. PANORAMA LEGISLATIVO SUPRANACIONAL MUNDIAL Y EUROPEO EN TORNO AL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Concluida la breve introducción precedente sobre la cuestión en la Unión Europea, pasaremos a analizar las normativas comunitarias e internacionales de represión del delito de blanqueo de capitales, dado que “el lavado o blanqueo de

⁴⁰⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 819.

⁴¹⁰ Los reglamentos y las Directivas de la Unión Europea también pueden ser aplicados como complementos de las leyes penales en blanco en el Derecho Penal (RAMOS TAPIA, María Inmaculada *et alii*. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...* p. 116).

⁴¹¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 819.

⁴¹² SOUTO MAIOR BORGES, José. *Curso de Direito Comunitário*. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 618.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 637.

dinero constituye la razón y el sentido, y por tanto es el centro neurálgico de la criminalidad organizada⁴¹⁴; y de ahí que “la aproximación del Derecho Penal y procesal en materia de blanqueo de capitales (tipos penales y medidas de investigación), se torne en algo esencial en cualquier política criminal sobre la materia a nivel local y regional o universal⁴¹⁵”.

Se percibe claramente que el delito de blanqueo de capitales en el ámbito internacional ha pasado por un proceso que ha desembocado en la creación de un nuevo paradigma en función de la gravedad de sus consecuencias en el orden socioeconómico, así como del efecto transnacional y globalizador de los daños provenientes de esa conducta, lo que justifica la búsqueda de la uniformidad, ampliación y consolidación de esos parámetros, paulatinamente ampliados, así como el cambio en la estrategia regulatoria mundial, que desemboca en una gestión del riesgo⁴¹⁶, conforme iremos verificando *infra* en la evolución normativa trazada.

2.1. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980

El Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980 fue el encargado de emitir el primer acto normativo⁴¹⁷ cuya finalidad consistía en concienciar de la necesidad para los países europeos de reconocer la gravedad del blanqueo de capitales y de uniformar y estandarizar la tutela penal de ese delito a partir de la definición de una política general de prevención válida para los países integrantes del Consejo. La Comunidad Europea despertaba así precozmente a

⁴¹⁴ GARZÓN REAL, Baltasar. “Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea”. En *Prevención y represión del blanqueo de capitales* [Dir.: Javier Zaragoza Aguado]. Estudios de Derecho Judicial, n.º 28. Madrid: CGPJ, 2000, pp. 428-429.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 429.

⁴¹⁶ BERMEJO, Mateo G.; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito de blanqueo de capitales*. In: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. [Dir.: Jesús María Silva Sánchez]. Madrid: La Ley, 2011, pp. 443-444.

⁴¹⁷ FABIÁN CAPARRÓS. Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales*. Valencia: Colex. 1998, p.189; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral en Derecho Penal. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela. jan.2001, p.50.

la gravedad de la cuestión, señalando en el fenómeno del blanqueo de capitales su carácter transnacional.

Aunque en el inciso tercero de la Recomendación se alude ya a cualquier tipo de actividad delictiva, ciertamente su Preámbulo señala como delitos violentos preponderantemente cometidos los actos de robo y secuestro, sin aludir al tráfico de estupefacientes, que vio la luz en la Convención de las Naciones Unidas de 1988. La razón de esa omisión inicial, que no se repitió en otros documentos internacionales, fue “la moderada relevancia que todavía tenía el mercado ilícito de estas sustancias por aquel entonces en nuestro entorno en relación con las otras infracciones citadas”⁴¹⁸.

La Recomendación R (80) 10 fue adoptada el 27 de junio de 1980 con vistas a adoptar medidas de control del blanqueo de activos dentro del sistema bancario europeo, habiendo sido su embrión medidas como el seguimiento de los activos (“*follow the money*”) y la identificación de los clientes (“*know your client*”), dirigidas al sector bancario⁴¹⁹. Además, se expresaba una abierta preocupación por la cooperación judicial y policial en el ámbito criminal dirigido al blanqueo de capitales.

Este acto normativo buscaba establecer algunas orientaciones para la identificación de los clientes en la apertura de cuentas o realización de depósitos, alquiler de cofres o transacciones financieras de gran volumen; y se pasaba a exigir de los bancos que, en tales casos, verificasen la identidad de sus clientes a través de formularios oficiales, o por medios similares cuando la comunicación con los clientes fuese por correspondencia o a través de terceros [artículo a.i) R (80) 10]. El alquiler de cofres para depósito dentro del banco debe ser destinado solo a personas o a empresas con las que el banco posee relaciones desde hace tiempo o que, por referencias, puede considerar dignas de confianza [artículo a.ii) R (80) 10].

⁴¹⁸ FABIÁN CAPARRÓS. Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 195.

⁴¹⁹ Abel Souto señala que “Entre las iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo de dinero la más temprana resulta ser la Recomendación adoptada en 1980 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la cual supuso un tímido comienzo de un fuerte empeño comunitario en tutelar preventivamente la transparencia de la actividad bancaria con la finalidad de combatir el reciclaje de productos delictivos” (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 50).

El inciso tercero de la recomendación presenta medidas de rastreo de efectivo, al determinar que los bancos elaboren reservas de seguridad a través de la identificación de billetes, posibilitando así el seguimiento y el establecimiento de su conexión con delitos; lo cual se refuerza con el inciso cuarto, párrafo c), que prevé la instalación de dispositivos que permitan listar aquellos billetes que se han utilizado en la comisión de actos criminales; y cuando en el párrafo b) dispone la formación de grupos de trabajo de inteligencia financiera para intercambio de información sobre circulación de notas involucradas en delitos.

En definitiva, la Resolución dispone una normativa que establece procedimientos de prevención del blanqueo de activos y, posteriormente, de represión mediante el establecimiento de formas de investigación del delito; pero no existe en ella ninguna clase de previsión de carácter jurídico-penal, que nacerá con los actos normativos que irán dando forma al plan europeo internacional.

2.2. Declaración de los Principios de Basilea

La Declaración sobre prevención de la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal, firmada en Basilea (Suiza) en diciembre de 1988, es el próximo documento internacional de relevancia en la lucha contra el delito de blanqueo de capitales. Y, aunque está desprovista de carácter coercitivo, ha sido mayoritariamente acogida, dada la importancia de sus normas.

El Preámbulo de la referida Declaración innova con relación a la Recomendación R (80) 10, del Comité Europeo, porque incluye a bancos y a otras instituciones financieras como destinatarios de sus mandatos. De esta forma se inicia la percepción global de que el blanqueo trasciende el medio de

las operaciones llevadas al efecto en bancos y propaga su incidencia a otros sectores financieros con potencialidad de reciclar activos⁴²⁰.

Otro punto destacable es que la Declaración de Basilea recoge en su Preámbulo una definición de lo que sería blanqueo de capitales⁴²¹; sin embargo, no estamos de acuerdo con el concepto, toda vez que la Declaración enuncia, pero no hace explícitas, las actividades de transferencia de fondos, beneficios del blanqueo. La conceptualización de lo que sería blanqueo de capitales aparece en un momento posterior, como se verá.

La Declaración igualmente hace alusión específica al delito de tráfico de estupefacientes como una de las principales fuentes de obtención de fondos ilícitos, además de reafirmar el carácter transnacional de ese delito y del blanqueo de capitales, lo que justificaría la adopción de medidas uniformes a nivel internacional, porque el problema gana proporciones que trascienden las fronteras de los países.

La norma aún se refiere, en el ítem 3 del Preámbulo, a la necesidad de que se respeten los límites previstos por cada ordenamiento jurídico nacional en la lucha contra el blanqueo de capitales, aunque siempre considerando que las instituciones financieras, bancos y agencias de fiscalización no pueden ser

⁴²⁰ Abel Souto destaca que “Este Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria – también denominado *Cooke Committee* en atención a su antiguo presidente e incluso conocido previamente como *Blunden Committee*– se había creado en el año de 1974 dentro del marco del Banco de Compensación internacional de Pagos, y estaba integrado por los representantes de los bancos centrales, así como por las autoridades monetarias del Grupo de los Diez (Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Reino Unido, Suecia y Suiza) y de Luxemburgo. Por ello, los Principios de Basilea representan la primera enunciación, elaborada por una organización financiera internacional, de una declaración sobre el control del blanqueo de dinero a través de entidades financieras” (*Ibidem*, p. 56).

⁴²¹ Favorablemente, ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 58. En sentido contrario, ZANCHETTI, Mário. *Riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Giuffrè: Milano, 1997, p. 155.

indiferentes al origen del capital aportado⁴²². La justificación de la necesidad de tal actitud por parte de las instituciones financieras nace de la confianza del público en su estabilidad, además de la posibilidad de causar daños por publicidad negativa, al asociárseles actividades delictivas y perjuicios financieros, algo que se destaca en el punto cuatro del Preámbulo y que refuerza la necesidad de códigos estandarizados de ética financiera⁴²³. Todo ello constituye un preludio a la observancia por parte del sector financiero de los principios para la lucha contra el blanqueo de capitales, los cuales se describen de forma rudimentaria en la Declaración de los Principios de Basilea, recomendándose su adopción a otros países.

En concreto, la Declaración presenta cinco principios: el primero enuncia la finalidad del documento; y después se avanzan la identificación del cliente, el cumplimiento de las leyes, la cooperación con las autoridades y la adhesión a los términos del documento.

⁴²² Respecto al conflicto entre el secreto bancario y su inoponibilidad ante la investigación en delitos socioeconómicos, Palma Herrera apunta: “Destacan las previsiones acerca del deber de cooperar con las autoridades nacionales, recomendado aunque sólo en la medida en que lo permitan las normas específicas del país sobre secreto profesional. Una afirmación que parece un contrasentido y una irresponsabilidad: un contrasentido, porque carece de toda lógica elaborar una Declaración que pretende sentar unas bases éticas con el fin de evitar la utilización del sistema bancario por este tipo de delincuencia económica, y en la que se pide plena cooperación con las autoridades, y a continuación seguir hablando de secreto bancario como límite a la cooperación con las autoridades. En ningún caso el secreto bancario puede suponer un límite a la cooperación con las autoridades cuando de perseguir delitos se trata, sino al contrario; es esa cooperación con las autoridades lo que debe de servir de límite al secreto bancario. Pero me parece además una irresponsabilidad porque se legitima éticamente la actitud mantenida por numerosas entidades que se niegan sistemáticamente a colaborar con las autoridades dedicadas a perseguir la delincuencia que se oculta tras ese secreto” (PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa: Madrid, 2000, p. 34).

⁴²³ También puede encontrarse una alusión a esta cuestión en el punto seis del Preámbulo, el cual destaca que la declaración “exhorta a la dirección de los bancos a establecer procedimientos eficaces para asegurarse de conocer la identidad de toda persona que trate con su institución, para desanimar la realización de operaciones de apariencia ilegal, para conseguir la cooperación con las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley. La declaración no supone una obligación legal y su puesta en práctica dependerá de las leyes y costumbres nacionales. Particularmente conviene señalar que los bancos de ciertos países pueden estar sometidos a disposiciones adicionales más estrictas en este terreno. En este caso, la Declaración no pretende sustituir estas reglas ni reducir su contenido. Sea cual sea la situación legal de cada uno de los países, el Comité estima que la primera y más importante protección contra el blanqueamiento de dinero es la integridad de los responsables de los bancos, así como su firme determinación de evitar que su institución se asocie a delincuentes o sea utilizada como vehículo para el blanqueamiento de dinero. La Declaración está enfocada a reforzar estas reglas de conducta”.

El propósito de la Declaración de Basilea es, conforme al primer principio, instituir medidas de prevención del blanqueo de capitales a través de bancos e instituciones financieras, subrayando el peligro de esas conductas para la economía y la credibilidad de la institución, así como la necesidad de que se atiendan los mandatos enunciados en los principios abajo apuntados a través de la adopción de una política uniformizada de anti blanqueo.

El deber de identificación del cliente es el segundo principio de la referida Declaración, y refuerza el deber de identificación de los clientes ya descrito en la norma proveniente del Comité Europeo. El principio intenta garantizar que el sistema financiero no es usado como un canal para fondos de origen criminoso, los bancos deben hacer esfuerzos razonables para determinar la verdadera identidad de todos. Mediante la identificación de los clientes es posible contener determinadas operaciones sospechosas, apuntando la Declaración que operaciones en las que dicha identificación no sea posible, o si el cliente no quiere identificarse, no deben ser realizadas por el banco o institución financiera.

El principio referente al cumplimiento de las leyes determina que los agentes financieros integrantes de instituciones y bancos deben atender a las leyes, reglamentos y normas, así como a las formas de realización de transacciones financieras conforme a rigurosas reglas deontológicas. Conforme a este tercer principio, la Declaración reconoce que los bancos no siempre tienen medios de saber si la operación financiera presenta recursos provenientes de actividad delictiva, y que en un escenario transnacional puede resultar difícil establecer si las operaciones efectuadas por cuenta del cliente están conformes a los reglamentos de otro país. A pesar de eso, los bancos deben abstenerse de ofrecer consultoría o servicios en operaciones sospechosas de blanqueo de capitales.

El cuarto principio se refiere a la cooperación con las autoridades policiales y judiciales responsables por la aplicación de la ley. Establece la norma el deber que los bancos tienen de auxiliar a los órganos encargados de la persecución penal, además de determinar expresamente la precaución de no ofrecer ningún tipo de apoyo o asistencia a clientes que buscan burlar la ley mediante el ofrecimiento de informaciones falsas, incompletas, engañosas. En tales casos, tienen que tomar medidas como negar la efectividad de la

transacción en el banco, congelar los valores de la operación o cerrar la cuenta del cliente.

Finalmente, el quinto ítem de la Declaración cuida de la adhesión de los bancos⁴²⁴, toda vez que estos tienen que guiarse por la adopción de políticas formales de control bancario adecuadas a los principios del documento. Asimismo, tienen el deber de garantizar su cumplimiento aumentando el rigor de las auditorías internas, para incrementar su eficacia, lo que no deja de ser otro indicio que apunta a la importancia del cumplimiento de las leyes en la lucha contra el blanqueo de capitales.

La Declaración de Principios de Basilea no contiene contenido normativo en el sentido de imposición de normas de incriminación, pero llama la atención sobre aspectos inherentes al sistema bancario y sobre la necesidad de un rígido nivel de exigencia al atender parámetros de control y fiscalización, dada la importancia de ese instrumento para reciclar activos provenientes de infracción penal. Merece anotarse también que, por primera vez en el plan comunitario, se señala al tráfico de estupefacientes como motor del delito de blanqueo de capitales.

La norma hace alusión a la importancia de contener el blanqueo de capitales a través de bancos, si bien en otras ocasiones habla de instituciones financieras. Tendría que haberse explicitado oportunamente a los agentes del sistema financiero o a actuantes en sectores de la economía con potencialidad para el blanqueo, evitándose mandatos que pueden sonar contradictorios. En ese particular, el documento podría haberse redactado mejor, aunque ello no es óbice para reconocer su mérito a la hora de reforzar los deberes de conocer al cliente, de identificar operaciones y crear normas mínimas que inician lo que hoy es conocido como cumplimiento de las leyes.

⁴²⁴ Con relación a España, apunta Aránguez Sánchez que el 17 de julio de 1990 el referido documento fue incorporado al ordenamiento jurídico español con el nombre de "Normas para prevención del blanqueo de origen criminal", una vez que el autor apunta su fragilidad en función del alto grado de abstracción y ausencia de mecanismos de control y sanción en virtud de no cumplimiento (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons. 2000, pp. 111-113).

2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988

La Convención de la ONU fue elaborada el 20 de diciembre de 1988⁴²⁵ en Viena (Austria), con incorporación mayoritaria a los ordenamientos jurídicos nacionales. Su finalidad es invitar a una acción global de afrontamiento del narcotráfico, caracterizado como un delito de esencial represión en cuanto que sus consecuencias "representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad"⁴²⁶.

La normativa internacional revela que el tráfico ilícito provoca daños en la salud de grandes sectores de la población mundial, incluso niños de corta edad, pudiendo llevar a la muerte. Además, la relación del delito con otras actividades delictivas amenaza a la soberanía, a la seguridad y a la soberanía de los países. Las consecuencias de este delito se propagan con tal fuerza, que organizaciones delictivas transnacionales hacen frente a las Administraciones públicas, fomentan la corrupción, atacan las estructuras comerciales y afligen a la sociedad gravemente⁴²⁷. De ahí la urgente necesidad, para afrontar el tráfico ilícito de drogas, de reprimirlo a través del decomiso de los bienes reinsertados en la economía y que refuerzan la estructura del narcotráfico.

Se ha verificado inicialmente la necesidad de afrontamiento al delito de blanqueo de capitales, el cual se inició en la lucha contra el narcotráfico enfocado en la contención de este delito y en la confiscación de los bienes provenientes del mismo con énfasis en la "regulación jurídico-penal: la cooperación internacional, el decomiso de los beneficios económicos del tráfico ilícito de drogas y la tipificación penal del delito de blanqueo de bienes provenientes de aquel delito"⁴²⁸.

⁴²⁵ Acerca de la evolución histórica del blanqueo de capitales hasta la Convención de Viena, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 102-108; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, pp. 65-71.

⁴²⁶ Preámbulo de la Convención de Viena de 1988.

⁴²⁷ *Ídem*.

⁴²⁸ BERMEJO, Mateo G.; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p.443/444.

La Convención presenta algunas conceptualizaciones que son importantes, especialmente para el Derecho penal, con manifestaciones en el Derecho penal económico y el blanqueo de capitales, cuando define, por ejemplo, en su artículo 1.º, apartados f), p) y q), lo que sería “decomiso”, “producto” y “bienes”⁴²⁹.

Innova el texto cuando presenta mandatos internacionales de criminalización de conductas en su artículo 3.º, conforme al cual cada uno de los países signatarios adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito las conductas descritas en el documento. Entre ellas encontramos comportamientos inherentes al tráfico ilícito de drogas; pero, en especial, describe por primera vez⁴³⁰ comportamientos característicos del delito de blanqueo de capitales en el artículo 3.º, § 1.b.ii) y c.i), que veremos brevemente⁴³¹.

La Convención de Viena creó un arquetipo de tipo penal de primera generación, fundado en la lucha contra el narcotráfico, puesto que el alcance de la tipología se limita a los delitos establecidos en el artículo 1.a), i) a v), que cuida

⁴²⁹ La Convención de Viena revela que “decomiso” es entendido como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”; “producto”, como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”; y “bienes”, como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

⁴³⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 198; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 72.

⁴³¹ “Artículo 3.º. Delitos y Sanciones: 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: [...] b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos. c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos; ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines”.

visiblemente de las conductas del tráfico de sustancias estupefacientes y figuras equiparadas.

En este sentido, nótese que la ley ha asimilado en el comportamiento típico la receptación (ocultar, encubrir, convertir, transferir) y el favorecimiento real (encubrir el origen ilícito de los bienes) y personal (ayudar a cualquier persona). La admisión de la tipificación de la conducta de adquirir, poseer o utilizar bienes complementa a los verbos, lo que ha sido objeto de divergencia entre algunos de los países miembros⁴³².

En ese momento, las conductas de blanqueo solamente admitirían el dolo como elemento subjetivo, en caso de no haber alusión a la forma imprudente en la Convención; pero demanda la presencia del elemento subjetivo del injusto, por exigir que la actuación sea dada con el móvil de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a escapar de las consecuencias jurídicas de sus actos a la persona que participe de la comisión de los delitos procedentes de los bienes⁴³³. El documento internacional deja entreabierto la posibilidad de que el dolo sea directo o eventual; no exige aún la efectiva reintegración del bien en la economía para la consumación del delito.

Igualmente, por respeto a la soberanía de los Estados signatarios ha dejado el documento de prever sanciones penales, limitándose, de forma prudente aunque innecesaria por su obviedad, a establecer que el principio de la proporcionalidad es un norte seguro para la delimitación de la pena.

Establece también la norma internacional de Viena que los países harán un esfuerzo en orden a prever en sus ordenamientos jurídicos nacionales mandatos que faculten a los Jueces a dosificar la pena con mayor intensidad en caso de que sean cometidos los delitos del artículo 3.º, § 1.b), i) y ii), y c), i) a iv), entre los que destacamos la participación en grupo delictivo organizado y participación en

⁴³² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 108.

⁴³³ *Ibidem*, p. 109.

actividades delictivas internacionales organizadas, entre otras (artículo 3.5)⁴³⁴. Aunque la Convención objetive una acción de afrontamiento del delito de tráfico de estupefacientes, prevé también normas sobre el decomiso de los bienes (artículo 5.º) provenientes de dicho delito, que acaba reflejarse en el blanqueo de capitales (artículo 5.4).

La Convención de Viena ha sido bastante adecuada al establecer marcos limitadores del mandato internacional de criminalización, a saber, la soberanía, no intervención en los asuntos internos de otro país, el principio de proporcionalidad; además del respeto a los principios fundamentales de cada Estado, como se desprende del cotejo de los artículos 2.1.º y 3.1, c).

Por otro lado, revela elementos atinentes al proceso penal, puesto que prevé medidas de cooperación en el ámbito policial y judicial, además de explicitar términos como “entrega vigilada”, “embargo preventivo” –equivalente a las medidas cautelares del Código del Proceso Penal–, y de fijar criterios que orientarán a los jueces para la concesión o no de libertad provisoria (artículo 3.º, § 8.º), todo ello respetando la jurisdicción de cada país para el juicio de las infracciones penales descritas en el documento.

La Convención de la ONU elaborada en Viena representa un marco innovador de Derecho penal, puesto que ha sido el primer documento supranacional⁴³⁵ que ha incorporado expresamente mandatos internacionales de criminalización, puesto que los países signatarios tendrán que incorporar en su Derecho interno tipos penales atinentes al blanqueo de capitales. Asimismo ha

⁴³⁴ El artículo 3.5 dice: “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 I , del 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 escolares y 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”.

⁴³⁵ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 70.

establecido de forma inédita el deber de crear el marco que posibilite al Juez penal aumentar la pena, dada la concurrencia de determinadas hipótesis que revelen la necesidad de un mayor desvalor de la acción o del resultado. Digna de mención es la presencia de marcos limitadores que, en diversas disposiciones (artículo 3.6 hasta 11), aclaran el respeto a los límites establecidos en el Derecho penal de cada país signatario, lo que realza las respectivas soberanías nacionales.

No obstante todo lo anterior, la visión del delito de blanqueo de capitales continúa un poco polarizada sobre delitos concretos, como en el caso de esta Convención, que se centra en el tráfico ilícito de estupefacientes, conceptuando el reciclaje de activos como algo dependiente de este delito⁴³⁶, sin vislumbrarlo de modo independiente, como sucede en documentos anteriores, en especial en la Recomendación R (80) 10 del Comité de Ministros de Europa sobre medidas contra a transferencia y salvaguardia de fondos de origen criminal de 1980.

Y ello a pesar de que, evidentemente, el delito de blanqueo de capitales es autónomo del tráfico ilícito de drogas, máxime si tenemos en cuenta que existen otras infracciones penales en las que se logra realizar el blanqueo de activos⁴³⁷, como el tráfico ilegal de armas de fuego, tráfico internacional de personas para fines sexuales, venta de órganos del cuerpo humano, corrupción –entendida en sentido amplio, en sus variantes activa, pasiva, concusión–, falsedad documental, moneda falsa, delitos ambientales, infracciones penales de quiebra, concurrencias contra el sistema financiero, robo, hurto, tráfico internacional de obras de arte, entre otros.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, la Convención de Viena, sin ningún género de dudas, representa un importante marco contra el blanqueo de capitales, pues ha sugerido por primera vez, *de lege ferenda*, un tipo penal de blanqueo de capitales; representa una importante y significativa aportación a la cooperación judicial internacional; y ha revelado la importancia de una práctica

⁴³⁶ En la doctrina encontramos que lo considera como técnica de lucha contra el blanqueo FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 198).

⁴³⁷ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 72; BERNASCONI, Paolo. “Flux internationaux de capitaux d'origine illicite. La Suisse face aux nouvelle strategies”. *Annuaire Suisse - Tiers Monde*. IUED: Ginebra, 1990, pp. 208 y ss.

económica asfixiante a través del decomiso y la pérdida de bienes provenientes de delitos.

2.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo

La Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se celebró en diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y tenía por finalidad establecer mecanismos más eficientes para la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada internacional (artículo 1.º).

La norma cuida de materia de Derecho penal, Proceso penal y Derecho internacional público; pero esencialmente busca definir los conceptos de “grupo delictivo organizado” (artículo 2.º, a), penalizar el crimen organizado y la corrupción (artículos 5.º y 8.º), establecer medidas anticorrupción (artículo 9.º), el decomiso (artículo 12) y la cooperación jurídica internacional en lo relativo a decomisos (artículo 14); además de establecer normas procesuales penales referentes a jurisdicción (artículo 15), extradición (artículo 16), transferencia de presos, asistencia mutua (artículo 18), metodologías de investigación criminal (artículos 19 a 30) y mecanismos de prevención del crimen organizado (artículo 31).

El enfoque del enfrentamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales, que comenzó con el robo y la extorsión, siguiendo con el tráfico de estupefacientes, culmina ahora en la delincuencia organizada, que se afronta sin importar un delito en especial, sino la caracterización del crimen organizado, que puede valerse de diversas actividades delictivas.

Poniendo el énfasis en el tema que nos hemos propuesto para esta tesis, el documento internacional reconoce la necesidad de tipificación en los países signatarios de conductas de criminalización del blanqueo de capitales, ofreciendo, como la Convención de Viena, modelos de tipo penal para ser adoptados, además de otras medidas, siempre a salvo el respeto a los principios fundamentales de las leyes nacionales (artículo 6.º).

El documento comienza insistiendo en la necesidad de que los tipos penales de blanqueo de activos sean dolosos, y demanda el elemento subjetivo del injusto y la represión de las conductas de convertir o transferir propiedades sabiendo que proviene del crimen, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito a eludir sus consecuencias jurídicas [artículo 6.º, § 1.a.i)]. El artículo 6.º, § 1.a.ii) de la Convención de Palermo apunta que hay que criminalizar las conductas de ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movilización o propiedad de bienes o de derechos relativos estos, sabiendo que esos bienes son producto del delito. Al respecto, hay cierta polémica sobre la utilización de determinados sustantivos en la norma, tales como “adquisición”, “posesión” y “utilización” [artículo 6.º, § 1.b.i)], aunque el documento establece una cláusula de adaptabilidad del dispositivo al apuntar: “Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico” (artículo 6.º, § 1.b). Presenta también la conducta de participación en asociación o confabulación para cometer, intentar cometer y ayudar, incitar, facilitar o asesorar para su comisión⁴³⁸ [artículo 6.º, § 1.b.ii)].

La Convención de Palermo prevé que los Estados asegurarán el máximo de amplitud para el alcance de los tipos penales de blanqueo de capitales, haciendo posible una gama mayor de tipos penales en concepto de infracciones penales graves, además de otros fuera del límite temporal, como el de pertenencia a grupo delictivo organizado, corrupción, coacción en el curso del proceso y una modalidad específica contra agentes de la justicia y de la policía (artículos 5.º, 6.º, § 1.b), 8.º y 23).

La Convención de Palermo establece aún que cada Estado fijará los delitos determinantes con absoluta soberanía, advirtiendo de la necesidad de incluir delitos referentes a grupo delictivo organizado (artículo 6.º, § 1.b), lo que indica que nos hallamos ante una segunda legislación penal, puesto que presenta una gama de infracciones penales antecesoras.

⁴³⁸ El artículo 2.º.b) de la Convención de Palermo conceptúa el “delito grave” como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

Admite la norma internacional la extraterritorialidad del delito determinante, siempre que tenga un resultado esperado dentro del territorio del Estado parte en cuestión (artículo 6.1, 2.c). También se establece claramente la posibilidad de no punición del autoblanqueo de capitales, en caso de ser incompatible con los principios básicos del Derecho penal del país signatario, aunque la cláusula deja entreabierta la posibilidad de reprobación jurídico-penal de esa conducta. El documento establece que el dolo de las conductas puede ser inferido de circunstancias fácticas objetivas (artículo 6.º, § 2.f).

A continuación, el artículo 7.º de la Convención de Palermo pasa a presentar mandatos más concretos que sus antecesoras referentes a medidas administrativas de combate del blanqueo de capitales.

La normativa describe deberes de cumplimiento interno por los bancos e instituciones financieras, además de extender correctamente ese deber a otros órganos que sean susceptibles de verse envueltos en el blanqueo de activos, y que deberán cumplir los requisitos de identificación de los clientes, establecer los registros adecuados y denunciar las transacciones sospechosas (artículo 7.º, § 1.a). Además, apunta la necesidad de que las diversas autoridades que combaten el blanqueo de activos, cooperen e intercambien información a nivel nacional e internacional, de acuerdo con su Derecho interno, en aras de establecer un posible centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre potenciales actividades de blanqueo de capitales (artículo 7.º, § 1.b).

También indica la Convención la posibilidad de aplicar providencias para, con sujeción a las necesarias salvaguardias, detectar y vigilar movimientos financieros y de títulos negociables, con vistas a obtener conocimiento de la realidad y asegurar el uso adecuado de la información. Ello no debe ser óbice para la realización de las transacciones económicas legítimas. Esa fiscalización puede darse a través del establecimiento del deber de comunicar operaciones sospechosas para empresas e individuos en caso de transferencias transfronterizas de capitales (artículo 7.º, § 2).

La Convención insta a que, en la adopción de la reglamentación y supervisión nacional, los Estados se sirvan de orientaciones de las iniciativas

adecuadas nacidas de las organizaciones criminales regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

Podemos concluir, por tanto, que el referido documento significa un avance en el panorama del blanqueo de capitales, puesto que arrincona la cuestión de un delito precedente específico y, por el contrario, aumenta el abanico de infracciones penales determinantes, asumiendo su función de legislación penal de segunda generación. En este sentido, es un evidente acierto admitir la punibilidad del autoblanqueo, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico-penal de cada país, dado que dicha conducta posee autonomía para reprobación independientemente del delito predecesor; como lo es, igualmente, consagrar el principio de la extraterritorialidad aunque el delito antecedente haya ocurrido en otro país, y que se presentó por primera vez en el referido documento. Finalmente, presentó asimismo la necesidad de reforzar los deberes de fiscalización y control de actividades bancarias y financieras, además de establecer la creación de una red lícita para el seguimiento de transacciones económico-financieras, trazando con las informaciones recabadas un mapa de las ocurrencias de blanqueo.

En suma, la Convención de Palermo representa un documento de gran importancia, por el contenido de sus innovaciones en el campo administrativo, de auditoría, investigativo y de naturaleza penal.

2.5. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de Mérida

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción firmada en México, en la ciudad de Mérida, el 9 de diciembre de 2003, es un documento que ofrece concomitancias con el tratamiento jurídico-penal del blanqueo de activos revelando, con énfasis, la peligrosidad social de la corrupción, además de la interconexión de ambos con el delito organizado, lo cual se destaca en el Preámbulo de dicha norma. Reconoce el texto que es extremadamente preocupante la extensión de la delincuencia organizada, cuyo enriquecimiento

ilícito puede ser nocivo para la economía y el imperio de la ley⁴³⁹, razones por las cuales los países se comprometieron a promover la lucha contra la corrupción a nivel internacional.

El blanqueo de activos se trata de forma tangencial, puesto que el objetivo del documento es analizar la corrupción y solo en parte la recuperación de activos –que se expresa entre sus finalidades– pasa por la lucha contra el blanqueo de capitales.

El texto alude a medidas preventivas del reciclaje de activos en el artículo 14, bajo el epígrafe “Medidas para prevenir el blanqueo de dinero”. Se inicia con los deberes, que se trasladarán a las normas de los Estados parte, de cumplimiento e identificación de clientes, así como el de denuncia de transacciones sospechosas, por parte de bancos e instituciones financieras, además de personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores, y en su caso, otros órganos susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero (artículo 14, § 1.a). Es un acierto del texto ampliar el espectro de incidencia del blanqueo de capitales a actividades financieras indicativas de empleo para blanqueo de activos, por ejemplo, casas de cambio; e incluir personas físicas que no se encuadraban como bancos o instituciones financieras, pero que poseen condiciones de realizar el blanqueo, como ocurre con los comerciantes en obras de arte, que ni siquiera se revisten con forma de empresa.

La Convención de Mérida subraya la necesidad de una inteligencia financiera interna, bilateral, comunitaria, internacional y entre los países signatarios; así como del intercambio de información entre autoridades administrativas, policiales y judiciales, que deben auxiliarse en aras de una mayor visibilidad del fenómeno del blanqueo de activos (artículo 14, § 1.b). Para ello, deberán identificar el *modus operandi*, los principales medios usados y resultar eficientes en la cooperación judicial (artículo 14, § 5).

⁴³⁹ La finalidad de la Convención (artículo 1.º) es la de “promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

Los Estados deberán sopesar la posibilidad de reforzar la fiscalización aduanera y transfronteriza de activos y títulos negociables, con la reserva de no prohibir el tráfico lícito de riqueza. Apunta la Convención que los países podrán exigir declaración de que particulares y entidades mercantiles notifiquen las transferencias cuando haya altas cantidades en efectivo y en títulos negociables (artículo 14, § 2). Esa fiscalización abarcará la adopción de medidas exigibles a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, tales como la inclusión en los formularios de información exacta y válida sobre el remitente, que deberá mantenerse durante el ciclo de pagos; y un examen minucioso de las transferencias de fondos con información incompleta sobre el remitente (artículo 14, § 3). Todo lo cual no es óbice para que cada país utilice sus mecanismos específicos, aunque se recomienda adoptar las líneas generales de documentos regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero (artículo 14, § 4).

El artículo 23 de la Convención de Mérida presenta de nuevo el mandato de criminalización internacional del delito de blanqueo de activos, ofreciendo nuevamente una estructura marco que sirva de orientación a los países signatarios. La disposición del texto es muy similar a la seguida por la Convención de Palermo para luchar contra la delincuencia organizada.

Hay que anotar, por fin, como nota negativa de la Convención, que se refiera al delito como “blanqueo de dinero” y no de “capitales” o “activos”, lo que sería más adecuado a la infracción penal.

2.6. Legislación estándar de lucha contra el blanqueo de capitales del IMoLIN

La Organización de las Naciones Unidas, por medio de su Oficina contra la Droga y el Delito, establecida en 1997 por previsión de la Convención de Viena de 1988, ha creado un Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero, Ganancias derivadas del Delito y Financiación del Terrorismo (GPML, *Global Programme against Money-Laundering, Proceeds of Crime and the Financing of Terrorism*). Dicho programa tiene por finalidad el fortalecimiento de sistemas preventivos anti-blanqueo de capitales, la colaboración en el rastreo y decomiso

de bienes provenientes del terrorismo, del tráfico de drogas y del blanqueo, así como propiciar asistencia técnica y entrenamiento profesional a las autoridades de los Estados miembros. Asimismo contribuye a ayudar a los países en la implementación de una legislación penal⁴⁴⁰ que contenga las medidas adecuadas a la represión del ilícito de blanqueo de capitales.

El GPML administra y gestiona la Red Internacional de Información sobre Blanqueo de Capitales (en adelante, IMoLIN, *International Money Laundering Information Network*) en nombre de once organizaciones asociadas⁴⁴¹. El IMoLIN es un proveedor internacional de información anti-blanqueo de activos y anti-financiación del terrorismo desde una perspectiva legislativa y ofrece auxilio para asistencia judicial internacional. Su actuación es preventiva, con sugerencias para mejora de las leyes nacionales sobre los temas arriba apuntados, además de sugerir medidas preventivas y de cooperación internacional, ofreciéndose como referencia de consulta tanto para quienes actúan sobre mercados sospechosos como para profesionales del sector jurídico.

El acceso a su información es libre, dejando a salvo algunas cuestiones de su Base de Datos Internacional sobre Blanqueo de Capitales (AMLID, *Anti-Money Laundering International Database*)⁴⁴². Esta base de datos, que representa uno de los principales elementos del sistema IMoLIN, es un compendio de análisis de legislaciones penales sobre blanqueo de capitales, incluyendo leyes nacionales y de cooperación internacional.

El IMoLIN, además, permite informarse sobre contactos y autoridades con la finalidad de ayudar a la actividad jurisdiccional y de persecución criminal.

⁴⁴⁰ Vincenzo Militello aclara que: "ha aumentado la conciencia sobre la imposibilidad de afrontar eficazmente estas manifestaciones ilícitas a través de respuestas que se confíen únicamente a cada uno de los ordenamientos individuales" (MILITELLO, Vincenzo. *Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías*. In: *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*. [Coord: Laura Zuñiga Rodríguez; Cristina Méndez Rodríguez; María Rosário Diego Díaz-Santos]. Madrid: Colex. 2000, p.180).

⁴⁴¹ Estas once organizaciones son las siguientes: Grupo Asia-Pacífico sobre el Blanqueo de Capitales (APG), la Fuerza-Tarea de Acción Financiera del Caribe (CFATF), el Secretariado de la Commonwealth, el Consejo de Europa-MONEYVAL, el Grupo de África Oriental y Austral Anti-Blanqueo de Dinero (GABCAOA), el Grupo EuroAsiático (EAG), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Dinero en América del Sur (GAFISUD), el Grupo de Acción Intergubernamental contra el Blanqueo de Capitales en África Occidental (GIABA), la Interpol, la Organización de los Estados Americanos-Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (OEA/CICAD).

⁴⁴² Disponible en: http://www.imolin.org/imolin/en/about_us.html (Fecha de acceso: 10/02/2014).

Desde él puede accederse a referencias bibliográficas con estudios actualizados de la ONU acerca del blanqueo de capitales, así como a fuentes de gobiernos y organizaciones internacionales, y a una bibliografía siempre actualizada. También incluye el acceso a la legislación nacional de lucha contra el blanqueo de capitales y contra el terrorismo; presenta un calendario de eventos; enlaces a las entidades que mantienen el sistema y a las Unidades de Inteligencia Financiera (en adelante, UIF); y, por fin, por lo que a nosotros más nos interesa, presenta normas penales modelo, tanto de derecho continental como de *common law*, que pueden servir como referencia para la lucha contra el blanqueo de capitales y la represión del terrorismo. De hecho, el paradigma legislativo penal del IMoLIN se desarrolló en 2005 para sistemas de derecho continental o germano-romano, y después, en 2009, se dirigió a los países anglosajones que adoptan el sistema de *common law*⁴⁴³.

La ley modelo sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo fue publicada el 1 de diciembre de 2005 para el sistema *civil law*, y contiene seis artículos que versan acerca del tema. Interesa destacar que esta legislación modelo presenta variantes legislativas que pueden ser adoptadas por los países, en orden a atender a la variedad de teorías jurídicas del delito y sus peculiaridades, además de a una construcción diferenciada de delitos en la elección de los bienes jurídicos que van a ser protegidos con las conductas. De ese modo, cada país que adopte una de las variantes propuestas por el IMoLIN va a tener una legislación penal compatible con los parámetros propuestos.

El análisis de esta legislación revela elementos de prevención del blanqueo de capitales mediante procedimientos de control aduanero, con la obligación de declaración de bienes con acceso o comunicación a las UIF; medidas de transparencia en transacciones financieras (artículo 2.2.1); y deberes de identificación de los socios de personas jurídicas (artículo 2.2.2), de clientes por instituciones financieras y no financieras, además de determinados profesionales (artículo 2.2.3). Esos deberes son graduados de acuerdo con el montante de la transacción, el grado de confianza en el cliente y los riesgos del negocio [artículo 2.2.3 (1)], además de establecer que cada una de las

⁴⁴³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 116.

instituciones creará sus reglas internas de control del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo en el artículo 2.2.3 (5). Los procedimientos anti-blanqueo de capitales comprenden aún mecanismos de fiscalización de transacciones vía internet; deber de especial seguimiento de determinadas operaciones financieras; deber de guardar registro de transacciones por el mínimo de cinco años o por más tiempo, dependiendo de cada país; además del deber de extender normas de cumplimiento y establecer cautelas para instituciones sin ánimo de lucro (artículos 2.2.7 a 2.3).

La ley modelo del IMoLIN desarrolla en el Título III los mecanismos operativos de las UIF, que reciben confidencialmente las informaciones de quienes tienen la obligación de comunicar operaciones sospechosas (artículo 3.2.1); prevé la ausencia de responsabilidad penal de empleados bancarios que rompen el secreto bancario para comunicar una operación sospechosa (artículo 3.3.1); y establece normas de Derecho administrativo sancionador para transgresiones a las normas de cumplimiento (artículo 3.5.2). Y en su Título IV establece los medios de investigación en la lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Atendiendo al tipo que a nosotros nos interesa, el texto se abre con el concepto general y amplio de blanqueo de capitales, que define como “el proceso por el cual una persona oculta o disfraza la identidad o el origen de los fondos obtenidos de manera ilegal, por lo que parece que se han originado a partir de fuentes legítimas”. Por otro lado, en el cuerpo de la ley, en el artículo 5.2.1 (1)a) se presenta el modelo de tipo penal de blanqueo de capitales como “la conversión o transferencia de bienes por cualquier persona que sabe o debería saber” (variante 1), “por cualquier persona que sabe o sospecha” (variante 2) y “por cualquier persona que sabe, debería saber o sospecha” (variante 3) “que dichos bienes son producto del delito⁴⁴⁴, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los referidos bienes o de auxiliar a cualquier persona

⁴⁴⁴ En lo relativo al concepto de los delitos determinantes, el artículo 1.3 presenta las posibilidades de que sea “cualquier delito” (variante 1); “un delito punible con una pena máxima de prisión de un año” (variante 2); “un delito punible con una pena mínima de prisión de seis meses” (variante 3); o “los delitos definidos en los artículos” de una legislación específica (por ejemplo, Código Penal). En la última variante, la ley modelo de 2005 presenta en su Anexo 1 un catálogo cerrado de delitos como tráfico de drogas, de armas y de seres humanos, corrupción, robo, extorsión mediante secuestro, información privilegiada, homicidio, etc.

involucrada en la comisión del delito antecedente a eximirse de las consecuencias jurídicas de sus actos”. Las variantes denotan el elemento subjetivo del tipo penal, o sea, dejan libre la opción por el dolo directo o eventual (“que sabe o debería saber”), además de dar margen a la propia incriminación del tipo imprudente (“que sospecha”).

Esas variantes se repiten en las figuras típicas del artículo 5.2.1 (1) b) y c), que se ocupan de la conducta de “la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a la propiedad por cualquier persona que sabe o debería saber” (variante 1), “por cualquier persona que conoce o sospecha” (variante 2), o “por cualquier persona que sabe, debería saber o sospecha” (variante 3) “que dichos bienes son producto del delito”.

La ley modelo de 2005 ha recogido tipos objetivos que son objeto de crítica y polémica en la doctrina y jurisprudencia españolas, como los tipos penales imprudentes, además de las conductas de poseer y utilizar, en función de la imprecisión del primero y de la neutralidad de la conducta, en el segundo caso.

Digno de consideración es el hecho de que la ley haya presentado el origen del delito, sin decir nada sobre la contravención penal. Así, la ley modelo ha querido subrayar que el origen solamente concurriría en infracciones penales de mayor gravedad, descartando las contravenciones penales, salvo que hubiera una interpretación más abierta del concepto del delito, algo que encontraría resistencia en principios penales de garantía y en las propias funciones del tipo penal.

Trata la legislación modelo en el artículo 5.2.1 (1) d) de “la participación en la asociación y la conspiración para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y asesoramiento para la comisión de cualquiera de los elementos de los delitos mencionados en los incisos anteriores”. La ley modelo revela un excesivo rigor al exponer hipótesis que carecerían de ofensividad, hasta el punto de que la “tentativa de cometer” se ubica en el campo no idóneo o en el de la reflexión sobre el delito.

Prosigue la legislación modelo presentando notas referentes a la apuración de la conducta del blanqueo de capitales a partir de circunstancias fácticas objetivas, además de no exigir la condena del delito determinante en su artículo 5.2.1 (2); y la extraterritorialidad del delito determinante en el artículo 5.2.1 (3). Además, ha buscado dejar abierta la posibilidad de imputación penal por autoblanqueo de capitales en su artículo 5.2.1 (4), permitiendo la punibilidad de la conducta con pena de multa o de prisión, además de su acumulación. Dentro de la pena de multa existe la facultad de permitir la incidencia de su valor por cada país a partir del montante blanqueado, conforme al artículo 5.2.1 (5). Por fin, la ley modelo permite en el artículo 5.2.1 (6) la equiparación de la punición de la tentativa de blanqueo de capitales, el auxilio, la participación, la facilitación o asesoramiento para la práctica de tal infracción penal al tipo penal consumado, con la posibilidad de una reducción de pena en relación a la principal.

Se trata de la tentativa de delito, que el legislador equipara con la misma sanción penal de la conducta consumada, cuando el desvalor de la conducta, del resultado o de ambos revela la necesidad de punición simétrica de las conductas. En el caso en cuestión, la solución legislativa abstracta nos suena un tanto gravosa, en especial por cuanto que nivela conductas de participación con la efectiva autoría.

De hecho, las normas de incriminación disfrutaban de la prerrogativa de presentar una directriz diversa de aquellas de la parte general, aunque no pueden presentar hipótesis que ataquen al principio de la ofensividad, de la *ultima ratio* del Derecho penal, de la fragmentariedad, además de la proporcionalidad de los delitos y de las penas. La violación de esos principios se vislumbra en la equiparación de la tentativa con la forma consumada, además de la conducta del asesoramiento que depende de la efectiva conducta del blanqueo. Además, la conducta de facilitación de blanqueo de capitales se revela mucho más como un delito contra la Administración pública –caso cometido por funcionario público– o contra el sistema financiero, que como de corrupción privada.

En definitiva, este documento modelo constituye un esfuerzo interesante por presentar un instrumento de armonización legislativa internacional, pero deja

margen a que cada país pueda reglamentar la materia del modo más adecuado a su Derecho interno.

2.7. Recomendaciones del GAFI

Las normas en materia del Derecho penal internacional pueden ser de dos grandes clases: las *hard law*, que representan un conjunto de normas internacionales elaboradas por los países reunidos en organizaciones supranacionales que tienen eficacia vinculante para dichos países; y las *soft law*⁴⁴⁵, que son un conjunto de documentos o criterios con apariencia de regla, pero carentes de eficacia normativa, aunque excepcionalmente pueden acabar por tener ese poder, al presentar a título ejemplificativo estudios y modelos legislativos susceptibles de ser adoptados por los países.

Los documentos producidos por esas organizaciones internacionales presentan una elevada calidad científica y un alto grado de especialización, además de adaptarse con autenticidad a la realidad a cuyo paradigma normativo pretenden contribuir. Por ese motivo, algunas veces las *soft law* son convertidas en *hard law* en el ámbito internacional o, independientemente de la actuación supranacional, cada país puede adoptar su molde e internalizarlo en su legislación penal.

La principal demostración de la fuerza de la *soft law* la encontramos en propuestas sobre el cumplimiento en el Derecho penal, y específicamente cuando atendemos a la cuestiones sobre blanqueo de capitales por medio de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (en adelante, GAFI).

El GAFI es una organización intergubernamental con sede en París (Francia), creada por iniciativa del G-7 en el año 1989. Su finalidad es “establecer normas y promover la aplicación efectiva de las medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación de otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional”⁴⁴⁶. Asimismo, procura identificar las vulnerabilidades a

⁴⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 178.

⁴⁴⁶ FATF. *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation: FATF Recommendations*. París: FATF, 2013, p. 7. Apuntan Berdugo Gómez de la Torre y Fabián Caparrós que el GAFI es la institución con mayor grado de resultados en

nivel nacional, con el objetivo de proteger al sistema financiero internacional de un mal uso, siendo en este sentido el principal organismo internacional en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo⁴⁴⁷.

A pesar de ser un organismo no representativo de países y, por tanto, carente de fuerza vinculante⁴⁴⁸, la mayoría de ellos adoptan en sus ordenamientos jurídicos sus propuestas, que adoptan la forma de recomendaciones.

Las Recomendaciones del GAFI empezaron a publicarse en 1990, pasando por un constante proceso de revisión e inclusión de nuevas orientaciones en los años de 1996, 2003, 2004 y 2012. El contenido de esa última Recomendación recoge tres grandes grupos de medidas: legales contra blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y decomisos; de prevención del delito; y de cooperación internacional a través de la investigación⁴⁴⁹.

prevención y represión del blanqueo de capitales en el mundo (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 18, n.º 87 [nov.-dic. 2010], p. 65). La normativa del GAFI surgió en función de la necesidad de crear medidas que superasen la Declaración de los Principios de Basilea para permitir una mejor contención de la utilización del sistema financiero para fines de blanqueo de capitales, siendo en efecto posteriormente ampliados, revisados y consolidados (BERMEJO, Mateo G.; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 444-446).

⁴⁴⁷ ARNONE, Marco; BORINI, Leonardo. "International anti-money laundering programs Empirical assessment and issues in criminal regulation". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 13, n.º 3, 2010, p. 239; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "Tipologías y lógica del lavado de dinero. Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien Jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero". En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial* ([Orgs: Eduardo Ángel Fabián Caparrós; Isidoro Blanco Cordero; Javier Alberto Zaragoza Aguado]. 3 ed. Washington: OEA/CICAD/BID, 2007, p. 13.

⁴⁴⁸ Abel Souto sostiene que las recomendaciones del GAFI no poseen fuerza normativa, pero poseen gran fuerza de hecho en razón de su adopción en normativas de *hard law* como la Convención del Consejo de Europa de 1990, la Directiva de la Unión Europea sobre blanqueo de capitales, etc. Señala el autor que esa fuerza de hecho llega incluso a superar convenios y tratados (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, pp. 123 y 125). Julio Díaz-Maroto y Villarejo señala que: "...en virtud de que el GAFI es un organismo integrado por los países de mayor relevancia financiera y con intereses comunes en la materia, tienen una fuerza a veces más importante que la fuerza jurídica de los instrumentos internacionales..." (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El Gafi y las directivas europeas". Em *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III [Org.: Manuel da Costa Andrade; Maria João Antunes y Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 259).

⁴⁴⁹ A pesar de la normativa antiblanqueo del GAFI, la evolución tecnológica, aunque le haya posibilitado innumerables mejoras a la humanidad, también presenta inconvenientes que favorecen la criminalidad, las cual puede servirse de transacciones por internet y medios electrónicos que son de difícil rastreo o sobre los que no hay obligación de vigilancia, o presentan problemas de jurisdicción, etc. Uno de los principales instrumentos es la adopción de tarjetas anónimas que suponen "la interposición de un intermediario entre la cuenta *offshore* del cliente y su tarjeta de

El texto de las Recomendaciones de 2012, publicado en febrero de 2013, comienza afirmando la necesidad del seguimiento de los factores de riesgo y designando al efecto una autoridad u órgano que concentra las informaciones conseguidas con el fin específico de su eliminación o sensible disminución. Los países deben extender ese deber de control anti-blanqueo de capitales y anti-financiación del terrorismo a entes integrantes del mercado financiero y a profesionales que actúen en sectores de riesgo.

Además de eso, la segunda recomendación persigue instituir una cooperación y colaboración informativas entre instituciones reguladoras del sector financiero, autoridades públicas de investigación criminal, unidades de inteligencia financiera y otras autoridades competentes, con el propósito de unir esfuerzos por el desarrollo e implementación de políticas anti-blanqueo de capitales y anti-financiación del terrorismo, e innova al nombrar la proliferación de armas de destrucción masiva.

La tercera y cuarta recomendaciones se refieren a la criminalización de las conductas del blanqueo de capitales y al decomiso de los bienes. Conforme a la primera de ellas, se apunta que los países deben tomar en consideración las convenciones de Viena y Palermo como paradigma de sus legislaciones nacionales, en concreto para estudiar la inclusión como delito antecedente de todo delito grave, sin especificar cuáles serían esos delitos, aunque con la expresión de la necesidad de aplicarse el máximo número de ellos, en aras de una mayor efectividad legislativa.

débito, la cual es totalmente independiente de la cuenta bancaria. La mayoría de programas de tarjetas anónimas funcionan con una 'cuenta madre' (o *trust account*), normalmente abierta por una entidad financiera y que guarda los fondos de los clientes. La entidad financiera asigna a cada cliente una subcuenta y una tarjeta con un determinado número por lo que cada vez que el cliente quiera realizar cualquier operación deberá indicar su número de tarjeta para que la cuenta madre conozca qué subcuenta es la que está operando. Una vez recibido el dinero, la financiera identificará el pago e ingresará el importe en la subcuenta correspondiente, quedando entonces el dinero disponible para su utilización o retiro por cajero automático". Otro mecanismo, este más sorprendente aún, se da por medio de juegos electrónicos en internet como *Second Life*, porque para la realización de algunos actos de los personajes en ese juego ha de procederse al pago en la moneda del juego *dólar linden*, que es posible adquirir a cambio de monedas reales cuyo pago se da con tarjeta de crédito o *Paypal*. Diversas empresas del mundo real poseen tiendas en ese ambiente simulado y hacen transacciones reales por medio de los *dólares linden*, de los que pueden adquirirse grandes cantidades a través de la compra de moneda (MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. "El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales". *RP*, n.º 31 [2013], pp. 166-167).

En la correspondiente nota interpretativa del GAFI –que acompaña a cada una de las cuarenta recomendaciones– se expresa que cada país tiene libertad para definir las infracciones antecedentes, dejando libertad para incluir todas ellas o para insertar marcos limitadores de la pena, que varían entre los seis meses al año de pena mínima. Y añade la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica por blanqueo de capitales, compatible con las normas internas de cada país (ítem 7.c) y con la posibilidad, según los países, de acumulación de sanciones en procesos penales, civiles o administrativos paralelos.

En cuanto a la cuarta recomendación, señala que los países deben adoptar medidas semejantes a las establecidas en las Convenciones de Viena, Palermo y en el Convenio sobre la Financiación del Terrorismo, tanto en el ámbito legislativo como en el terreno de la investigación, con vistas a la búsqueda y aprehensión de bienes, el rastreo y decomiso de bienes, con reserva de los derechos de terceros de buena fe. Tales medidas incluyen los bienes blanqueados, los productos derivados o instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en el blanqueo o delitos subyacentes, los bienes que son producto de, o utilizado en, o destinados o asignados para su uso en la financiación del terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas, o bienes de valor correspondiente.

También se verifica en esta cuarta recomendación la adopción de un concepto amplio, de decomiso de bienes, directo e indirecto, que incluye la sustitución de los bienes obtenidos con las actividades delictivas. Para proceder al decomiso, la autoridad deberá identificar, localizar y evaluar los bienes sujetos a confiscación; llevar a efecto medidas provisionales, como la congelación y el embargo, con vistas a impedir cualquier comercialización, transferencia o enajenación de esos bienes; adoptar medidas que impidan o anulen acciones perjudiciales para la capacidad del país de congelar o incautar o recuperar bienes sujetos a decomiso; y adoptar las medidas adecuadas de investigación.

Establece la recomendación que los países deberían considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean confiscados sin necesidad de una condena penal con fuerza definitiva, lo cual no deja de ser interesante, habida cuenta de que diversos países prevén el principio

de la presunción de inocencia que veda la imposición de efecto de la condena antes de que sea considerada inapelable.

Las recomendaciones cinco a ocho tratan de la financiación del terrorismo, para proseguir entre la novena y la vigésima primera con la presentación de medidas de cumplimiento y el establecimiento de deberes de información, la debida diligencia del cliente, mantenimiento de registros y comunicación de transacciones sospechosas.

De entre los aspectos destacados de tales medidas podemos señalar que el secreto bancario no puede ser opuesto válidamente a la implementación de las Recomendaciones del GAFI (recomendación novena); y que se prohíbe establecer relaciones comerciales y operaciones con personas anónimas o que echan mano de nombres obviamente ficticios (recomendación diez). Además, hay previsión objetiva de las transacciones que serán objeto de acompañamiento por las instituciones financieras en programas de debida diligencia del cliente (*customer due diligence, CDD*)⁴⁵⁰, con expresión de las correspondientes cautelas (por ejemplo, duda sobre la veracidad o autenticidad de los datos del cliente y obtención de información acerca del propósito de las relaciones comerciales del cliente).

Se precisa el deber de mantener la documentación durante al menos cinco años (recomendación once); la adopción de medidas de diligencia específicas para personas políticamente expuestas e instituciones financieras que actúan como corresponsales bancarios, personas físicas o jurídicas que actúen con servicios de transferencia de valores o de dinero (recomendaciones 12 a 14). Constan las Recomendaciones del GAFI de medidas genéricas para nuevas

⁴⁵⁰ Bermejo y Agustina Sanllehi destacan que “se pasa de un modelo en que el regulador estatal establecía no sólo las situaciones de riesgo (*red flags*), sino también las medidas que debían aplicar los sujetos obligados, medidas que en todo caso venían definidas por medio de reglas jurídicas impuestas y controladas por el Estado (estrategia de mandato y control), a otro basado en la evaluación y monitorización por parte del sujeto obligado del riesgo de blanqueo en la relación con sus clientes (gestión del riesgo)”. Prosiguen apuntando los autores: “Los estándares actuales requieren que las instituciones obtengan de sus clientes información suficiente para comprender la actividad comercial del cliente con la finalidad de detectar operaciones inusuales o patrones de transacciones: *la regla «conozca a su cliente» ha evolucionado desde una rutina formal de documentación de la identidad a un proceso complejo dirigido a comprender la actividad económica del cliente*” (BERMEJO, Mateo G.; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 446).

tecnologías (recomendación 15) y transferencias electrónicas (recomendación 16), incidiendo en la identificación del cliente y del origen del capital circulante.

En las recomendaciones 20 y 21, la normativa del GAFI adopta un conjunto de deberes referentes a la comunicación de operaciones sospechosas a las UIF del país que ha recibido el aporte financiero, destacando su aplicación incluso a sectores distintos del financiero, entre ellos entretenimiento y ocio (e. g., casinos) y profesionales liberales (e. g., abogados, contables). Ese rastreo y las informaciones correspondientes le permiten al GAFI a elaborar la lista de los países con elevado riesgo para el blanqueo de capitales, según se desprende de la recomendación diecinueve del GAFI. Se destacan asimismo la necesidad de transparencia en las instituciones financieras, de su regularización administrativa y de la creación de un programa de cumplimiento con autonomía para el seguimiento, según se infiere de las recomendaciones 24 a 27.

Por fin, en las Recomendaciones encontramos normas sobre las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) (recomendaciones 29 a 35) y la cooperación internacional (recomendaciones 36 a 40).

En definitiva, las cuarenta recomendaciones del GAFI cierran un arquetipo normativo muy importante para la regulación de la materia y revelan una mayor preocupación con la represión e investigación, mientras que para concretar la tipología del blanqueo de capitales remite a las normativas de Palermo y Viena. Además, atienden a la materia de Derecho procesal penal y Derecho internacional, al tratar de la cooperación internacional; así como de Derecho administrativo, al analizar el cumplimiento y las sanciones correspondientes por su incumplimiento.

2.8. Convenio Europeo sobre blanqueo de activos de Estrasburgo

El Consejo de Europa se ha reunido en diversas ocasiones desde 1970 con la finalidad de estudiar el fenómeno de la criminalidad transnacional, narcotráfico y el blanqueo de capitales, propiciando la publicación de diversas

normativas que han guiado a los países del continente europeo en la elaboración de sus respectivas leyes internas⁴⁵¹.

En noviembre de 1990, los Ministros del Consejo de Europa hicieron pública el Convenio de Estrasburgo, el cual tenía por finalidad, según expresa su Preámbulo, presentar una norma que consagrara la unidad entre los países miembros, en la convicción de la necesidad de una política criminal común en la investigación, persecución y criminalización de las conductas que logre privar a los delincuentes de los productos del delito⁴⁵².

En su artículo 1.º, el Convenio de Estrasburgo presenta una serie de definiciones sobre los conceptos, entre otros, de “productos” y “propiedad”, adoptando un concepto flexible, al establecer que el primero es “cualquier ventaja económica que se obtenga de la comisión de un delito” y que “puede consistir en cualquier propiedad”, entendida “de cualquier clase, ya sea material o inmaterial, mueble o inmueble”. Entre otros conceptos, nos interesa asimismo el de “delito base”, entendido como “cualquier delito como resultado del cual se ha generado productos que puedan ser objeto de un delito de los definidos en el Artículo 6 de este Convenio”, excluyéndose la posibilidad de que las contravenciones penales sean utilizadas para fines de delitos base adecuados a la caracterización del blanqueo de activos.

El Capítulo II comienza estableciendo las medidas que deben adoptarse en el ámbito nacional para combatir el blanqueo de capitales. En los artículos 2.º al 5.º alude a la confiscación y a medidas de investigación; y el artículo 6.º presenta un paradigma de tipos penales que deben ser traspuestos al Derecho interno por los países signatarios. Tales delitos modelo son eminentemente dolosos, puesto que el artículo se inicia con la “de forma intencionada”, obviando por tanto las figuras imprudentes, que son objeto de duras críticas.

El artículo 6.1.a) apunta al tipo penal base de convertir o transmitir propiedades, con conocimiento de que son producto de delito, en lo que revela una mayor madurez en el afrontamiento del delito, por no limitarlo únicamente al

⁴⁵¹ Acerca de la evolución histórica de las reuniones hasta culminar en la norma ahora comentada, vid. en detalle: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 116-118.

⁴⁵² El Convenio de Estrasburgo fue ratificado por España en el *BOE* de 21 de octubre de 1998.

tráfico de estupefacientes. La norma modelo revela aún el elemento subjetivo del injusto, al señalar el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito dichas propiedades o de ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito base a eximirse de las consecuencias legales de sus acciones. La parte final de la exención de responsabilidad revela, en nuestra opinión, una indebida mezcla con el delito de favorecimiento personal, lo que no es adecuado si tomamos en consideración la diversidad de bienes jurídicos e intereses afectados.

El tipo penal del artículo 6.1.b) contempla la conducta de ocultar o disfrazar la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento, propiedad o derechos relacionados con las propiedades, con conocimiento de que son producto de un delito. La expresión “derechos” figura desplazada, porque en el artículo 1.º del Convenio no aparece definida y el significado de “propiedad” apuntado en el Convenio es suficiente para abarcar situaciones jurídicas advenidas de la propiedad. El Convenio de Estrasburgo presenta otra limitación en el respeto a los principios constitucionales y conceptos jurídicos elementales del sistema jurídico de cada país.

La norma presenta en el artículo 6.1.c) la conducta de adquirir, poseer o usar propiedades con conocimiento de que, en el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito.

El artículo 6.1.d) de la norma atiende a “la participación en, asociación o conspiración para cometer, tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquiera de los delitos que se establezcan de acuerdo con este artículo”. Revela, por tanto, un tipo penal que puede, no raras veces, anticipar excesivamente el delito y criminalizar comportamientos que estarían en fases preparatorias del delito.

El artículo 6.2 del Convenio de Estrasburgo presenta el principio de la extraterritorialidad de la ley penal, conforme al cual el delito base puede haber sido cometido fuera del territorio en que se ha dado el blanqueo de capitales; admite la no criminalización del autoblanqueo de capitales y que el dolo puede ser inferido por circunstancias objetivas basadas en hechos.

Atiende la norma en su artículo 6.3 a las medidas que podrá adoptar cada una de las partes, por creerlas necesarias para establecer como delitos, en virtud de su Derecho interno, todas o algunas de las acciones del artículo 6.1 en todos o en algunos de los casos: cuando el agente debería haber presumido que la propiedad era producto de un delito; cuando haya actuado con la finalidad de obtener un beneficio; o con la finalidad de facilitar que se levaran a efecto más actuaciones delictivas. La redacción del artículo está mal formulada, si bien da entender que se admite, hipotéticamente, la criminalización del tipo imprudente y la inserción de causas de aumento de pena por la obtención de beneficios o reiteración de conductas delictivas. La admisión de la figura imprudente en hipótesis contradice lo dispuesto en el artículo 6.1.a) que describe los tipos penales y es categórico al admitir únicamente el tipo doloso. Por lo que respecta a la obtención del beneficio, el Convenio no aclara si se trata de un beneficio económico, moral, personal, como tampoco dice si sería un tipo penal autónomo o una agravante. Y respecto a la reiteración de conductas de blanqueo, tenemos una figura que después terminó siendo discutida por la mayoría de las legislaciones penales europeas.

En este sentido, Díez Ripollés apunta que este documento se aparta de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, puesto que no delimita la incidencia del blanqueo de capitales dependiente del tráfico de estupefacientes, aunque amplía el abanico a todos los delitos, incluyendo la posibilidad del reciclaje de activos imprudente y el ánimo de lucro propio o el propósito de promover actividades criminales⁴⁵³. El autor prosigue diciendo que la previsión del ánimo de lucro y promover actividades criminales en todos los delitos de blanqueo previstos en el Convenio de Estrasburgo restringiría la incidencia del tipo penal, lo que representaría un disparate y una repetición innecesaria⁴⁵⁴.

El Capítulo III presenta aspectos referentes a la cooperación internacional y a colaboración en la investigación del delito de blanqueo de capitales; y el último Capítulo trata de las disposiciones finales del referido Convenio.

⁴⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español". *AP*, n.º 32. Madrid: Actualidad editorial S.A., sept. 1994, pp. 587-588.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 588. En el mismo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 124.

El texto de este Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito es un documento importante que para Europa constituye un marco en el que tratar jurídico-penalmente el blanqueo de capitales, desvinculándolo de delitos previamente establecidos como antecedentes, tal cual se había dado en la Convención de Viena, que lo vinculaba al tráfico de drogas ilícitas. Otro punto favorable ha sido la previsión de la posibilidad de la criminalización de la figura imprudente, realizada no obstante de forma descuidada, por la contradicción entre los tipos penales y la redacción del artículo 6.1.a), y la permisividad hacia el tipo de autoblanqueo de capitales.

Sin embargo, el Convenio presenta algunos elementos que son objeto de crítica, como la previsión del concepto de propiedad y que después se hable de “derechos en relación con propiedades” (artículo 6.1.b), lo que es redundante frente a la vinculación que el derecho tiene al objeto principal, que es la propiedad. Además, la previsión de las conductas de adquirir, poseer o usar anticipa en exceso la incidencia del Derecho penal en algunos verbos del artículo 6.1.d).

2.9. Convenio de Varsovia relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo de 2005

Polonia hospedó en la ciudad de Varsovia, el 16 de mayo de 2005⁴⁵⁵, una reunión del Consejo de Europa para discusión de temas referentes al blanqueo de capitales, confiscación de productos del delito y financiación del terrorismo que ha culminado en la elaboración del Convenio de Varsovia.

El acto normativo traza preceptos acerca de las medidas de comiso (artículo 3.º), medidas indagatorias para identificación, seguimiento, congelación o embargo rápidos de los bienes susceptibles de comiso (artículo 4.º) –medidas

⁴⁵⁵ El referido Convenio ha sido incorporado al Derecho de España el día 26 de junio de 2010, como se puede inferir del *Boletín Oficial del Estado* (BOE n.º 155), donde queda ratificado el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

que se detallan después en cuanto a los mecanismos indagatorios (artículo 7.º) –; y en su artículo 9.º pasa a tratar específicamente del delito de blanqueo.

El Convenio de Varsovia mantiene la tipología básica descrita en el Convenio de Estrasburgo, aunque presenta algunas alteraciones, como la supresión del elemento subjetivo del injusto consistente en el afán de lucro o favorecer el acometimiento de otras actividades delictivas. Además, el texto pone a salvo y busca reducir la polémica por presentar de forma expresa la posibilidad del reconocimiento del dolo eventual⁴⁵⁶ para caracterización del blanqueo de capitales, cuando establece los casos en que el delincuente ha sospechado del origen del bien o debería haber presumido su origen ilícito [artículo 9.3.a) y b)].

Prosigue el documento declarando que no es necesaria la existencia de doble condena, previa o simultánea (artículo 9.5), o sea, que la sanción por blanqueo de capitales no depende de la existencia de reconocimiento mediante sentencia del delito antecedente, ni que esté sujeto a la jurisdicción penal del país que analizará el delito de blanqueo de activos [artículo 9.2.a)].

Prevé aún que no es necesario establecer con precisión cuál ha sido la fuente delictiva del blanqueo; basta la demostración de que se trata de un delito previo (artículo 7.6). Ello podría representar una quiebra de la seguridad jurídica y hasta del mismo modelo abierto, puesto que hay de comprobar, aunque sea indiciariamente, el origen espurio de los bienes.

El texto que analizamos autoriza a los países signatarios a no condenar el autoblanqueo de activos, permitiendo así a cada Estado definir si desean o no punir al agente que comete el delito antecedente y que posteriormente blanquea el capital, de conformidad con cada ordenamiento jurídico-penal interno.

Blanco Cordero señala que se prevé el principio de la doble incriminación acerca de los delitos previos, asegurándose que los delitos precedentes abarquen comportamientos cometidos en otro Estado que constituyan delito en dicho Estado y que habrían constituido un delito antecedente si lo tuviera cometido en el territorio de otro país⁴⁵⁷. Existe una previsión de la posibilidad de establecer marcos penales mínimos de un año para que se considere el delito

⁴⁵⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 124-125.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 125.

antecedente; la existencia en el anexo del Convenio de un listado de delitos antecedentes⁴⁵⁸, o una categoría específica de infracciones o de delitos graves previstos en la legislación penal de cada país [(artículo 9.4.a), b) y c)].

2.10. Directiva 91/308/CEE

El Consejo de las Comunidades Europeas⁴⁵⁹ aprobó el 10 de junio de 1991 la Directiva 91/308/CEE, que ofrecía un conjunto de medidas con el fin de prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales⁴⁶⁰.

Conforme a la exposición de motivos de la norma, sus principios son asegurar la estabilidad del sistema financiero⁴⁶¹; evitar la migración delictiva desde los países más rigurosos a los más laxos; contener la delincuencia organizada, contribuir a la tutela de la sociedad a los efectos del blanqueo de capitales, con el contenido ya empleado en otras normas anti-blanqueo merced a la extensión nacional de parámetros comunitarios; y la ampliación del alcance

⁴⁵⁸ El Convenio apunta en el anexo como infracciones: “a) la participación en un grupo delictivo organizado; b) el terrorismo, incluida la financiación del terrorismo; c) la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes; d) la explotación sexual, incluida la de los menores; e) el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas; f) el tráfico ilícito de armas; g) el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes; h) la corrupción y el soborno; i) el fraude y la estafa; j) la falsificación de moneda; k) la falsificación y la piratería de productos; l) los delitos medioambientales; m) el asesinato y las lesiones graves; n) el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes; o) el robo o hurto; p) el contrabando; q) la extorsión; r) la falsificación; s) la piratería, y t) el uso indebido de información privilegiada y la manipulación de los mercados bursátiles”. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10146.pdf>. Fecha de acceso: 03/07/2014.

⁴⁵⁹ Sobre la legitimidad de normas comunitarias de Derecho internacional público que trasladan contenido penal con ánimo vinculante a los países, tenemos que inicialmente ha sido objeto de cuestionamiento por ausencia de amparo jurídico. Algunos Estados se opusieron a esa posibilidad, mientras otros la aceptaban. Así, con objeto de suavizar la cuestión, se ha elegido una solución intermedia, de modo que la Convención preveía el deber de crear medidas de carácter penal en la lucha contra el blanqueo de capitales cuyo contenido sería definido de acuerdo con las normas internas de cada uno de los Estados miembros. Para más detalles, vid. BLANCO CORDERO, Isidoro. “El Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *RECPC*, n.º 5 (2004), pp. 3-4 [disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>] Fecha de acceso: 12/12/2013.

⁴⁶⁰ Publicada en el *DOCE* L 166/77, de 28 de junio de 1991.

⁴⁶¹ La diferencia con la Declaración de Basilea es que en ésta hay una ampliación a instituciones de crédito y financieras, así como a profesionales y empresas susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, además de ser un documento con fuerza de convicción, y no dependiente exclusivamente de la buena voluntad y concienciación de los involucrados (PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 50).

del reciclaje de capitales a otros delitos distintos al tráfico de estupefacientes, entre otros. La exposición de motivos innova para la época, al hacer alusión a la actividad criminal, sin vincular por ello el delito a la existencia de una categoría taxativa, llegando a admitir incluso contravenciones penales, algo que se refuerza por el concepto de “actividad delictiva”, que presenta la posibilidad de que cualquier otra actividad sea considerada a los fines de delito antecedente, de acuerdo con la legislación de cada Estado miembro.

El artículo 1.º, de la Directiva 91/308/CEE conceptúa el “blanqueo de capitales” por medio de la presentación de los tipos penales⁴⁶², y no de un concepto que explique lo que sería el blanqueo. A continuación, la Directiva inserta normas con el deber de establecer la real identificación de sus clientes (artículo 3.º), la preservación de los documentos de transacciones por lo mínimo cinco años (artículo 4.º), deber de análisis y comunicación de operaciones sospechosas a las autoridades responsables⁴⁶³, para la lucha contra el blanqueo de capitales (artículos 5.º y 6.º).

La norma afecta ya a los Estados miembros y a las autoridades correspondientes encargadas de la represión del blanqueo de capitales, puesto que ellas pueden ser instadas a dar orientaciones a los agentes del sistema financiero y a autorizarlos a abstenerse de realizar operaciones sospechosas. En ese paréntesis, el artículo 7.º de la Directiva 91/308/CEE “abre la puerta a

⁴⁶² «Blanqueo de capitales»: las siguientes acciones cometidas intencionadamente: la conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad; la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad; la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución”.

⁴⁶³ Blanco Cordero dice que “La Unión Europea ha creado todo un sistema que se basa en la exigencia al sector financiero de que observe todo comportamiento inusual o sospechoso y se lo notifique a las autoridades” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 127).

que las entidades financieras se conviertan en agentes encubiertos”⁴⁶⁴, lo que implica dos aspectos que deben ser considerados.

Por un lado tenemos el riesgo de la pérdida de clientes con la flexibilización del secreto bancario, unida a la sustitución del Estado por particulares en su asunción de actividades de investigación; y, por otro lado, la visibilidad de la institución financiera al adoptarse la transparencia financiera⁴⁶⁵, lo que posibilita un enfoque más adecuado a los anhelos del cliente por una relación más franca⁴⁶⁶.

Existe además la previsión del deber de guardar el secreto a entidades de crédito e instituciones financieras, sin que se pueda informar al cliente ni a terceros de la existencia de una investigación en curso sobre blanqueo de capitales, siendo extensibles esos deberes a sus empleados y directivos (artículo 8.º). Habrá de analizarse en este caso cuál sería el grado de responsabilidad del empleado que rompe el deber de secreto impuesto por la Directiva, habiendo de verificarse la viabilidad del encuadramiento jurídico-penal de la conducta como delito contra la Administración pública cometido por particular, o si el agente bancario o persona jurídica sería equiparado a funcionario público, por el deber jurídico de comunicar la operación sospechosa y mantener su respectivo sigilo u otra figura típica diversa. El artículo 9.º de la Directiva 91/308/CEE establece una causa de exclusión de responsabilidad penal, civil y administrativa: la revelación, de buena fe, de operaciones sospechosas a las autoridades integrantes del

⁴⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español...*, p. 590.

⁴⁶⁵ Blanco Cordero apunta que las medidas propuestas por la Directiva 91/308/CEE tuvieron efectos desalentadores para la consecución por las instituciones financieras de los fines de enfrentamiento al blanqueo de capitales, y apunta tres razones: el aumento de los movimientos transfronterizos en efectivo; la búsqueda de posibilidades de blanqueo fuera del sector financiero tradicional; y el aumento del costo real del blanqueo de activos (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 128).

⁴⁶⁶ Ruce apunta que las normas de KYC no deben ser vistas como trabajo adicional, líneas rojas, indicio de la quiebra de la confianza, pero sí la sustitución de la idea de carga reguladora por la de *bonus* regulatorio asociado a un alto nivel de información del cliente. Defiende el autor que “con preguntas de clientes y un detallado histórico de quiénes son sus clientes, qué hacen, y dónde se origina su dinero, un banquero privado es más apto para anticipar las necesidades del cliente, y estará mucho mejor capacitado para adaptarse a las demandas del cliente. Conocer a su cliente, aparentemente tiene su lado brillante” (RUCE, Phillip J. “Anti-money laundering: The Challenges of Know your Customer legislation for private bankers and the hidden benefits for relationship management («The bright side of Knowing your customer»”). *The Banking Law Journal*, vol. 128, n.º 6 [jun. 2011], p. 560. [Disponible en internet en: <http://ssrn.com/abstract=1852743>. Fecha de acceso: 02/02/2014].

sistema de lucha contra el blanqueo de capitales. La causa incide tanto para empleados como para directivos de las instituciones financieras, proyectando sus efectos incluso para la persona jurídica.

Dentro de la perspectiva de la investigación y represión del blanqueo de capitales encontramos dispositivos, en el funcionamiento interno de los Estados, que establecen deberes de comunicación de pruebas de blanqueo de capitales, pues si un órgano fiscalizador que no actúe en el sistema anti-blanqueo encuentra pruebas de este delito, deberá informar a los órganos responsables de la lucha contra el blanqueo de activos (artículo 10). Del mismo modo, los establecimientos de crédito e instituciones financieras tienen el deber de crear auditorías internas, así como el de entrenar a sus funcionarios para que el reconocimiento de conductas de blanqueo de capitales, orientándolos sobre cómo actuar en tales situaciones (artículo 11). De forma atinada, la Directiva ha establecido además la incidencia de estas normas sobre otras empresas y/o profesionales liberales que actúen en sectores susceptibles de ser utilizados para blanqueo de capitales (artículo 12), lo que revela una visión más completa del reciclaje de capitales, al no centrarlo únicamente sobre las instituciones financieras en sentido amplio.

En el artículo 13.1 encontramos aún la creación de un Comité integrado por personas designadas por los Estados miembros, cuya finalidad consiste en armonizar la interpretación del contenido de la Directiva, asesorar a los países y revisar el listado de profesiones o empresas utilizados para fines de blanqueo de capitales, con el fin de someterlos a las normas de la directriz (artículo 13.1).

Cada Estado-miembro deberá establecer las normas penales y administrativas que aseguren el cumplimiento de la Directiva, determinando las infracciones y sus respectivas sanciones (artículo 14), pudiendo incluso establecer un tratamiento más severo para impedir el blanqueo de capitales (artículo 15).

2.11. Directiva 2001/97/CE

La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo fue publicada el 4 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 344/76 de 28 de diciembre de

2001) y ha alterado la primera Directiva editada, presentando significativas alteraciones en su contenido y estructura.

La finalidad de la modificación del contenido de la antigua Directiva es “ampliar la prohibición del blanqueo de capitales, de manera que comprenda no sólo los delitos de tráfico de drogas sino también otros delitos graves, y extender las obligaciones de la Directiva a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero”⁴⁶⁷. Algo que se infiere del preámbulo de la Directiva, así como de la alteración de los conceptos de “institución financiera” y de “entidad de crédito”, la inclusión de las agencias de cambio, empresas de transferencia o envío de dinero, pero también abogados, notarios, contables y auditores, además del reconocimiento de la necesidad de ampliar el listado de infracciones penales antecedentes del blanqueo de capitales, en lugar de considerar únicamente el tráfico de estupefacientes, tal como ocurría con la previsión del artículo 1.º de la Acción Común 98/699/JAI⁴⁶⁸.

La conceptualización del blanqueo de capitales se realiza a través de la enunciación de una tipología elemental, ofreciéndose como una notable innovación, al alterar el concepto de actividad delictiva adoptada en la primera Directiva. En este caso, el texto presenta una categorización mínima de lo que sería considerado delito grave a los fines del reciclaje de capitales: cualquier tipo de participación en el delito de tráfico de estupefacientes; delito organizado; delitos contra las finanzas públicas internas y supranacionales previstos en la Acción Común 98/733/JAI (Convenio sobre la protección de los intereses

⁴⁶⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 133. En el mismo sentido se extrae de las consideraciones preliminares de la Directiva 2001/97/CEE en su ítem 13.

⁴⁶⁸ El artículo 1.º de la Acción Común 98/699/JAI (DOCE L 333/1, de 9 de diciembre de 1998) dice: “1. Con el fin de aumentar la eficacia de la actuación contra la delincuencia organizada, los Estados miembros velarán por que no se formulen ni mantengan reservas en relación con los siguientes artículos del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990, denominado en lo sucesivo «Convenio de 1990».”a) Artículo 2: En la medida en que los delitos lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año; ”b) Artículo 6: En la medida en que se trate de delitos graves. Entre ellos deben incluirse en cualquier caso los delitos que lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año, o, en lo referente a los Estados en cuyo sistema jurídico existe un umbral mínimo para los delitos, los delitos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad o medida de seguridad de un mínimo de más de seis meses. ”Lo dispuesto en la letra a) no afectará a las reservas formuladas en relación con la incautación del producto de delitos en materia fiscal”.

financieros de las Comunidades Europeas); la corrupción sin delimitación de los tipos, lo que da margen a la inclusión de todas las figuras típicas incluyendo corrupción activa, pasiva, concusión, etc. Finalmente, la Directiva presenta una cláusula abierta que posibilita la consideración de conductas al margen del abanico anteriormente desplegado, lo que refuerza la idea de que estamos ante una categorización ejemplificativa cuando establece que considerará como graves “los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal del Estado miembro” (art. 1.º, e). Esto es, la complementación se establece conforme a las normas del Derecho penal interno de cada país, pero sin delimitar balizas mínimas de pena para tal consideración.

La norma comunitaria modifica también el listado de los sometidos al cumplimiento de las obligaciones definidas para prevención del delito de blanqueo de capitales. Mientras en la primera norma la incidencia se limitaba a instituciones financieras y entidades de crédito, en esta norma, en su artículo 2.º bis, se amplía a personas individuales o jurídicas que actúen auditores, contables externos y asesores fiscales; agentes de la propiedad inmobiliaria; notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando practiquen algunos tipos de transacciones delimitadas en la Directiva; comerciantes en artículos de valor elevado, como piedras y metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15.000 euros; casinos. Es evidente que hubo una migración de la criminalidad hacia otros ámbitos, dada la asfixia implementada en el sistema financiero; así que, al expandirse las conductas delictivas a otros sectores no fiscalizados con tanta contundencia, se justifica el alcance de dicha fiscalización sobre áreas anteriormente no contempladas en las medidas de prevención del blanqueo de capitales. Otro elemento digno de consideración es el umbral cuantitativo de 15.000 euros establecido por la Directiva para que los sujetos pasivos de esa norma se sometan a los deberes de identificación del cliente.

El artículo 3.º de la Directiva 2001/97/CEE contempla el deber de identificación de los clientes cuando estos diluyan esas operaciones financieras en diversos momentos, para intentar escapar así del umbral previsto para la comunicación de la operación a las autoridades fiscalizadoras. Esta práctica,

cuando la fuente del capital es ilícita, configura uno de los principales mecanismos de blanqueo de capitales que es el *smurfing* ('pitufeo'). Las instituciones y profesionales liberales, en caso de duda sobre la real identidad del agente que realiza la operación, deben proveer las medidas para obtener información sobre la misma (artículo 3.7), incluso cuando haya sospechas de blanqueo de capitales, independientemente del valor de la afluencia de capitales, pudiendo estar por debajo del umbral arriba expuesto (artículo 3.8).

Se mantuvo la disposición de que los Estados miembros obligaran a los sometidos a los deberes de la Directiva a colaborar con las autoridades responsables de la lucha contra el reciclaje de activos, mediante informaciones de oficio sobre conductas indiciarias de blanqueo de activos y el correspondiente acceso a las informaciones necesarias (artículo 6.1). El deber también recae sobre notarios, abogados, pudiendo los Estados designar un organismo autorregulador específico para recibir esas informaciones o utilizar los ya establecidos (artículo 6.3). Sin embargo, ese deber no es impositivo para los Estados respecto de los abogados, contables, consultores fiscales, en lo que toca a informaciones recibidas de sus clientes u obtenidas sobre ellos al determinar su situación jurídica o al representarlos en procesos judiciales o en la actuación consultiva, independientemente del momento de obtención de esa información (artículo 7). Es de destacar la presencia del respeto al secreto profesional del abogado, contable y otras profesiones que tienen por norma la preservación de la confidencialidad de informaciones en relaciones calcadas de la fiducia. La lucha contra el blanqueo de capitales en la Directiva tiene aquí una clara limitación de su incidencia.

El artículo 11 de la Directiva trata de ampliar el deber de información sobre las operaciones sospechosas de blanqueo de activos a otros sectores financieros, a saber, bolsas de valores, mercado de cambio y mercados de derivados financieros. Las obligaciones se imponen a las personas jurídicas, y no a los empleados que actúan en nombre de aquéllas (artículo 11.1). Pero, para que los deberes de reportar informaciones sospechosas sean efectivos, la normativa comunitaria prevé, correctamente, que las personas e instituciones sujetas a esos deberes tengan acceso a las informaciones actualizadas sobre prácticas y mecanismos anti-blanqueo (artículo 11.2).

2.12. Directiva 2005/60/CE

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se firmó el 26 de octubre de 2005 y significó la revocación de la primera Directiva y un significativo incremento en el texto, que se ajustó a las Recomendaciones del GAFI y a sus disposiciones no solo contra la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, sino también contra la financiación del terrorismo.

Según Buisman, se trata de una norma que presenta “una combinación entre una prohibición altamente detallada y una mínima armonización”⁴⁶⁹.

Las extensas consideraciones del Preámbulo de la Directiva sopesan los efectos nocivos de la inyección ilícita de capital en el sistema financiero en función de su importancia para el buen funcionamiento de la economía. Así, es importante la existencia de normas comunitarias que persigan la armonización y uniformidad de conductas anti-blanqueo, para de ese modo contener la criminalidad económica, que no raras veces es transnacional, como en el caso del terrorismo.

Se ha mantenido la ampliación al blanqueo de capitales del abanico de infracciones penales antecedentes, recomendando la norma que los Estados miembros no se limiten al tráfico de estupefacientes, y que adopten parámetros mínimos o máximos de pena para el encuadramiento de la conducta en los términos de la Decisión marco del Consejo de Europa de número 2001/500/JAI⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ BUISMAN, Sanne. “The influence of the European Legislator on the National Criminal Law of Member States: It is all in the Combination Chosen”. *Utrecht Law Review*, vol. 7, n.º 3. Utrecht: Universidad de Utrecht, 2011, p. 150.

⁴⁷⁰ Artículo 1.º de la Decisión marco 2001/500/JAI CEE: “Reservas al Convenio de 1990. “Con el fin de intensificar la lucha contra la delincuencia organizada, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de no formular ni mantener ninguna reserva en relación con los artículos siguientes del Convenio de 1990:

”a) Artículo 2: Cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año.

”No obstante, los Estados miembros podrán mantener reservas sobre el artículo 2 del Convenio de 1990 en lo referente al decomiso de productos de delitos fiscales, con el único objetivo de permitirles proceder al decomiso de dichos productos, tanto en el ámbito nacional como en el marco de la cooperación internacional, sobre la base de instrumentos de derecho nacional, comunitario e internacional en materia de cobro de créditos fiscales.

La norma establece igualmente la necesidad de identificar o buscar la identidad de los beneficiarios de las operaciones financieras realizadas por los clientes, lo que representa una innovación en razón de ser exigido antes solamente el conocimiento del cliente.

La Directiva inicia su cuerpo normativo en el artículo 1.º describiendo la conducta de blanqueo de capitales, donde apunta que son dolosos y describe una secuencia de delitos cuya estructura no sufre cambios respecto de la primera Directiva. Significativamente, la norma presenta el que los activos sean obtenidos de una actividad criminal previa al blanqueo de capitales, sin delimitarla en ese momento. Sin embargo, hay una restricción de incidencia, presentada en el artículo 3.5, donde los delitos graves se delimitan de la misma forma que en la Directiva antecesora, presentando un listado inicial de delitos antecedentes, con la posibilidad de inclusión de innúmeros delitos, al presentar un umbral de pena mínima o máxima según el Estado miembro. La cláusula final presenta un cuño generalista armonizador⁴⁷¹, con referencia a ordenamientos jurídicos que tracen como marco la pena máxima o mínima, a saber, pena o medida de seguridad con duración máxima superior a un año, o bien pena o medida de seguridad con duración mínima superior a seis meses, respectivamente.

Las obligaciones previstas en la Directiva mantienen como sujetos pasivos a las entidades de crédito y financieras, personas físicas o jurídicas que actúen como auditores, contables, asesores fiscales; los notarios y otros profesionales jurídicos independientes que actúen en nombre del cliente o presten orientación y asistencia a determinadas transacciones; agentes de la propiedad inmobiliaria; casinos. La Directiva ha modificado la redacción, admitiendo no sólo a comerciantes, como la Directiva previa, sino que ha utilizado un término de mayor precisión semántica al apuntar a otras personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes, sólo cuando el pago sea en efectivo y en suma igual o superior a 15.000 euros. El concepto abarca a los

”b) Artículo 6: Cuando se trate de delitos graves. Entre ellos deben incluirse en todo caso los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, aquellos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”.

⁴⁷¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 137.

comerciantes en obras de arte previstos en la primera Directiva, como también a los demás profesionales no contemplados en el anterior listado.

El artículo 4.1 amplía la enumeración de sujetos que deben cumplir las reglas de esa norma supranacional, puesto que prevé expresamente su alcance a otras personas físicas o empresas que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser empleadas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. La normativa ha reconocido oportunamente la movilidad de las actividades delictivas en cuestión; no obstante, al describir categorías de empresas ha delimitado demasiado el objeto, para excluir otras personas jurídicas diversas que, pese a ser empleadas para esa finalidad, no se encuadrarían en el concepto de empresa, como ocurre con las ONG. Salvar esa crítica sería fácil con la simple alteración de la nomenclatura, para admitir a personas jurídicas con o sin finalidad lucrativa.

El titular real es otra de las cuestiones destacadas de la Directiva, donde se señala que es el beneficiario efectivo de una transacción o actividad, la que controle en último término a la persona por cuenta de la cual se lleve a cabo una actividad. La finalidad de esa determinación es la de evitar el mal uso de las profesiones o personas jurídicas para la práctica del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Respecto de las empresas, debe buscarse la persona jurídica o persona física que detente la propiedad o que la controle, directa o indirectamente, a través de la cantidad de 25% más uno de las acciones con derecho a voto, o aquellos que de otro modo ejercen control de la gestión de la sociedad [artículo 3.a)]. La normativa atiende asimismo a la identificación del titular real de fundaciones y entidades despersonalizadas, tales como fondos fiduciarios (*trusts*) que administran y distribuyen fondos [artículo 3.b)]. La Directiva aún aclara lo que son proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos, personas del medio político y banco pantalla (artículo 3, §§ 7, 8 y 10).

En su artículo 5.º, la normativa europea permite a cada país establecer un espectro más amplio de normas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La Directiva atiende a las medidas de diligencia debida respecto de la clientela (artículo 8.1), que abarcan prácticas de identificación del cliente, velando por su verdadera identidad sobre la base de documentos, datos o informaciones de fuentes fiables e independientes; identificación del beneficiario real de la transacción, tomando medidas de minoración del riesgo de falsa identidad, y que apunten tanto a las personas físicas como a los directivos de personas jurídicas; obtención de información sobre la finalidad y pretensiones de negocio y aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, garantizando que las transacciones sean compatibles con el perfil de la entidad o cliente y su perfil de riesgo, además de examinar el origen de los fondos, asegurándose de que los documentos, datos o información estén actualizados.

Los deberes arriba apuntados se exigen previamente al negocio o transacción (artículo 9.1), aunque la comprobación de la identidad puede concluirse durante la evolución de la transacción, cuando el riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo sea mínimo (artículo 9.2), si bien los Estados miembros puede exigir que no las transacciones no se lleven a caso hasta no cerrarse la identificación del cliente y del beneficiario real. La ausencia de cumplimiento de esos deberes genera el deber de no finalizar el negocio y reportar el hecho a la Unidad de Información Financiera (UIF) (artículo 9.5). Los deberes de fiscalización instituidos no se agotan en los nuevos clientes, sino que, en el momento oportuno, también se extienden a los ya existentes, en función del análisis del riesgo (artículo 9.6). Se deja notar, por tanto, una sensible elevación en los deberes de identificación de clientes, de modo que se eviten las operaciones anónimas o las que se valen de fuentes ilícitas de capitales.

Sin embargo, en determinadas situaciones, la Directiva prevé medidas simplificadas de diligencia debida con respecto al cliente, cuando el cliente sea una entidad de crédito o financiera sometida a la normativa, o esté ubicada en un país que posea el mismo grado de exigencia previsto en la directiva (artículo 11.1), entre otras hipótesis. Por el contrario, la Directiva permite la incidencia de medidas reforzadas de diligencia debida cuando el cliente no haya estado físicamente presente, pues implica un riesgo mayor, exigiéndose en ese caso comprobaciones adicionales de la identidad, que la documentación presentada

sea fiable y que el pago se dé a través de una cuenta abierta en una entidad de crédito [artículo 13.2.a), b) y c)]. En el caso de corresponsalías bancarias transfronterizas con entidades de terceros países, se exigirá que se reúna información sobre la naturaleza de las actividades, reputación y calidad de supervisión de esa entidad; que se analicen los mecanismos de cumplimiento interno para control del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; que se obtenga autorización de la dirección antes de relacionarse con esa institución; y que se garantice que la entidad representada ha comprobado la identidad y aplicado medidas de diligencia con respecto a los clientes con acceso a las cuentas de la entidad corresponsal (artículo 13.3).

Se agregan aún personas del medio político, de quienes habrá que comprobar si se encuadran en ese perfil; obtener autorización de la dirección para mantener relaciones de negocios con esos clientes; adoptar medidas adecuadas para determinar el origen de los fondos y del patrimonio envueltos en la transacción; y supervisión reforzada de la relación de negocios (artículo 13.4).

Se veda de forma bastante prudente el establecimiento de relaciones de corresponsalía con entidades que se sirven de bancos pantalla, además de demandar la adopción de medidas especiales para prevenir la utilización de su institución para fines de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo (artículo 13.5 y 6).

La Directiva autoriza a que entidades y personas que deben obediencia a los deberes de identificación recurran a terceras personas para realizar esa función, quedando la responsabilidad a cargo de los primeros (artículo 14).

Se mantiene la obligación de comunicar operaciones sospechosas de estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, en especial transacciones complejas, de valor elevado, además de las no usuales que no evidencien un objetivo económico aparente visiblemente lícito (artículo 20). Al respecto, habría que aclarar cómo se evaluaría lo usual o ilícito de tal objetivo económico, puesto que transacciones de riesgo consideradas como estrategia de inversión pueden ser consideradas inviables y, por tanto, susceptibles de ser comunicadas a las UIF.

Las Unidades de Inteligencia Financieras son un órgano autónomo centralizado, el cual tendrá la función de recibir, analizar y divulgar a las autoridades competentes la información referente a actos de potencial blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (artículo 21). Cada UIF debe poseer los recursos adecuados para el desarrollo de sus funciones, incluyendo el acceso, directo o indirecto, a la información financiera, administrativa y policial que necesite (artículo 21.2 y 3).

Las entidades y profesionales sometidos a la norma comunitaria deberán informar a las UIF, por iniciativa propia, cuando sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, además de facultarlas para el acceso a la información conforme a los límites de la legislación interna (artículo 22).

El artículo 23.1 de la Directiva establece que cada Estado miembro puede 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, mientras que el siguiente apartado del artículo revela que cada uno de los Estados miembros podrá consagrar en sus legislaciones la inexistencia del deber de prestar información sobre sus clientes, cuando se haga en el ejercicio del derecho de defensa, de determinación de su situación jurídica o en el desempeño de una función consultiva.

El artículo 24 presenta para entidades y personas un deber de abstención de ejecución de transacciones de las que sepan o sospechen que conllevan blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, cuando la UIF aún no haya sido informada. En caso de que dicha abstención sea imposible, o susceptible de comprometer los esfuerzos en el combate del blanqueo de activos o la financiación del terrorismo, las entidades o empleados procederán a la transacción y la comunicarán inmediatamente a las UIF.

En este sentido, en la Directiva se ha contemplado la importante interconexión entre las UIF, organismos de supervisión de mercados de bolsas de valores, cambiiales y de instrumentos financieros derivados, con el deber de

información de hechos sospechosos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo (artículo 25.2).

La normativa mantuvo incólume la ausencia de responsabilidad de los empleados o directivos que divulgan de buena fe a las UIF las informaciones demandadas por esta norma. Los Estados miembros deben tomar medidas para proteger de cualquier amenaza o acción hostil respecto de los agentes que comuniquen operaciones sospechosas de blanqueo o financiación del terrorismo (artículos 26 y 27).

Por lo demás, en la Directiva se recogen mecanismos sobre la prohibición de divulgación de informaciones a terceros sobre la comunicación de que sus operaciones son sospechosas (artículo 28); importantes innovaciones referentes a la evaluación por cada Estado miembro de la eficacia de sus mecanismos internos de obligatoria instalación, en los términos de la Directiva (artículo 33); así como que cada entidad o persona obligada instituya sistemas internos para el cumplimiento de la diligencia debida respecto al cliente, la gestión de riesgos, la conservación de documentos, control interno para prevenir las conductas vedadas por el alcance de la norma (artículo 34).

Y, en fin, prevé un mandato general para la creación de un Derecho administrativo sancionador para reprimir comportamientos contrarios a la Directiva por parte de entidades o profesionales (artículo 39.1), sin perjuicio de la responsabilidad penal por blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, lo que refuerza la posibilidad de responsabilizarse sin incurrir en *bis in idem*.

2.13. Principios de Wolfsberg

Los Principios Anti-Blanqueo de Wolfsberg fueron firmados en 2000 y revisados en 2002 por el Grupo de Wolfsberg, siendo su finalidad promover la reunión de los principales bancos internacionales privados para trazar un arquetipo de normas comunes de cumplimiento, específicas para bancos anti-

blanqueo de capitales⁴⁷², y así garantizar mayor seguridad jurídica en áreas en las que la norma era vaga⁴⁷³.

El problema era que las normas de cumplimiento para la lucha contra el blanqueo de capitales eran seguidas con rigor por los bancos norteamericanos, conforme a exigencias ya existentes en la legislación estadounidense, mientras que no existía en Europa tal severidad⁴⁷⁴. Así, convencidos de la necesidad de seguridad jurídica para sus clientes, y conocedores de la realidad del mercado y de lo que se precisa para la preservación de sus negocios, los bancos firmaron dicho documento de principios con la finalidad, también, de minimizar costos y contener riesgos de responsabilidad administrativa, civil y penal.

Los Principios trazan deberes de identificación del cliente y del beneficiario de la operación, además de quien realiza la gestión de operaciones ajenas, clientes ocasionales y los sujetos que no comparecen a la institución bancaria y realizan transacciones no presenciales (ítem 1.1 y 1.2).

Hay la previsión específica de cuáles serían los procedimientos para la debida diligencia de la institución bancaria al realizar operaciones financieras, a saber, propósito y razones de apertura de la cuenta, fuente de la riqueza, actividad prevista de la cuenta, patrimonio estimado, fuente de los fondos y referencias personales (ítem 1.3).

Los Principios revelan en diversos momentos mecanismos de control interno para conocer a su cliente, por ejemplo exigencia de que las nuevas cuentas sean fiscalizadas por un funcionario diferente del banco (ítem 1.6), definición de perfiles de clientes como empresarios, políticos y personas con fondos de países identificados como fuentes de blanqueo que demanden análisis más cuidadoso, cuando el riesgo de la operación suplanta los límites de la normalidad (ítem 2.2), en cuyo caso la aprobación del perfil se hace por

⁴⁷² Se trata de una asociación compuesta por once bancos internacionales representativos de los intereses de los bancos privados compuesta por ABN AMRO Bank N.V; Bank of Tokyo-Mitsubishi Ltd., Barclays Bank, Citigroup, Crédit Suisse Group, Deutsche Bank AG, Goldman Sachs, HSBC, J. P. Morgan Private Bank, Santander Central Hispano, Société Générale, UBS AG. El contenido completo de los principios anti blanqueo de Wolfsburg se encuentra disponible en: http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/banking_principles.pdf.

⁴⁷³ PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. "The private sector become active: the Wolfsberg process". *Journal of Financial Crime*, vol. 10.4 (2003), pp. 360 y ss.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 359.

directores de alto grado (ítem 2.3), y necesidad de actualización de archivos de clientes (ítem 3).

Además, la norma presenta preceptos que cuidan de criterios de seguimiento de los activos, para establecer si la operación es sospechosa a objeto de informar a las autoridades (ítem 4), presentándose una serie de líneas generales y dejando a cada institución trazar su listado de operaciones. Se destaca la necesidad de establecer un programa de rastreo singular o continuado de fondos (ítem 5.1 y 5.2) en las hipótesis de aumento significativo de capital, operaciones sospechosas o clientes con necesidad de acompañamiento. Trazan los preceptos que habrá un sistema de auditoría escalonado y un departamento anti-blanqueo dentro de los bancos que actuará con independencia y autonomía (ítem 6) y elaborará informes de auditoría (ítem 7). Los bancos deberán entrenar sus empleados para que identifiquen operaciones y clientes sospechosos (ítem 8) y, al fin, deben conservar los datos de las transacciones por lo mínimo de cinco años (ítem 9).

Los Principios han sido revisados en 2002, cuando se incluyó también a los bancarios como destinatarios de las normas. Lo interesante es que no se presenta una lista cerrada de entidades, sino que se optó presentar un listado ejemplificativo (ítem 2) que contempla, por ejemplo, fondos de inversión, empresas de tarjetas de crédito, bancos hipotecarios, etc. El cuarto principio establece que el análisis de operaciones bancarias con fines de caracterización como sospechosa de blanqueo de activos se realizará a través del análisis de factores de riesgo aplicables al cliente o a la operación y que definirán el grado de diligencia empleado por el banco. Los principios quinto y sexto apuntan a los deberes comunes de diligencia que, por ejemplo, vedan las conductas propias de bancos pantalla y establecen deberes avanzados de diligencia, como la reputación en el mercado de propietarios y administradores, la eficacia del sistema anti-blanqueo de entidades bancarias con las que el cliente se haya relacionado anteriormente, etc.

La violación de los Principios de Wolfsberg puede servir de pieza clave para, junto con las circunstancias del hecho, generar la configuración del hecho como blanqueo de capitales, destacándose su importancia para la gestión privada de los riesgos del blanqueo de capitales para la economía.

2.14. Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa se firmó en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 y representa una alteración en el Tratado de la Unión Europea, suprimiendo la estructura de pilares antiguamente en vigor⁴⁷⁵.

El texto ha prestado atención al blanqueo de capitales en una disposición dentro del Capítulo 4, relativo a la cooperación judicial en materia penal, en concreto el artículo 69 B. En su apartado 1, el legislador establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales”. La estandarización mínima de tales infracciones penales se realizará conforme a la previsión abstracta de un tipo penal, con sus respectivas sanciones. Al efecto, la Directiva delimita una enumeración de situaciones y un número cerrado de infracciones penales, que admiten ampliación mediante decisión del Consejo.

Las infracciones penales se refieren a dominios de delitos de especial gravedad y de dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. La alusión a la dimensión transfronteriza denota que el delito debe proyectar sus consecuencias más allá de las fronteras de un país comunitario, pudiendo provenir naturalmente de la naturaleza del delito que en esencia traspasa esos límites, como ocurre con el tráfico de drogas. La reiteración de las conductas revela también su carácter transnacional, así como la especial necesidad comunitaria de afrontar determinadas infracciones penales.

Pero el Tratado de Lisboa, como hemos apuntado, presenta una enumeración taxativa de delitos, a saber: “el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación

⁴⁷⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 160.

de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada” (artículo 69 B.1, inc. 2.º).

Así pues, la Unión Europea puede publicar Directivas que establezcan un tipo penal mínimo, debiendo los Estados miembros adaptarlo a su realidad a través de parámetros semejantes, sin perjuicio de elaborar infracciones penales diferentes, siempre que mantengan al menos el paradigma mínimo. No obstante, en la actualidad no hay ninguna Directiva posterior al Tratado firmado en la ciudad lisboeta, por lo que se mantienen incólumes las Directivas anteriormente editadas⁴⁷⁶, tanto como las normativas antecesoras.

3. PRINCIPALES NORMATIVAS SUPRANACIONALES EN EL ÁMBITO LATINO-AMERICANO EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALS

En Latinoamérica existen menos normativas supranacionales relativas al delito de blanqueo de activos que en el continente europeo, en razón de la ausencia de un Derecho supranacional estructurado y avanzado que uniforme los diversos aspectos jurídicos y socioeconómicos. No obstante, la carencia de esa interconexión y uniformidad de normas con fuerza coactiva no significa que no existan normativas sudamericanas sobre el tema.

Trataremos preferentemente de aquellas que tienen una mayor relevancia para el tratamiento de la materia, aunque sin la intención de agotar todas las normas, declaraciones y recomendaciones sobre blanqueo de capitales. Debemos tener en cuenta, además, que diversas normativas internacionales tienen sus efectos proyectados para los países americanos.

3.1. Programa Interamericano de Acción contra el consumo, la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Programa de Acción de Río de Janeiro de 1986)

La primera normativa latinoamericana fue el Programa Interamericano de Acción contra el consumo, la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Programa de Acción de Río de Janeiro), realizado en

⁴⁷⁶ *Ídem.*

1986 y que tenía por finalidad enfrentarse al narcotráfico. Y puesto que las sustancias estupefacientes configuran la principal fuente de obtención de capital ilícito, era necesario que los países realizaran normativas armónicas de contención del blanqueo de capitales.

El documento, que contiene cuatro capítulos, establece entre sus “Principios y Objetivos”, en el punto 5, el respeto a la soberanía de las naciones, gozando cada uno de los Estados miembros de autonomía para la implantación de las orientaciones, además de sopesar las diferencias entre países para determinarlas. Además, del contenido conjunto del Capítulo I se infiere la grave preocupación por el delito de tráfico de estupefacientes y sus consecuencias nocivas para la salud de la sociedad y del Estado.

El Capítulo II trata inicialmente de la necesidad del intercambio de información sobre la estructura de la comercialización ilícita y cualesquiera otros aspectos referentes al tráfico ilícito de drogas (II.1), lo que señala el inicio de la investigación colaborativa entre los Estados para tratar de “detectar el origen de los recursos depositados en instituciones financieras u otras instituciones comerciales y las transferencias hechas entre estas por los traficantes de drogas” (II.2). De forma satisfactoria, el documento apunta que el blanqueo de bienes no se da solamente en las instituciones financieras, sino que afecta a empresas a las que involucra, por tanto, en aspectos microeconómicos y macroeconómicos del delito. El Programa tiene por finalidad auxiliar a la realización de proyectos de ley que puedan acelerar los mecanismos de investigación del delito, posibilitar la confiscación de los bienes provenientes del tráfico de drogas o utilizados para ese fin y la tipificación del delito de blanqueo de bienes en las conductas de adquirir, poseer, utilizar bienes que se sepa que sean directa o indirectamente producto del tráfico de drogas, independientemente de dónde haya ocurrido dicho tráfico [II.2.i) a iii)].

En su Capítulo III merece destacarse la recomendación a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) para la creación de un fondo nacional para prevención de la utilización indebida de drogas, donde una de las fuentes son los bienes y fondos vinculados al tráfico de estupefacientes.

Por fin, el Capítulo IV del Programa destaca orientaciones generales a los órganos de la OEA, así como a los países miembros, en vistas a un plan de prevención, cooperación judicial e investigación del tráfico de estupefacientes.

3.2. Declaración de Ixtapa (México), firmada en la reunión de la Organización de los Estados Americanos de 1990

La Declaración y Programa de Acción de Ixtapa fue elaborada en México en una reunión de la OEA en 1990, y desde entonces ha servido como base para la creación de un sistema de lucha contra el narcotráfico, que reconocía el peligro del tráfico y la fuerza negativa que el blanqueo de dinero causa a la sociedad en su conjunto. Se entendía, por tanto, que los delitos de blanqueo de capitales merecen un tratamiento jurídico autónomo, así como la importancia de regular el tráfico monetario, el secreto bancario y el deber que tienen las instituciones financieras de colaborar con el afrontamiento del delito de blanqueo eminentemente en función del tráfico.

Entre sus consideraciones preliminares, la Declaración destaca la “imperiosa necesidad de salvaguardar sus pueblos, sus instituciones democráticas y sus economías de los peligros del narcotráfico”. Señala, además, que el tráfico de drogas y el reciclaje de esos capitales promueven desequilibrios en las estructuras de gobierno, en el comercio lícito y en la sociedad en general, y que corrompen y vician el desarrollo socioeconómico, distorsionan el Derecho y socavan las bases mismas del Estado.

La tónica de este documento sudamericano ha sido reforzar la necesidad de la lucha contra el tráfico de drogas, así como la respuesta penal al blanqueo de dinero⁴⁷⁷. proveniente de dicho delito, en razón de la corrupción, violencia, tráfico de armas de fuego, terrorismo y su subvención, además de por representar una amenaza para la democracia, el Estado de Derecho, el equilibrio

⁴⁷⁷ Lamas Pucio destaca que “se trata de un marco legal que plantea una serie de recomendaciones a los países del continente, teniendo en cuenta las características jurídicas propias de los países que lo conforman.” (LAMAS PUCIO, Luis. “Convención interamericana contra el lavado de dinero”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año II, n.º 3 [ene.-jun. 1994], p. 104).

socioeconómico, la salud pública, el medioambiente y para las generaciones futuras.

La Declaración, que presenta una legislación penal de primera generación, centra sus esfuerzos prioritariamente en la lucha contra el narcotráfico (punto 2.º de las resoluciones de la Declaración de Ixtapa), a través de un principio de responsabilidad compartida entre los países; y, de forma indirecta, en la lucha contra el reciclaje de capitales, que produce efectos devastadores en la economía.

El documento ofrece una recomendación a los países para que actualicen o modernicen las leyes nacionales y los medios e instrumentos de aplicación para establecer penas y medidas más estrictas y eficaces para combatir el narcotráfico (punto 4.º del programa de acciones de la Declaración). Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, hay que destacar la determinación del deber de criminalizar “toda actividad referente al lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y que posibilite la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos” (punto 6.º, inciso 1, del programa de acciones de la Declaración de Ixtapa). Y aún continúa recomendando “a los Estados miembros que alienten a los bancos e instituciones financieras a cooperar con las autoridades competentes para impedir el lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y facilitar la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos” (punto 6.º, inciso 2). Se aprecia, así pues, la preocupación no solamente por el segmento bancario, sino también con las instituciones financieras.

La Declaración recomienda asimismo que la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (en adelante, CICAD) encomiende a una comisión de juristas expertos la elaboración de reglamentos modelos –conforme a la Convención de la ONU de 1988–, con el fin, entre otras cosas, de tipificar como delito de blanqueo de activos las conductas referentes al lavado de los beneficios del narcotráfico, además de reformar los sistemas legales y reglamentarios para garantizar que el secreto bancario no impida la aplicación de la ley y la mutua asistencia legal y, por fin, posibilitar que se informe a los gobiernos sobre grandes transacciones en efectivo y el intercambio supranacional de tales informaciones (punto 6.º, inciso 4).

Con la Declaración de Itxapa, en 1990, surge el germen de los tipos penales objeto de esta tesis en el continente latinoamericano, ya que el citado punto 6.º del programa de acciones genera un mandato supranacional de criminalización del blanqueo de dinero, al llamar a los países miembros de la OEA a contener el delito de tráfico de drogas, impedir la utilización de la economía lícita para fines de tráfico ilícito de capital, estableciendo la necesidad de cooperación internacional en la lucha contra el tráfico, y proporcionar mecanismos para el control y rastreo del sistema financiero⁴⁷⁸.

Además, se fijaron criterios de control de la actividad de las instituciones financieras⁴⁷⁹, que fructificaron en la Asamblea General de la OEA de ese mismo año 1990. Todo ello motivó la celebración de otras reuniones que dieron forma a un proyecto de marco legal para abordar el narcotráfico y el blanqueo de capitales⁴⁸⁰, proyecto que hoy, junto a otros documentos internacionales, forma parte integrante del fenómeno de la globalización de la lucha desde el Derecho Penal contra la delincuencia organizada transnacional⁴⁸¹.

3.3. Declaración de Cartagena de 1990

Con el narcotráfico asolando el subcontinente sudamericano, el 15 de febrero de 1990 se reunieron en Cartagena de Indias los presidentes de Colombia, Perú, Estados Unidos y Bolivia, con la finalidad de adoptar medidas para la contención del tráfico de estupefacientes y la cooperación judicial, así como la fijación de mecanismos de represión del delito de blanqueo de capitales.

⁴⁷⁸ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* p. 155.

⁴⁷⁹ *Ibidem...*, p. 154.

⁴⁸⁰ La Comisión fue creada en el IV Encuentro del Mecanismo permanente de consulta y cooperación política realizada en Venezuela en octubre de 1990, y tuvo encuentros constantes, como la primera reunión del grupo en Bogotá en 1991, los celebrados a raíz de la Declaración de Acción de Río de Janeiro, Declaración de Guatemala de la Alianza de las Américas contra el narcotráfico, Declaración y Acuerdos de Cartagena, entre otros. Para una cronología más detallada, véase: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 155 y ss.

⁴⁸¹ Naím señala atinadamente que la globalización provoca la aceleración económica y un veloz desarrollo tecnológico, lo que presenta como consecuencias negativas el tráfico de armas, de personas, de drogas y el blanqueo de capitales, fenómenos contra los que actualmente se ha entablado una guerra declarada por los Estados, ante la nocividad social y global que conllevan (NAÍM, Moisés. "Five Wars of Globalization". *American International Law Review*, vol. 18 [2003], pp. 1-18). Destaquemos aquí nuestro desacuerdo en lo que se refiere a la intensidad de la guerra contra la violación del derecho de la propiedad intelectual, ya que creemos que este delito no está en el mismo nivel de carácter ofensivo que los delitos mencionados anteriormente.

Aunque la Declaración buscaba eminentemente trazar normas para la contención del narcotráfico, no por ello se descuidó abordar, aunque tangencialmente, el “lavado de dinero” entre los “Entendimientos relativos al ataque contra las drogas ilícitas” (punto 6 del apartado B).

Dicho punto ofrece una naturaleza híbrida, porque atiende por un lado a materia procesal penal, al disponer sobre medidas de búsqueda y aprehensión para la desposesión de los bienes provenientes del tráfico de drogas, además de establecer normas para la identificación y rastreo de los bienes. Por otro lado, se persigue asimismo un ataque financiero al comercio de drogas ilícitas, para lo que se insta la necesidad de tipificar las conductas de blanqueo de capitales resultantes del tráfico de drogas, así como prever mecanismos de flexibilización del secreto bancario con el fin de posibilitar el descubrimiento de delitos de esa envergadura.

La norma establece que ese combate debe desenvolver una acción eficaz para la represión del blanqueo de capitales, aunque no establece, sin embargo, los medios para su realización, ni sugiere tipificaciones, instrumentos procesales penales de contención, etc. La preocupación es exhortar a la necesidad de represión del blanqueo de activos como forma de adelgazamiento del tráfico. Se trata de una legislación de primera generación, sin que en ese momento expresase el documento preocupación por otros delitos susceptibles de considerarse como antecedentes de blanqueo de capitales.

3.4. Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas para la lucha contra el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas

Inmediatamente después de las dos Declaraciones de 1990, la OEA se puso en contacto con la CICAD para, a través de un grupo de juristas que se reunió de 1990 a 1991, preparar un Reglamento Modelo que combatiese el narcotráfico y el blanqueo de dinero.

Dicho Reglamento se presentó en 1992 en Uruguay, y contenía los tipos penales básicos para frenar el blanqueo de dinero producto del narcotráfico y los delitos conexos, así como normas sobre confiscación de bienes, deberes de

informar de operaciones sospechosas, la reglamentación de actividades financieras y sobre el secreto bancario, así como para la cooperación internacional. Ofrecía este Reglamento Modelo una legislación penal dirigida a contener el tráfico de drogas y los delitos conexos, que eran la principal fuente de obtención de dinero por la criminalidad; admitía expresamente el dolo eventual a través de la ignorancia voluntaria; y posibilitaba la responsabilidad penal de los agentes económico-financieros. El documento pasó por revisiones y modificaciones sucesivas, siendo la primera la realizada en una reunión del grupo de especialistas en Chile en 1997, y la última en los Estados Unidos en 2005.

El delito de “lavado” de activos se presenta en el artículo 2.º y debe ser analizado en conjunto con el artículo 1.º (“Definiciones”) del referido documento. El sujeto activo es cualquier persona, ya sean personas físicas o jurídicas (artículo 2.2), mientras la víctima del delito es el Estado. El tipo objetivo revela las conductas de convertir, transferir o transportar bienes de los que se sabe, se debería saber o se ignora intencionalmente que son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. El documento apunta equivocadamente de forma invertida, salvo mejor juicio, que el “deber saber” se interpreta como culpa, mientras que la ignorancia intencional se considera dolo eventual, lo cual remite a la teoría de la ceguera deliberada. Así pues, en verdad, ambos cuidan del dolo eventual, de modo que la culpa debería ser demostrada por intermedio de expresiones más claras y dogmáticamente adecuadas como, por ejemplo, imprudencia grave o culpa. A pesar del lapso, el reglamento contempla las formas dolosas (dolo directo o eventual) y la culpa, aunque no concordamos con la previsión de la culpa por los motivos señalados.

El Reglamento hace alusión también a “actividades delictivas graves”, concepto que se refiere inicialmente al catálogo de delitos que cada Estado determine libremente; aunque, acto seguido, indica que se podrá incluir “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” (artículo 1.1). Cervini apunta que el tipo modelo se aleja del apuntado en la Convención de

Viena, porque no presenta vinculación al elemento subjetivo del tipo penal, cual es la finalidad específica de ocultar o encubrir. La innovación en su concepción es impropia, por vulnerar el principio de la culpabilidad⁴⁸². No estamos de acuerdo con esta crítica, pues si así fuera, todo tipo penal que no tenga el dolo específico violaría el principio constitucional expuesto. Aunque no exista el especial fin de actuar, los demás elementos del tipo penal se encuentran delimitados, con las reservas expresadas sobre la terminología y porque existen diversos tipos penales en los que no se exige el dolo específico (por ejemplo, robo, hurto, delitos ambientales), y aun así no pesan cuestionamientos sobre su invalidez.

El artículo 2.2 del Reglamento Modelo del CICAD contempla otras conductas consideradas delitos, a saber, adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes, ya que los mismos son productos o instrumentos de actividades delictivas graves. El tipo incurre en el mismo equívoco que el descrito en el párrafo antecedente, puesto que apunta expresiones identificadoras del dolo eventual como si se refiriesen a dolo eventual y culpa.

Prosigue la normativa describiendo en el apartado 3 del artículo 2.º los comportamientos de ocultar, disimular o impedir la determinación de la real naturaleza, origen, ubicación, destino, movilización o propiedad de bienes o de los derechos relativos a tales bienes que sean producto o instrumentos de actividades delictivas graves. La intención es la de responsabilizar al agente por dolo, culpa y dolo eventual, aunque vuelve a cometer un error en cuanto a la terminología empleada.

El último tipo penal se contempla en el artículo 2.º, apartado 4, criminalizando la conducta de cometer cualquiera de los delitos tipificados en dicho artículo, así como la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o la ayuda a cualquier persona que participe en su comisión a eludir las consecuencias jurídicas del mismo. Solamente en este último delito se exige el elemento subjetivo del injusto, consistente en la ayuda para eludir las consecuencias jurídicas del delito. El tipo

⁴⁸² CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 160.

penal es eminentemente doloso, no admitiéndose en esta figura el dolo eventual ni la forma imprudente, al margen incluso de que la persona se asocie o no.

Se contempla asimismo la punición de la tentativa, el principio de la justicia universal y la no necesidad de condena por el delito antecedente para fines de consumación del blanqueamiento de capitales (artículo 2.4 y 6). A nuestro entender, además, el Reglamento prevé expresamente la posibilidad de la punición del autoblanqueo de capitales y del delito antecedente cometido por la misma persona (artículo 2.7).

La norma cuida también, en su artículo 5.º, de la confiscación de los bienes⁴⁸³, productos⁴⁸⁴ o instrumentos⁴⁸⁵ y su declaración de indisponibilidad con el fin de asegurar la restricción del agente al aprovechamiento de su actividad ilícita. Se admite la confiscación de bienes de valor equivalente a los bienes o instrumentos y la imposición de multa, si el provecho de la actividad delictiva objeto del blanqueo de capitales no pudiese ser confiscado (artículo 5.2), lo que puede ser objeto de cuestionamiento, por violación del principio de la individualización de las penas. Entre los mandatos relativos a la confiscación de bienes resultantes del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se apunta que deberá haber prueba razonable sobre su origen o destino ilícitos, a salvo demostración en contrario por el acusado. En este sentido, el Reglamento apunta en su artículo 6.º al derecho de los terceros de buena fe, estableciendo elementos que auxiliarán al juzgador en la determinación de las circunstancias objetivas del origen espurio del capital, conforme al tiempo, modo de adquisición, aspectos personales o económicos, giro de actividades y otros.

Se expresa en el artículo 9.º la previsión de crear en cada país las Unidades de Información Financiera (en adelante, UIF), que serán responsables de compilar, analizar y solicitar información sobre las

⁴⁸³ El artículo 1.º, apartado 2, del Reglamento Modelo dispone que “bienes” son “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

⁴⁸⁴ Prevé el artículo 1.º, apartado 8, de la norma del CICAD que “productos” son “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves.”

⁴⁸⁵ Dispone el artículo 1.º, apartado 6, del Reglamento del CICAD que “instrumentos” son “las cosas utilizadas o destinadas a ser utilizadas o respecto a las que hay intención de utilizar de cualquier manera para la comisión de un delito de tráfico ilícito o un otro delito grave.”

transacciones financieras sospechosas establecidas en el artículo 14. Con buen criterio, la CICAD aprovechó para conceptualizar en el artículo 10 del Reglamento Modelo las instituciones financieras y establecer las pertinentes equiparaciones⁴⁸⁶, así como las personas físicas o jurídicas que deberán someterse a los deberes de identificar a sus clientes (artículo 11), mantener los registros de las transacciones (artículo 12) y comunicar operaciones sospechosas (artículos 13 y 14); aunque dejó pasar la oportunidad de precisar impositivamente a los profesionales liberales que actúan en áreas sensibles al blanqueo de capitales. También se extienden estos deberes a otros obligados (artículo 17) que actúen en segmentos de riesgo: por ejemplo, venta de piedras o metales preciosos, barcos, aviones, automóviles, viajes, entretenimiento; juegos de azar; prestación de servicios por toda clase de profesionales liberales, incluyendo notarios y contables; seguros, reaseguros y su corretaje; inversiones y fondos de inversiones; comercialización internacional de bienes, servicios y transferencia de tecnología y movilidad de capitales; financiación de organizaciones no gubernamentales o sin fines lucrativos (ONG y sector terciario) y cualquier actividad comercial que, dada su naturaleza, pueda ser empleada para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La norma corregía así la laguna del concepto de institución financiera propia y por equiparación, cuando en verdad el deber debía haberse generalizado a sectores financieros, profesionales y/o comerciales susceptibles de aplicar este deber de identificación, registro y comunicación. Además, es oportuna la previsión de someter a las ONG a los deberes descritos en el

⁴⁸⁶ Para los términos del Reglamento del CICAD, son consideradas instituciones financieras, entre otras, los bancos comerciales, compañías fiduciarias, entidades de ahorro y crédito, asociaciones de construcción y crédito, bancos de ahorro, bancos industriales, cooperativas de crédito u otras instituciones o establecimientos de ahorro autorizados por la legislación bancaria interna, sean de propiedad pública, privada o mixta. También cualquier entidad que preste servicios internacionales (*off-shore*); casas de corretaje o intermediación en la negociación de valores o de inversiones o ventas a futuro; casas de intermediación en la venta de divisas o casas de cambio. Se considera institución financiera por equiparación las personas físicas o jurídicas que realicen operaciones sistemáticas o sustanciales de intercambio de cheques; operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o rescate de cheques de viaje o giros postales, o que emitan tarjetas de crédito, de débito o instrumentos semejantes; que realicen transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos o valores –incluyendo las realizadas a través de redes o sistemas informáticos– o cualquier otra transacción que tenga ese resultado; y cualquier otra actividad sujeta a supervisión por las autoridades competentes.

Reglamento Modelo, en función de su facilidad para el blanqueo de activos por la ausencia de comprobación de renta y de los deberes arriba expuestos.

El Reglamento prevé aún en el artículo 15.3 otro tipo penal, cuando la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con los deberes de comunicación de operaciones sospechosas de financiación al terrorismo, blanqueo de capitales e identificación de clientes (artículos 11 a 14 del Reglamento), o cuando falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos.

Prosigue estableciendo el deber de instituir en el ámbito interno normas de cumplimiento (*compliance*) empresarial para detectar actividades de blanqueo de capitales o financiación al terrorismo (artículo 16). Finaliza el texto con disposiciones específicas para las autoridades competentes (artículo 19), la cooperación judicial (artículo 20) y el secreto bancario, que no es impeditivo a los deberes impuestos por el Reglamento Modelo (artículo 21).

3.5. Plan de Acción de Buenos Aires de 1995

El Plan de Acción de Buenos Aires sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para fines de reciclaje de fondos derivados de actividades ilegales fue el documento surgido en la capital argentina el día 2 de diciembre de 1995 con motivo de la Conferencia ministerial concerniente al Lavado de dinero e instrumentos del delito celebrado durante la Cumbre de las Américas.

Su finalidad era destacar la necesidad de tomar medidas legislativas y administrativas para la lucha contra el blanqueo de capitales, con “una respuesta hemisférica”⁴⁸⁷, promoviendo al mismo tiempo la lícita inyección de activos en la economía y evitando la reducción de inversiones, con obediencia a los principios, leyes y conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico y a semejanza de la Convención de Viena.

⁴⁸⁷ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Lavado de dinero y política criminal en el Uruguay”. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21 (2007), p. 322.

El Plan destaca la necesidad de criminalizar el delito de blanqueo de capitales provenientes del tráfico de estupefacientes, señalando en concreto a las conductas de transferir, convertir e invertir el producto ilícito de tales delitos. La interesante innovación es que el documento internacional ofrece margen para la inclusión de otros delitos graves, cuya definición deberá ser realizada en la legislación interna de cada país (ítem A.1).

El compromiso internacional se extiende a los aspectos relativos a la investigación y el rastreo del blanqueo de capitales, que deberán ser realizados por los Gobiernos de los diferentes países. Asimismo, estos habrán de tomar medidas para identificar los bienes provenientes de las actividades ilícitas, cuya confiscación deberán promover, así como la de los instrumentos empleados para la práctica del delito en el ámbito nacional e internacional (ítem A.2). Aclaremos al respecto que estos planes de actuación son trazados anualmente por el GAFISUD (Grupo de Acción Financiera Internacional de América del Sur), integrado por países sudamericanos y de América Central. Este grupo intergubernamental informa asimismo de las diversas tipologías de blanqueo de capitales⁴⁸⁸, junto al Grupo de Egmont⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ El documento “presenta algunas de las metodologías de lavado de activos y de financiación del terrorismo más utilizadas, con el propósito de ayudar a las entidades reportantes y a la sociedad en general de la región en las acciones de prevención de las conductas asociadas al lavado de activos y a la financiación de las organizaciones delictivas. Con esta información podrán diseñarse mejores instrumentos de control y señales de alerta que permitan a las autoridades diseñar o ajustar mecanismos de control con el fin de protegerse de la posibilidad de ser utilizadas por los legitimadores de capitales o para financiar grupos terroristas” (*Reunión Conjunta de Tipologías GAFISUD-Egmont. 8 a 11 de mayo, 2012. Quito, Ecuador*, p. 3 [Disponible en internet en: <http://www.gafisud.info/pdf/compendiotipologias2012.pdf>. Fecha de acceso: 22/01/2013]). Las tipologías del GAFISUD fueron elaboradas en 2005, 2006, 2008, 2009, 2010 y 2012, y abarcan diversos sectores financieros, económicos y profesionales en áreas con riesgo para el blanqueo de capitales, a partir de hechos reales, donde la principal actividad de blanqueo en sudamerica es relacionada con la compra y venta de jugadores de fútbol.

⁴⁸⁹ El Grupo Egmont se formó en 1995 en Bélgica, y consiste en la reunión de UIF para promover la cooperación en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como para auxiliar en el perfeccionamiento de programas domésticos de contención. Su actuación se traduce en el entrenamiento personal, la capacitación de agentes, la mejora de los sistemas de comunicación entre las UIF, la ayuda para la autonomía de dichas unidades y la promoción de programas de antiblanqueo de capitales y de control del terrorismo (Disponible en internet en: <http://www.egmontgroup.org/membership>. Fecha de acceso: 22/01/2014).

Para conseguir el objetivo declarado en el párrafo anterior, cada país deberá dotar a las autoridades competentes de mecanismos para el intercambio de información financiera y comercial con fines de investigación (ítem A.3).

Aunque el documento no ofrece un modelo de legislación, recomienda que se adopte el descrito en la Convención de Viena de 1988 y en el Reglamento Modelo elaborado por la CICAD (ítems A.4 y C.3 a 5).

Se trazó además un plan de acción con la finalidad de facilitar la detección del blanqueo de capitales y de proponer soluciones en el campo penal, procesal y administrativo (ítem B).

En cuanto a las acciones jurídicas, recogidas en el ítem C del Plan de Acción, la recomendación inicial es que cada país tipifique la conducta de blanqueo de capitales resultantes de delitos graves (C.1), y que permita la identificación, rastreo y confiscación de los bienes e instrumentos de esos delitos, posibilitando para ello la investigación y cooperación internacionales, destacándose la utilización de agentes infiltrados y la vigilancia electrónica con aprobación judicial (C.8).

Refuerza el documento la necesidad de acciones reguladoras, entre ellas, y por parte de las instituciones financieras, incluidas las no bancarias, así como de los organismos que las regulan y fiscalizan, la de identificar y conocer a sus clientes, además del deber de comunicar operaciones sospechosas⁴⁹⁰ (ítem D.2). Algo que será posible gracias a la cooperación internacional en los ámbitos financiero y jurídico (ítem C.2), razón por la cual se recomienda a los países signatarios el establecimiento de acuerdos internacionales que permitan el intercambio de datos financieros (ítem C.10).

Se recoge asimismo la previsión de que cada país cree su UIF, para compartir los datos con otros países; y que los órganos estatales y las instituciones financieras interactúen desarrollando estrategias y métodos para prevenir y luchar contra este delito (ítem E.3). Con este propósito, se

⁴⁹⁰ Esos deberes son reglamentados en otros documentos latinoamericanos, por ejemplo, las *Pautas de regulación mínima a ser adoptadas por los Bancos Centrales para la prevención y represión del lavado de dinero* (Mercosur/GMC, Resolución 53/00) y el *Convenio de cooperación entre los Bancos Centrales de los Estados partes del Mercosur para la prevención y represión de maniobras tendientes [sic] a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas* (Mercosur/CMC/DEC. N.º 40/00).

establecieron criterios de control de la actividad de las instituciones financieras⁴⁹¹, que maduraron en la Asamblea General de la OEA celebrada en Paraguay ese mismo año.

Todo ello motivó la celebración de otras reuniones que dieron forma a un proyecto de marco legal para abordar el narcotráfico y el blanqueo de capitales, proyecto que hoy, junto a otros documentos internacionales, forma parte integrante del fenómeno de la globalización de la lucha desde el Derecho Penal contra la delincuencia organizada transnacional.

SECCIÓN 2.ª EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA DE PAÍSES EUROPEOS Y AMERICANOS

1. PANORAMA NORMATIVO PENAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES EN EL CONTINENTE EUROPEO

La historia reciente ha asistido al compromiso internacional⁴⁹², europeo y latino-americano, con el fin de combatir el blanqueo de capitales. Esta práctica tiene un carácter multilateral e implica a grupos, países, órganos de gobierno, asociaciones orientadas a la actividad financiera⁴⁹³ y se ha originado para identificar este tipo de delito, que se nutre de una economía criminal⁴⁹⁴ al margen de la legal y cuya rentabilidad se debe a su elevado poder de integración con esta última, lo que dificulta la separación de los límites entre ambas.

El marco internacional para la reglamentación jurídica pasó por diversos actos, los cuales tenían como objetivo trazar normas que, por un lado, diesen equilibrio a la seguridad jurídica en las relaciones socioeconómicas, y por otro

⁴⁹¹ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 154.

⁴⁹² Afirma Faria Costa: “Las operaciones que hacen el dinero limpio y aceptable como riqueza, cuando proviene de zonas ‘oscuras’ de la trama social, se realizan a través de la circulación, porque lejos quedan los tiempos en que, sin más, las fortunas podían pasar de una mano a la otra al margen de los efectos jurídicos vigentes y hacerse legítimos por la propia conservación o formación de poder.” (FARIA COSTA, José. “O Branqueamento de Capitais”. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII [1992], pp. 62-63).

⁴⁹³ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 108 *et seq.*

⁴⁹⁴ KAPLAN, Marcos. *Economía criminal y lavado de dinero...*, p. 219 *et seq.*

ofreciesen un marco para la identificación de las operaciones, estableciendo la obligación de comunicación de tales transacciones, algo que inaugura la Declaración de los Principios de Basilea, que establecía un “código de conducta destinado a las instituciones financieras de todo el mundo”⁴⁹⁵ y que constituye asimismo un muestra de la sensibilidad nacional e internacional hacia la necesidad de enfrentar el delito de blanqueo de capitales.

El blanqueo de capitales afecta a todas las clases sociales, por lo que muchos agentes que actúan en el sistema financiero establecieron entre sí compromisos para los tratos en el mercado financiero, las relaciones con los clientes, la identificación de las operaciones financieras, el establecimiento de normas de prevención de las conductas de blanqueo de dinero y para la lucha efectiva contra el reciclado como sistema de *compliance*⁴⁹⁶, que se detallará más adelante.

1.1. Italia

El Derecho penal italiano tipifica el delito de *riciclaggio di denaro* en el artículo 648 *bis* de su Código Penal⁴⁹⁷, donde presenta como bien jurídico tutelado la administración de la justicia, siendo relegados a un segundo plano el orden socioeconómico y otros valores⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* p. 112.

⁴⁹⁶ García Gibson dice: “Las principales funciones de la persona que se encarga del área de *compliance* son las de supervisar la actividad corporativa de *compliance*, como un organismo independiente que revisa, evalúa y asesora sobre el debido cumplimiento de las distintas leyes y normas emitidas por las autoridades con el fin de evitar las sanciones que se les imponen por falta de la debida ejecución, así como su daño a la reputación. Del mismo modo, el área de *compliance* debe garantizar que los principios corporativos incluidos en el Código de la empresa se cumplan consistentemente durante la corporación, así como que sirva de enlace a las autoridades, accionistas, empleados, clientes y el público en general en los temas relacionados con la implementación y el cumplimiento de estos principios.” (GARCÍA GIBSON, Ramón. “¿Pueden las empresas emitir lineamientos para prevenir los delitos de cuello blanco?” *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, n.º 6 [2006], pp. 141-142).

⁴⁹⁷ El Código Penal de Italia se encuentra em internet em la siguiente dirección: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36775>. (Fecha de acceso: 30/07/2014).

⁴⁹⁸ CERQUA, Luigi Domenico. “Il Delitto di Riciclaggio nel sistema penale italiano”. *Revista brasileira de Estudos Políticos*, vol. 97 (2008), p. 19; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. I. 15 ed. Giuffrè: Milán, 2008, p. 463; PECORELLA, Gaetano. *Circolazione di denaro e riciclaggio...*, p. 1.221.

El sujeto activo es cualquier persona, a salvo el autor del delito antecedente, pues no se admite el autoblanqueo en este ordenamiento jurídico. Se justifica que el delito sea común, puesto que presenta una agravante referente a la comisión del delito con abuso en la actividad profesional. Prevé la ley italiana que el sujeto pasivo es el Estado; y las conductas típicas son la sustitución, la transferencia de bien, dinero u otro beneficio proveniente de delito o realización de cualquier otra operación con el fin de obstaculizar el descubrimiento de la procedencia y origen de los bienes arriba apuntados.

Para que se entienda la extensión de los delitos, la legislación italiana originariamente preveía una nómina de delitos precedentes al blanqueo de capitales, como extorsión agravada, extorsión mediante secuestro, tráfico de estupefacientes y robo agravado. Sin embargo, la Ley fue objeto de reforma en 1993⁴⁹⁹, cuando se estableció un listado abierto de delitos, con la única restricción expresa de los delitos imprudentes y las contravenciones penales que no fueron objeto de tipificación penal por respeto al principio de legalidad previsto en el artículo 1.º del Código Penal italiano.

El tipo objetivo contempla en el artículo 648 *bis* las acciones de sustituir o transferir dinero, bienes u otros beneficios provenientes de delito, además de alternativamente realizar otras operaciones con vistas a impedir la identificación de su origen delictivo. Además de eso, el tipo penal del artículo 648 *ter* de la Ley penal italiana dispone sobre la conducta de emplear en actividad económica o financiera cualquiera de los tres elementos arriba citados.

El dolo es el elemento subjetivo del tipo penal, no exigiéndose dolo específico. Profundiza la doctrina italiana en cuanto a la posibilidad del dolo

⁴⁹⁹ Cerqua señala: “Como se ve, se han aumentado las conductas penalmente relevantes con vistas a ejercer una mayor posibilidad de identificación o impedir la obstaculización de la procedencia delictiva del dinero o bien, y ha sido ampliada la categoría de los hechos presupuestos, que ahora constituyen cualquier forma de ilícito penal no culposo susceptible de presentar provecho económico. No hay duda de que esa expansión ha dejado más fácil que en el pasado el encuadramiento jurídico penal del tipo penal de blanqueo de capitales, debido a las dificultades anteriores en la producción de prueba adecuada de la conciencia del blanqueador de la procedencia del dinero o de otro beneficio dentro del catálogo de delitos indicados en aquella norma” (CERQUA, Luigi Domenico. “Il Delitto di Riciclaggio nel sistema penale italiano”..., p. 18).

eventual en el delito, pero no se admite la figura imprudente del blanqueo de capitales⁵⁰⁰.

El delito es instantáneo y se consuma con el cumplimiento de la operación, admitiéndose la tentativa.

Como ya hemos adelantado, el artículo 648 *ter* de la Ley penal italiana presenta la conducta de emplear en la actividad económica o financiera dinero, bienes u otro beneficio proveniente de los delitos arriba aludidos, presentando una agravante relativa a la realización de la conducta valiéndose de actividad profesional. Se aumenta la pena si el hecho es cometido dentro de la oficina dedicada a la realización de las actividades de blanqueo de activos.

El Código Penal de Italia establece aún en el artículo 648 *bis* y 648 *ter* que, si el delito antecedente es de aquellos cuya pena es de prisión de menos de un máximo de cinco años, habrá una disminución de la pena. Los tipos penales italianos prevén la acumulación de pena de multa de 1.032€ (mil treinta y dos euros) hasta 15.493€ (quince mil cuatrocientos noventa y tres euros).

Por fin, establece la legislación, en el artículo 648 *quarter*, la confiscación del bien, incluyendo el producto o provecho, a salvo el derecho de tercero de buena fe. La ley italiana prevé incluso la posibilidad de la confiscación ampliada, alcanzando bienes, dinero o beneficios provenientes del hecho típico; y establece excusas absolutorias comunes a los delitos patrimoniales en el artículo

⁵⁰⁰ Apunta Cerqua: “El delito de blanqueo de capitales es punible por medio de dolo directo, lo que es la conciencia y voluntad de cambio, transferencia u otras transacciones que involucren dinero, bienes u otra propiedad juntamente con la conciencia del origen general de tales bienes o servicios de un delito no culposo y conciencia de la idoneidad de la conducta de crear obstáculo a la identificación del origen. Como ya se ha mencionado, debe ser excluida la posibilidad de que el crimen en cuestión sea castigado como dolo específico. Debe ser excluida la punibilidad del blanqueo a título de dolo eventual, en caso de duda por parte del agente sobre el origen criminal del dinero u otros beneficios mencionados por la norma. La cuestión, en lo que respecta al delito de receptación de objetos robados, podría recurrir a argumentos semejantes en lo que respecta al reciclado. Otra doctrina y la predominante jurisprudencia argumentan que la cuestión es que, si la falta de la conciencia del origen ilegítimo configura el dolo eventual, todas las veces en que el sujeto ha aceptado el riesgo sobre el origen criminal de las cosas ha consecuentemente incurrido en sanciones penales. La tesis no parece sostenerse, si consideramos que, cuidadosamente comparados a un evento pasado, la duda queda resuelta en la ausencia de un verdadero conocimiento de lo que realmente ocurrió: se sigue que el dolo de la receptación –y del reciclado– no puede ser otro que no el dolo directo” (DOMENICO CERQUA, Luigi. “Il Delitto di Riciclaggio nel sistema penale italiano [II]”. *Revista brasileira de Estudos Políticos*, vol. 98 [2008], pp. 12-13).

649 CPi referentes a la familia (cónyuge no separado, ascendiente, descendiente, afín en línea directa del adoptante o adoptado, hermano).

El Derecho penal italiano presenta algunas peculiaridades con las que no estamos de acuerdo, puesto que las *fattispecie di riciclaggio* se encuentran ubicadas en los delitos patrimoniales bajo la receptación, pero se clasifican como conductas atentatorias a la administración de la justicia; hay previsión de excusas absolutorias en delitos considerados patrimoniales y se asemejan al favorecimiento real; de modo que la coherencia del sistema al prever esas situaciones va en detrimento de la lesión al orden socioeconómico, que a nuestro entender es preponderante en el blanqueo de capitales. Considerar el delito como infracción penal contra el patrimonio o la administración de la justicia implica reducir, y mucho, la gravedad de la conducta e ignorar sus efectos micro y macroeconómicos. Sin embargo, el sistema penal italiano ha acertado al ampliar la nómina de actividades delictivas, al excluir los delitos imprudentes y en las contravenciones penales del citado catálogo⁵⁰¹.

Italia presenta un sistema antiblanqueo de capitales que objetiva la prevención de estos delitos, presentando la Ley 197/91 medidas para la tutela del sistema financiero mediante el establecimiento de deberes de identificación y mantenimiento de registros (art. 2.º), comunicación de operaciones (art. 3.º), infracciones de Derecho administrativo sancionador (art. 5.º) cuya fiscalización incumbirá al Banco de Italia (art. 6.1), deberes de auditoría (art. 10) y levantamiento de la confidencialidad para fines de cooperación con las autoridades de supervisión (art. 11). Esta legislación se complementa con la Ley 388/2000, donde se establece la unidad italiana de inteligencia financiera (*Ufficio italiano de Cambi*), a la cual le confía en su artículo 150 el deber de supervisar y evitar el blanqueo de capitales.

El Decálogo de enero de 2001 presentó en el escenario italiano los deberes de conocimiento, identificación, comunicación de operaciones sospechosas, además de establecer medidas de prevención del *riciclaggio* cuyo fundamento reside en el punto en que el blanqueo de capitales es un esencial

⁵⁰¹ En relación con la realidad brasileña, apuntaremos que tal opción político-criminal no es adecuada, en virtud de que una de las mayores formas de blanqueo de capitales se da a través de una contravención penal.

valor en la contaminación de la economía⁵⁰². Las *guidelines* del *Ufficio italiano dei Cambi* de 2003 propiciaron una revisión del Decálogo citado, y en su segunda parte describen los indicios de operaciones que se deben considerar anormales a los fines del artículo 3.º de la Ley 197/91, y que deben constituir un auxilio para el Derecho penal en la identificación de delitos. Dicha anormalidad se describe desde diversos prismas, como son el contenido de las transacciones, la identidad y ubicación de clientes y beneficiarios, así como el comportamiento de los clientes.

1.2. Portugal

El Derecho penal portugués trata del delito de blanqueo de capitales en el artículo 368-A de su Código Penal, que trata de las conductas de blanqueo. El bien jurídico tutelado en el Derecho penal de Portugal es la administración de la justicia⁵⁰³, razón por la que el tipo penal se ubica entre los delitos contra la realización de la justicia.

El sujeto activo del delito es cualquier agente, atendiendo al delito común cometido por cualquier persona; y el Estado es el sujeto pasivo, por cuanto tenemos que el bien jurídico salvaguardado es de titularidad del Estado.

El tipo objetivo en la legislación portuguesa está formado por los verbos “convertir”, “transferir”, “auxiliar” o “facilitar” cualquier operación de conversión o transferencia de beneficios, obtenidos por sí o tercero, directa o indirectamente, para disimular su origen ilícito. La ley portuguesa equipara con el efectivo blanqueo el comportamiento de auxiliar al autor o partícipe en evitar la punición por el delito de blanqueo.

⁵⁰² Apunta el legislador italiano que “la reinversión de los provechos ilícitos en actividades lícitas y la presencia de agentes económicos y organización en colusión con el crimen organizado radicalmente afectan el funcionamiento del mercado, minan su eficiencia y la justeza de las actividades financieras y enflaquecen la economía en sí” (*Operating Instructions for identifying suspicious transactions*. Disponible en internet en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/Italy_Operating_Instructions_for_identifying_suspicious_transactions_draft_translation_.pdf. Fecha de acceso: 26/07/2014).

⁵⁰³ MARQUES DA SILVA, Germano. “O crime de branqueamento de capitais e a fraude fiscal como crime pressuposto”. En *Lavagem de dinheiro e injusto penal: Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* (Coords.: Luciano Nascimento Silva y Gonçalo Sopas de Melo Bandeira). Juruá: Curitiba, 2009, p. 240.

La ley penal de Portugal establece un catálogo previo de infracciones penales aptas para la caracterización del blanqueo de activos, que son lenocinio, abuso sexual de niños o incapaces⁵⁰⁴, extorsión, tráfico de drogas, de armas, de tejidos humanos, de especies protegidas. Además, la defraudación tributaria⁵⁰⁵, el tráfico de influencias, la corrupción y otras del artículo 1.º de la Ley 36/94⁵⁰⁶; y todas aquellas en que la pena de prisión quede entre seis meses y cinco años en relación de accesoriedad mínima con el delito de blanqueo de capitales⁵⁰⁷, porque la previsión legislativa apunta “hechos ilícitos típicos” (art. 368-A, § 1.º, CPp).

El tipo penal presenta la conducta de ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movilidad o titularidad de las ventajas o derechos a ella relativos.

El blanqueo de capitales es doloso, no habiendo previsión de la figura imprudente para ese delito y admitiéndose el dolo eventual⁵⁰⁸. El dolo específico está presente en el tipo penal, puesto que la Ley exige la práctica de las

⁵⁰⁴ Se muestra crítico DIAS DUARTE, Jorge. “Branqueamento de capitais de proveniência ilícita”. En *Lavagem de dinheiro e injusto penal: Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* (Coords.: Luciano Nascimento Silva y Gonçalo Sopas de Melo Bandeira). Juruá: Curitiba, 2009, pp. 326-327.

⁵⁰⁵ El delito tributario como infracción antecedente del blanqueo de capitales se concibe de la siguiente manera: “...No sólo los hechos tipificados en los arts. 103 y 104 del RGIT (Régimen General de las Infracciones Tributarias), sino también la generalidad de los delitos tributarios, sean comunes (fraude fiscal - art. 87), sean aduaneros (contrabando - art. 92, fraude en el transporte de mercancías en régimen suspensivo - art. 95, introducción fraudulenta al consumo - arts. 96 y 97, sean de los delitos fiscales y contra la seguridad social (fraude - arts. 103, 104 y 106 - y abuso de confianza - art. 105 y 107)”; y concluye que “con el delito de blanqueo se atacan los efectos de una actividad ilícita anterior cuando lo que parecería más adecuado es que se atacara a esa misma actividad, la causa del blanqueo” (MARQUES DA SILVA, Germano. “O crime de branqueamento de capitais e a fraude fiscal como crime pressuposto”..., pp. 242 y 253). En otro sentido, contemplando una gama menos amplia que admite solamente los dos primeros arriba indicados: REIS BRAVO, Jorge dos. “Branqueamento de vantagens de proveniência ilícita”. En *Lavagem de dinheiro e injusto penal: Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. (Coords.: Luciano Nascimento Silva y Gonçalo Sopas de Melo Bandeira). Juruá: Curitiba, 2009, p. 362.

⁵⁰⁶ Entre ellos apuntamos los delitos de fraude para obtención de subvenciones, administración dañosa en el sector público, delitos económicos practicados por organización criminal por medio informático o con dimensión internacional o transnacional y otros. El entero tenor de la ley se encuentra disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis. Fecha de acceso: 27/07/2014.

⁵⁰⁷ REIS BRAVO, Jorge dos. “Branqueamento de vantagens de proveniência ilícita...”, p. 363.

⁵⁰⁸ DIAS DUARTE, Jorge. “Branqueamento de capitais de proveniência ilícita”..., p. 330.

conductas anteriores, prescribiendo el fin de disimular su origen o evitar la prisión del agente o su sumisión al proceso penal.

Prevé la legislación la incidencia de causa de aumento de pena en función de la habitualidad delictiva (art. 368-A, § 6.º, CPp).

El principio de la justicia universal está previsto como susceptible de ser competencia de la Justicia portuguesa para su persecución penal, tratando la Ley de la causa de aumento de pena proveniente de la habitualidad delictiva.

Por fin, el Código Penal de Portugal establece en dicho artículo 368-A que la reparación integral del daño causado a la víctima mitiga la pena (§ 7); y, de forma interesante, establece que la pena del delito de blanqueo de capitales no puede ser superior a la pena de los delitos antecedentes que generaron las ventajas (§ 10).

La legislación de Portugal, al igual que la italiana, incide en el error de prever que la administración de la justicia es el bien jurídico tutelado. La topografía en la legislación penal no es criterio de definición de lo que la ley pretende tutelar. Por otro lado, interesa en la legislación portuguesa la descripción de verbos más amplios, al contrario de la ley italiana, y la previsión de un límite en el tipo penal cuando se contrapone con el delito antecedente. En algunas situaciones eso puede generar una situación de adecuación al principio de la proporcionalidad entre las penas, pero en otras genera una infravaloración del blanqueo de capitales, vislumbrándolo como algo inferior, de gravedad menor o de igual envergadura que el delito precedente, además de desconsiderar la autonomía del delito de blanqueo⁵⁰⁹. Puesto que la gravedad de la conducta del

⁵⁰⁹ Caeiro señala que “probablemente, el legislador pretendió imponer una verdadera *sustitución* de los límites mínimo y máximo del molde penal aplicable al blanqueo por los establecidos para el hecho precedente, siempre que estos sean más blandos. Pero, si fuese así, esta opción se muestra infundada, porque niega por completo la autonomía de la punición del blanqueo. ¿Qué autonomía se puede aún atribuir a la incriminación de una conducta a la cual debería ser aplicada, v. g., una pena de 4 a 12 años de prisión, por convertir los bienes provenientes de un crimen de malversación, cuando va a ser sustituida por prisión de 1 mes a 5 años?” (CAEIRO, Antônio Pedro N. “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”. En *Lavagem de dinheiro e injusto penal: Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* [Coords.: Luciano Nascimento Silva y Gonçalo Sopas de Melo Bandeira]. Juruá: Curitiba, 2009, p. 447).

blanqueo de capitales no raras veces es mayor que el delito antecedente, en esa línea es difícil concordar con la normativa penal portuguesa.

El sistema portugués antiblanqueo se ha ido trazando a la luz de diversas legislaciones, sobresaliendo por encima de las más específicas una norma general muy influenciada por las Recomendaciones del GAFI y las Directivas europeas.

La Ley 11/2004 fija el régimen general de prevención y represión del blanqueo de los beneficios de origen ilícito⁵¹⁰, basándose en la prevención del uso del sistema financiero para fines de blanqueo de capitales. El artículo 2.º explica los deberes de identificar (art. 3), recusar transacciones (art. 4), mantenimiento de documentos (art. 5), examinar (art. 6), reportar (art. 7), abstraer (art. 8), cooperar (art. 9), mantener la confidencialidad (art. 10), además de entrenar y crear mecanismos de control interno (art. 11) a los cuales se someten agentes privados. De tal modo, la Ley “constituye entidades no públicas en agentes mediatos o en auxiliares de la Administración Pública en la prevención del blanqueo y de la financiación del terrorismo”⁵¹¹. Los deberes son reglamentados dentro de la Ley y siguen la estructura destacada por el GAFI y por las Directivas del Consejo Europeo, presentando incluso medidas específicas para sectores de la actividad económica como casinos (art. 22) y corredores de bienes raíces (art. 23).

Se hace necesario concretar que, dentro del deber de abstraer y el poder de proseguir en la ejecución del acto que se revela sospechoso de blanqueo de capitales, la legislación crea una especie de acción controlada, puesto que el ente que detecte esa operación deberá comunicarlo inmediatamente al Procurador General de la República portuguesa (art. 8.2), el cual tiene la potestad de decidir si la operación se lleva a efecto o no. Lo interesante de la disposición es que generalmente la acción controlada llega al conocimiento de

⁵¹⁰ La Ley 11/2004 de Portugal se encuentra disponible en internet en el sitio http://www.imolin.org/doc/amlid/Portugal_Law%2011%20of%202004.pdf. Fecha de acceso: 26/07/2014.

⁵¹¹ Canas prosigue destacando que “se puede afirmar que este régimen lleva más lejos de lo que cualquier otra área de la prevención criminal la exigencia de que los ciudadanos actúen como agentes de esa misma actividad pública” (CANAS, Vitalino. “As medidas de natureza preventiva contra o branqueamento e o financiamento do terrorismo”. En *Lavagem de dinheiro e injusto penal: Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* [Coords.: Luciano Nascimento Silva y Gonçalo Sopas de Melo Bandeira]. Juruá: Curitiba, 2009, p. 487).

la actividad policial, que requiere autorización al juez, quien a su vez consulta el parecer del Ministerio Público antes de su decisión. La acción penal pertenece al mismo, así que la medida se nos figura bastante acertada y demandará una precisa y pronta respuesta del órgano citado para evitar el estancamiento del flujo económico y también para que no se generen sospechas en los agentes que practican el acto de blanqueo, debido a un excesivo retraso en la decisión.

El Informe Estándar 10/2005-R trata del sector de seguros, recogiendo los deberes de identificación (art. 3.º), retención de documentos (art. 4.º) el deber de investigar a las aseguradoras para evaluar situaciones en que haya inconsistencia con la actividad normal del cliente, las sumas involucradas o el método de pago (art. 7.º), el deber de abstención (art. 8.º) y el de informar de operaciones (art. 9.º); y en su Anexo 2 presenta una lista de operaciones sospechosas⁵¹², incluyendo de forma interesante el *modus operandi*.

1.3. Francia

El Derecho penal de Francia trata del delito de *blanchiment d'argent* en dos momentos en su legislación penal base. Comienza por el artículo 222-38 del Código Penal francés, que presenta un tipo de blanqueo de dinero específico del tráfico de sustancias estupefacientes, lo que revela un refuerzo de los motivos primarios de la criminalización de ese delito⁵¹³.

La Ley francesa establece en ese momento que se sancione con pena de diez años de prisión y multa de 750.000€ la facilitación, por cualquier medio, de falsa justificación del origen de los bienes o ingresos del agente dentro de los delitos de tráfico de estupefacientes descritos en los artículos 222-34 a 222-37⁵¹⁴,

⁵¹² Informe Estándar 10/2005-R, del Instituto portugués de Seguros: disponible en internet en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Portugal_ISP%20Regulatory%20Standard%2010%20of%202005.pdf Fecha de acceso: 31/07/2014.

⁵¹³ El Código Penal de Francia se encuentra en la web junto al sitio del poder legislativo de este país: http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719. Fecha de acceso: 31/07/2014.

⁵¹⁴ Las conductas típicas son: dirigir u organizar grupo que produzca, fabrique, importe, exporte, transporte, posea, oferte, venda o adquiera drogas ilícitas (art. 222-34); producir o fabricar estupefacientes (art. 222-35); importar o exportar narcóticos (art. 222-36); facilitar por cualquier medio el uso ilícito de drogas ilegales, la entrega de drogas por medio de órdenes ficticias o complacencia, o entregar drogas para presentación de tales órdenes o complacencia sabiendo de su carácter ilícito (art. 222-37).

o auxiliar en la operación de colocación, disimulación o conversión del producto de esos delitos.

Se admite también la elevación de la pena en hasta la mitad si se comprueba que el capital blanqueado aumentó el lucro proveniente del delito, precepto que se repite en el artículo 324-3 del CP de Francia.

El artículo 324-1 del Código Penal francés se define el blanqueo de capitales en el tipo penal⁵¹⁵, algo que no se hace en las leyes penales anteriormente comentadas, siendo esa una tarea relegada a los documentos internacionales. Su dicción legal presenta conductas equiparadas al blanqueo de capitales, adoptando expresamente el modelo trifásico del GAFI, al decir: “Constituye igualmente blanqueo el hecho de brindar asistencia a una operación de inversión, ocultamiento o conversión del producto directo o indirecto de un crimen o delito. El blanqueo se castiga con cinco años de prisión y multa de 375.000 euros”. La pena es exactamente la mitad del blanqueo proveniente del narcotráfico, prevista en el artículo 222-38 del mismo texto legal.

El sujeto activo del delito es cualquier persona, al tratarse de delito común, mientras el Estado es el sujeto pasivo del delito.

En Francia, el delito en cuestión solamente admite la forma dolosa, no permitiéndose la figura imprudente.

Prevé la Ley francesa que la pena de multa será duplicada en los límites del artículo 324-2 del *Code Penale*, cuando el delito sea cometido con habitualidad, valiéndose del ejercicio de actividad profesional, o si se lleva a efecto por criminalidad organizada.

La limitación de pena del blanqueo de capitales existe en el artículo 324-1 del Código Penal, pero en sentido inverso al portugués, puesto que si las penas de los delitos antecedentes sobrepasan las del *blanchiment d'argent*, el paradigma de la pena para ese último será la de aquel delito. En caso de ser delimitadas en parámetros inferiores a las del delito de blanqueo de activos, prevalecerá la suma de las penas.

⁵¹⁵ El artículo 324-1 del Código Penal de Francia dice: “El blanqueo es el hecho de facilitar por cualquier medio una falsa justificación del origen de los bienes o ingresos del autor de un crimen o delito que ha proporcionado a éste un beneficio directo o indirecto”.

Trata aún el Derecho penal francés de la consideración del blanqueo de capitales consumado en el local en que se dieron las operaciones; y de la tentativa, castigada con la misma pena del delito consumado (arts. 324-5 y 324-6).

Por fin, la Ley francesa prevé las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas físicas responsables de personas jurídicas, estableciendo para ellas penas específicas, por ejemplo, la prohibición durante cinco años del ejercicio de funciones públicas, la de llevar armas de fuego sujetas a autorización, la de emitir cheques, la suspensión del permiso de conducir, entre otras. Además, el artículo 324-7 trata asimismo de la confiscación de vehículos, de objetos del delito, de armas, de parte o todos los bienes del condenado, así como de la prohibición de salir del territorio francés por un período de cinco años.

El Derecho penal francés prevé niveles muy graves de punibilidad para las consecuencias jurídicas del delito, puesto que establece incluso la prohibición de emisión de cheques, lo que llega a ser una violación del principio de proporcionalidad y de presunción de inocencia, pues, al prohibir la emisión de cheques, se presupone que sería indicio de nueva actividad delictiva. Algunas de las consecuencias son totalmente irrazonables, especialmente al ser contrastadas con el bien jurídico afectado en el blanqueo de capitales, por ejemplo, la suspensión del permiso de conducir. Por otro lado, la Ley francesa prevé, de forma correcta, un tratamiento jurídico-penal más grave al *blanchiment d'argent* proveniente del tráfico de estupefacientes, considerando que ese delito, unido al tráfico de armas y de personas para fines sexuales y de comercio, son las actividades más rentables para la criminalidad.

La Ley penal francesa ha buscado el encuadramiento dentro del modelo trifásico del GAFI para fines de tipificación del blanqueo de capitales, aunque sin llegar a vincular el proceso completo a la consumación del delito, además de presentar correctamente el incremento de la pena cuando el reciclado se dé en la actividad de criminalidad organizada. Discutible es, sin embargo, al menos desde el prisma de la proporcionalidad de la pena, la equiparación entre criminalidad organizada y habitualidad, toda vez que se despreja el hecho de que la acción y el resultado son mucho más intensos en el primer caso, al menos cuando se contraponen al segundo.

Francia presenta sus normas antiblanqueo de capitales dentro del Código Monetario y Financiero, el cual disciplina la explotación del orden económico en diversos ramos como joyerías, inversores financieros, bancos. De entre los aspectos reglamentados en este cuerpo legislativo, sus artículos R561-1 a R561-54 tratan preventivamente el delito de blanqueo de activos, estableciendo los deberes de identificación, vigilancia, procedimientos de control interno, así como las sanciones administrativas y los deberes de declaración y comunicación de operaciones sospechosas, que deberán ser hechos al Procurador de la República (art. L561-1 CMFf) con el fin de prevenir infracciones administrativas y aminorar el riesgo de responsabilidad penal. Además, el Código Monetario y Financiero⁵¹⁶ prevé la creación del Comité para la lucha contra el blanqueo de los productos de crimen o delito (arts. L.562-10 a D.562-12 CMFf),

El Consejo de orientación de la lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo tiene por finalidad asegurar una mejoría y refuerzo en los servicios de coordinación de los servicios del Estado y las autoridades a quienes concierne la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; favorecer la orientación de las personas que exploten determinados sectores de la economía (art. L561-2.V CMFf); proponer mejoras al dispositivo nacional de lucha contra el blanqueo de activos y financiación del terrorismo; y la elaboración de un reglamento que presente en síntesis las principales amenazas del delito de blanqueo de activos y de financiación al terrorismo.

Además, existe también el TRACFIN (*Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins*)⁵¹⁷ creado por el Decreto n.º 2009-1087, que es un sistema de acción de inteligencia contra circuitos financieros clandestinos compuesto por departamentos de análisis, de información, de asuntos administrativos y financieros, siendo su finalidad

⁵¹⁶ El Code Monétaire et financier de Francia se encuentra disponible en internet en: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2E3914B7B9D63F8AC77C083334A1B1B7.tpdjo08v_1?idSectionTA=LEGISCTA000021020563&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20140728. Fecha de acceso: 28/07/2014.

⁵¹⁷ El Decreto 2009-1087, que crea el TRACFIN, se encuentra en internet en la dirección: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=2E3914B7B9D63F8AC77C083334A1B1B7.tpdjo08v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072026&idArticle=LEGIARTI000021019766&dateTexte=&categorieLien=cid. Fecha de acceso: 28/07/2014.

establecer directrices en la política antiblanqueo y contra la financiación del terrorismo.

1.4. Suiza

El Derecho penal suizo también criminaliza la actividad de blanqueo de capitales en el artículo 305 *bis* de su Código Penal, el cual, sin embargo, incide más en la disimulación de los provechos económicos provenientes del delito antecedente, puesto que la Ley describe que el delito se caracteriza por el acto de frustrar la identificación del origen, el rastreo o la confiscación de activos de los que se sabe o debería saberse que provienen de un delito. El bien jurídico es la administración de la justicia⁵¹⁸, siendo sujeto activo cualquier persona y a salvo el autoblanqueo⁵¹⁹; mientras que el sujeto pasivo será el Estado. El tipo subjetivo es el dolo, habiendo progresado la Ley suiza al prever expresamente la posibilidad del dolo eventual y restringiendo el tipo imprudente.

La Ley penal de Suiza establece la posibilidad de pena de prisión por hasta tres años o pena monetaria; no existe, por tanto, la obligación de imponer la pena privativa de libertad, como ocurre en los demás países europeos. Sin embargo, la pena se eleva a cinco años o pena de multa cuando el delincuente

⁵¹⁸ El Derecho penal de Suiza rechaza la idea de que el orden socioeconómico sea el bien jurídico afectado. Renart García defiende lo siguiente: “En este sentido, la reconocida competencia del sistema financiero suizo, la solvencia y estabilidad de su economía parecen contradecir el efecto distorsionador del blanqueo. No debe confundirse la consensuada reprochabilidad de la conducta blanqueadora, en base a criterios éticos, con la hipotética lesión al orden socioeconómico, pues se estaría, erróneamente, operando en dos planos totalmente distintos y no siempre coincidentes: el de la moral y el estrictamente económico. Se puede exigir del país helvético una mayor colaboración en el plano internacional en la lucha contra la criminalidad organizada, concienciar al legislador de la necesidad de criminalizar la conducta blanqueadora, pero presentar la lesión del orden socioeconómico y la distorsión del sistema financiero como efectos consecuentes no será pacíficamente aceptado por el legislador suizo. Al menos no en el equilibrado orden socioeconómico suizo que ni puede ni debe compararse con el establecido en determinados países subdesarrollados en los que la criminalidad organizada vinculada al narcotráfico opera como un verdadero poder económico paralelo” (RENART GARCÍA, Felipe. “El blanqueo de capitales en el Derecho suizo”. *Revista del poder judicial*, n.º 50 [1998], pp. 119-166 [Disponible en internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf, p. 8. Fecha de acceso: 31/07/2014]). Bernasconi defiende la administración de la justicia como bien jurídico y sostiene que “el blanqueo representa el instrumento más refinado de las organizaciones criminales para sustraerse de las investigaciones judiciales y policiales sobre sus crímenes y responsabilidades” (BERNASCONI, Paolo. *Le blanchissage d'argent en Droit Pénal suisse. Rapport explicatif avec proposition de révision législative (nouvel art. 305 bis CP) par mandat 22./31.7.1986 du Département fédéral de Justice et Police*. Lugano, 15 sep. 1986, p. 9.

⁵¹⁹ RENART GARCÍA, Felipe. “El blanqueo de capitales en el Derecho suizo”..., pp. 9-10.

forme parte de una organización criminal, actúe como miembro de una banda creada para la práctica sistemática de actividades de blanqueo de capitales, o si obtiene del reciclaje de capitales un volumen de negocios o un lucro o provecho sustancial (art. 305 *bis.2* CPs).

El delito se consuma con la práctica efectiva de cualquiera de los actos, independientemente de lograr el éxito deseado, puesto que estamos ante un delito de peligro abstracto y de contenido variado o mixto. La dificultad reside en identificar qué se entiende por actos que obstaculicen la identificación del origen, el rastreo o la confiscación de activos; lo cual, por su evidente imprecisión, puede ir en contra del principio de taxatividad⁵²⁰.

El tipo penal del artículo 305 *bis.2* del Código Penal helvético presenta un delito calificado, conforme al cual, si el agente actúa como miembro de una organización criminal⁵²¹, actúa en una banda destinada a permanentemente llevar a cabo el blanqueo de activos, o si alcanza un elevado lucro dedicándose profesionalmente a esa actividad delictiva, la pena privativa de libertad sería de hasta cinco años, pudiendo ser sustituida por pena de multa. En este caso, el legislador suizo ha equiparado realidades criminológicas, infravalorando las diferencias de la acción y los resultados, puesto que una criminalidad organizada es mucho más dañosa que una banda o que un profesional del sector. Se ha tenido en cuenta que esas hipótesis presentan mayor peligrosidad que las del blanqueador que carece de esos soportes, pero el legislador podría haber distribuido mejor las penas.

Al igual que en Portugal y Francia, el Código Penal suizo aborda en el artículo 305 *bis.3* el principio de la justicia universal y la competencia de la jurisdicción suiza para apreciar el hecho cuando el delito se realice en su territorio.

En definitiva, la legislación penal suiza sobre el tema es una de las más blandas de Europa, algo que se justifica por el correcto funcionamiento del tráfico

⁵²⁰ *Ídem*.

⁵²¹ Afirma Renart García: “Para que el art. 305 *bis 2* pueda ser aplicado, el autor del blanqueo debe actuar como miembro de una organización criminal. Por ello, quien se dedique a blanquear dinero de la organización no siendo miembro de la misma, no caerá en la esfera punitiva del subtipo agravado sino del tipo básico, o del art. 260 *ter*, si entendemos su conducta como sostenimiento a una organización criminal” (*Ibidem*, p. 13).

económico-financiero en el país alpino. En esa realidad hay que buscar la razón para justificar que el requerimiento de pena privativa de libertad o multa, y la posibilidad de su sustitución, queden al arbitrio del juzgador, así como que la cuantificación de la pena sea baja, en comparación con otros países vecinos, como Francia.

La Ley federal contra el reciclaje de dinero (LRD)⁵²² fue elaborada en 1997, habiendo pasado por alteraciones en 2013 que flexibilizan las reglas de secreto bancario⁵²³. Su finalidad es la lucha contra los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, así como establecer la diligencia necesaria en materia de operaciones financieras (art. 1).

Esta legislación es aplicable a los intermediarios financieros, conceptuados en el artículo 2.º de esta Ley como personas jurídicas, categoría que engloba bancos, instituciones que reciben ahorros, sociedades gestoras de fondos, casas de juegos, sociedades de inversión de capital, aseguradoras; además de las personas que profesionalmente acepten o mantengan activos de terceros o proporcionen ayudas a la inversión o a la transferencia en operaciones de crédito, en especial préstamos personales y *factoring*; prestaciones de servicio en áreas de pago como transferencias financieras, cartones de crédito; negociaciones que involucren títulos de crédito para sí o para terceros, metales preciosos y valores mobiliarios, entre otros.

La norma del artículo 3.1 de la LRD prevé el deber de diligencia, incluyendo el de identificar a la contraparte, con la exigencia de documentos probativos de su identidad, así como a la persona jurídica que confiere el poder de verificación y a las personas que establecieron la relación de negocios. La

⁵²² La Ley antiblanqueo de capitales y de lucha contra la financiación del terrorismo se encuentra disponible en internet en: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/9/955.0.en.pdf>. Fecha de acceso: 30/07/2014.

⁵²³ ROWE, Marvin. *The Swiss Anti-Money Laundering Regime*, p. 3. (Disponible en internet en: http://www.academia.edu/4550825/The_Swiss_Anti-Money_Laundering_Regime. Fecha de acceso: 31/07/2014.) El autor describe que el sistema antiblanqueo de Suiza está "compuesto por un complejo preventivo de leyes administrativas y elementos represivos del Derecho Penal. El elemento preventivo incluye la Comisión Federal de los Bancos Suizos (SFBC), la Oficina Federal de Aseguradoras Privadas de Suiza (FOPI), el Consejo Federal Suizo de Juegos (SFGB) y la Autoridad Nacional de Control al Blanqueo de Dinero (MLCA), cuatro órganos autorregulatorios reconocidos por la Oficina de Seguimiento de Blanqueo de Dinero (MLRO) y la Autoridad de Control, así como las bancarias y los intermediarios financieros no bancarios" (*Ídem*).

Ley traza además normas para el sector de seguros y establece que, si se verificase una conexión entre las operaciones, podrán confirmar su sospecha determinada por acto de la Autoridad Federal para el Mercado (Autoridad de Supervisión Financiera, FINMA), la Comisión Federal de Casinos y las organizaciones de autorregulación. El artículo 4.º LRD establece que el intermediario financiero exija de la contraparte una declaración escrita indicando el beneficiario en la hipótesis de falta de identidad o si existen dudas, si la contraparte es una sociedad o si la transacción es de significativo valor. Si se trata de cuentas o depósitos colectivos, se exige que se proporcione la lista de beneficiarios, debiendo ser inmediatamente comunicada cualquier alteración. Asimismo las alteraciones que, en el curso de la relación de negocios, generen dudas sobre la identidad del beneficiario o de la contraparte han de ser inmediatamente comunicadas (art. 5 LRD).

El deber de esclarecimiento emerge del artículo 6.º de la Ley, donde se exige identificar el objeto y la finalidad del negocio, cuya extensión depende del riesgo de las partes. Relaciones comerciales no comunes, salvo en los casos de legalidad aparente o cuando haya sospecha de que el patrimonio provenga de un delito, la disposición de una organización criminal o a la financiación del terrorismo.

Los intermediarios deben mantener, por el plazo de, al menos, diez años, el registro de las operaciones con vistas a posibilitarle al Estado la fiscalización, y que sus especialistas puedan formular juicios sobre las operaciones y la red de negocios. Esos registros serán mantenidos durante el plazo de conclusión de las investigaciones y conclusión del proceso penal.

El Capítulo II de la referida Ley presenta medidas específicas antiblanqueo, revelando en su artículo 9.º los actos en que hay el deber de comunicar operaciones sospechosas al FINMA (art. 16). La Ley enuncia una gama de operaciones, a saber, cuando hubiere duda sobre si el patrimonio objeto del negocio proviene de un delito de blanqueo de capitales u organización criminal; si proviene de un delito; si está sujeto a la disposición de una organización criminal; si sirve a la financiación del terrorismo; si se ha roto el negocio, con sospecha de integrar el del capital en blanqueo u organización criminal. La comunicación debe preservar el nombre del funcionario y guardar la

confidencialidad, para que pueda posibilitar la prisión de los involucrados. La Ley suiza pone a salvo de esa obligación a los abogados y a los notarios, respetando los respectivos secretos profesionales (art. 9.2), bajo pena incluso de incidir en el delito de quiebra de secreto profesional del artículo 321 del CPs.

La Ley impone al intermediario financiero el deber de bloquear los activos que levanten las sospechas objeto de la comunicación. La comunicación de la operación sospechosa ha de ser hecha y la autoridad competente deberá tomar las providencias apropiadas, puesto que el bloqueo durará un máximo de cinco días a contar desde la comunicación (art. 10). Las operaciones de congelación serán mantenidas en secreto, no pudiendo el intermediario financiero informar sobre ese bloqueo a terceros interesados. Como en las Recomendaciones del GAFI, hay previsión en el sentido de que la comunicación de buena fe no genera responsabilidad civil o penal (art. 11 LRD), lo que se aplica para repeler el delito del artículo 305 *ter* del CPs.

El deber de vigilancia referente al cumplimiento de las obligaciones compete al FINMA, cuyas atribuciones se recogen en el artículo 18 de la LRD, a la Comisión Federal de Juegos y a los respectivos organismos de autorregulación –como por ejemplo, consejos específicos (art. 12). La falta de regulación de la actividad genera la necesidad de pedir junto al primero la autorización para el ejercicio de la actividad.

El texto prescribe que la creación de una oficina de comunicación de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales corresponde a la Policía Federal de Suiza (art. 23). El FINMA tiene el deber de intercambiar informaciones con ella y con la Comisión Federal de Juegos (art. 29), además de autoridades extranjeras (art. 30), preocupándose también del tratamiento de datos personales (arts. 33 a 35).

Significativamente, la Ley concluye presentando una infracción administrativa que puede ser punida a título de dolo o culpa referente a la violación del deber de comunicación (art. 37), cuya sanción es la multa.

1.5. Alemania

Alemania prevé en su Código Penal la figura del blanqueo de capitales en el artículo 261, que presenta como tipo penal base la conducta de ocultar objetos, derivado de conductas ilícitas practicadas por terceros; esconder, frustrar o poner en peligro el descubrimiento del origen, la ubicación, la pérdida, la confiscación o la colocación en seguridad de tal objeto.

El bien jurídico tutelado es de carácter pluriofensivo. Según Lampe, “el blanqueo se trata de la *reintegración clandestina en el ciclo financiero o económico legal de ganancias delictivas objeto de confiscación por el Estado*”⁵²⁴, y con base en dicha concepción, el autor sostiene correctamente la pluriofensividad por la lesión a la economía y a la administración de la justicia. La legislación dice que los beneficios deben proceder de un catálogo de infracciones penales que abarca todos los crímenes y algunos delitos⁵²⁵ y algunas contravenciones penales expresamente previstas en el artículo 261(2) a (5) del Código Penal.

Lo interesante en la Ley penal base alemana es que en su artículo 261(5) prevé expresamente la posibilidad de que el delito de evasión de impuestos⁵²⁶ sea delito antecedente al blanqueo de capitales, lo que es saludable y ayuda a poner término a divergencias doctrinales y jurisprudenciales que ya han sido afrontadas desde el prisma de las leyes brasileñas y lo serán bajo la égida de la ley española.

Como en los demás ordenamientos jurídicos europeos, hay previsión de un tipo penal cualificado cuando el agente se vale de base comercial para los

⁵²⁴ LAMPE, Ernst-Joachim. “El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261, StGB)” (Trad.: Miguel Abel Souto y Manuel Pérez Pena). *EPC*, n.º 20 (1997), p. 121.

⁵²⁵ Decomain destaca que “el CPA hace distinción entre crímenes y delitos, en su § 12. Como crímenes son considerados los ilícitos penales punidos con pena mínima de un año de prisión. Ya los ilícitos penales punidos con pena mínima inferior, o con pena pecuniaria, son considerados delitos. No se consideran causas especiales de aumento o disminución de pena en la clasificación. La distinción tiene interés para la caracterización de ciertos ilícitos penales previstos en la Parte Especial, como ocurre, por ejemplo, con el crimen de blanqueo de dinero, previsto en el § 261 del Código. Esa distinción no existe en el derecho brasileño” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código Penal Alemão: Tradução, Comparação e Notas*. Nuria Fabris Editora: Porto Alegre, 2014, p. 49).

⁵²⁶ VILLANI BONACCORSI, Daniela. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: Análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal...*, p.113.

actos de reciclado o es miembro de banda formada para esa finalidad con carácter permanente, puesto que la pena es de seis meses a diez años.

El Derecho penal alemán prevé el tipo imprudente del blanqueo de activos, tal como ocurre en España, en su artículo 261(5), cuando el agente incumple la normativa del Ministerio de la Justicia germano, atendándose a que se trate del delito especial practicable tan solo y únicamente por el agente responsable de cuidar de la normativa⁵²⁷. La fundamentación de su existencia no puede darse por meras dificultades probatorias, puesto que el Derecho penal no se presta a suplantar males probatorios del Derecho procesal penal, además de evidenciar vulneración concreta al principio de la culpabilidad⁵²⁸.

La Ley alemana establece que no será punible con la incidencia del tipo penal del artículo 261(2) del Código Penal cuando surja una persona que haya adquirido el bien previamente, sin saber que su adquisición ha sido delictiva en los términos del artículo 261(6) –v. g., negocios cotidianos pagando en pequeñas sumas de dinero⁵²⁹.

El delito admite tentativa [art. 261(3) StGB], es posible la confiscación de objetos del delito que tengan conexión con el blanqueo de activos [art. 261(8)] y, por fin, se admite premio al denunciante [art. 261(9)].

La penalidad en los tipos penales señalados es de tres meses a cinco años de reclusión, previéndose además la pena de multa solo para la figura imprudente descrita en el artículo 261(5), como alternativa a la prisión, nunca de forma acumulativa.

La sistemática antiblanqueo (*Geldwäschegesetz*⁵³⁰) de Alemania es de 2008 y presenta en su artículo 2.º que están afectados por los deberes de la referida Ley las instituciones de crédito, servicios de pagos, compañías de seguros, además de profesionales liberales como abogados, contables, auditores, corredores de bienes raíces.

⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 134 y 140 y ss.

⁵²⁸ *Ibidem*, pp. 133-134.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 131.

⁵³⁰ La legislación de Alemania contra el blanqueo de capitales puede ser consultada en internet en la siguiente dirección: <http://www.gafisud.info/documentos/por/base/Alemania/002-GwG%20-%20Money%20Laundering%20Act%20%28Ley%20de%20Lavado%29.pdf>. Fecha de acceso: 30/07/2014.

La Ley alemana, en el mismo tenor que los documentos internacionales, presenta deberes generales (art. 3.º), simplificados (art. 5.º) y avanzados de diligencia (art. 6.º), tal como se describen en las Recomendaciones del GAFI. Si se trata de personas políticamente expuestas, para los negocios deberán contar con la aprobación de un superior jerárquico, y también sienta las medidas adecuadas de identificación de la fuente del capital, para un avanzado y continuado seguimiento de las operaciones [art. 6.2, (1) a), b) y c)]. Dispone las medidas para personas no presentes presencialmente en el negocio; las circunstancias fácticas sospechosas, de acuerdo con agencias nacionales e internacionales; y los deberes inherentes a la identificación de clientes (art. 4.º).

Esos deberes se encuentran complementados por el deber de informar de transacciones sospechosas, legalmente previsto en el artículo 11. La autoridad responsable de la verificación de tales informaciones es la Unidad de Inteligencia Financiera, en coordinación con la Policía Federal de Alemania (art. 10); también se encarga de recoger datos sobre operaciones sospechosas, comunicar al Ministerio Público el retraso, elaborar las estadísticas, publicar informes sobre las operaciones sospechosas y elaborar informes sobre los tipos y mecanismos para el blanqueo de capitales. El artículo 10 (2) de la Ley antiblanqueo establece que el órgano posee competencias preventivas y represivas sobre los delitos indicados.

El deber de mantenimiento de registros se prevé en el artículo 8.º, como también la creación de mecanismos de control y de *compliance* internos, que deberán ser interconectados con autoridades responsables de la acción penal, la Unidad de Inteligencia Financiera y la Policía Federal alemana [art. 8.º, (2).1].

El Derecho penal económico de otros países del continente europeo también se preocupa del blanqueo de capitales y ha buscado la criminalización de conductas de blanqueo en un esfuerzo común de combate a la criminalidad organizada, al narcotráfico, al tráfico de personas y de armas.

1.6. Rusia

El Derecho penal de Rusia igualmente prevé la tipificación penal de la conducta del blanqueo de capitales, siendo fiel a la tendencia ampliativa de

documentos internacionales como el IMoLIN en lo que respecta a la infracción penal antecedente, por no delimitar el tipo penal la ocurrencia de una gama previa de delitos.

El Código Penal ruso⁵³¹ establece la ilicitud del comportamiento en su artículo 174, § 1.º, adoptando un *nomen iuris* distinto de los demás países, puesto que trata al delito como “legalización de fondos y de otras propiedades adquiridas ilegalmente por las personas”. El tipo penal contempla las conductas de realizar transacciones financieras y otros acuerdos con moneda u otra propiedad que se saben adquiridas por otras personas ilegalmente, con el propósito de dar apariencia de legalidad al acto de poseer, usar y disponer de las monedas o de otra propiedad.

La Ley rusa apunta que el origen de esos bienes o monedas ha de ser ilegal y pone a salvo cuando esas operaciones ocurran como resultado de los delitos descritos en los artículos 193, 194, 198, 199, 199.1 y 199.2 de la Ley rusa. En esos casos, no se podrá hablar de delito antecedente a los fines de caracterización del delito de blanqueo de capitales.

Haciendo uso de su soberanía, este país no ha adoptado la tipicidad imprudente de la conducta, lo que se pone a salvo con los documentos internacionales que lo facultan para su creación e inserción. El tipo penal, salvo engaño, no contempla la previsión de pena privativa de libertad para la comisión del delito.

La legislación penal exige el dolo como tipo subjetivo, habiendo elemento subjetivo del injusto al exigir el fin de proporcionar apariencia de legalidad a los actos de posesión, uso y disposición de los bienes, siendo la pena aplicable de ciento veinte mil (120.000) rublos, o conforme al valor del sueldo, ingresos o cualquier otro rendimiento de la persona condenada por el período de hasta un año. De acuerdo con el sistema penal ruso, la proporcionalidad de la pena de multa queda muy abierta al criterio del juzgador, que fija asimismo los mecanismos del tiempo de la multa, algo que evidentemente puede desembocar

⁵³¹ El documento que contiene el Código Penal de Rusia puede ser localizado en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

en una excesiva discrecionalidad en la elección de la sanción más drástica y gravosa para el requerido.

El artículo 174, § 2.º, del Código Penal de Rusia traza otro delito de blanqueo de activos, pero esta vez previendo una pena de multa más alta, cuando se trata de un delito de reciclaje de capitales cometido a gran escala. Una norma penal interpretativa del elemento aclara que lo sería si las transacciones financieras o los acuerdos en cuestión involucran propiedades cuya suma excede de un millón (1.000.000) de rublos. La pena de multa será en la cuantía de cien mil (100.000) a trescientos mil (300.000) rublos o de acuerdo con el sueldo o ingresos, o cualquier otro rendimiento de la persona condenada por el plazo de uno o dos años. Como alternativa para el juzgador, la Ley contempla aquí la conminación de pena privativa de libertad de hasta cuatro años, con o sin la multa de, al menos, cien mil (100.000) rublos o conforme a los ingresos o sueldo u otro rendimiento de la persona condenada por el plazo de hasta seis meses.

Cuando haya sido llevado a efecto por un grupo de personas ajustadas previamente a esa práctica o por un agente que recurra a su oficio para la comisión del tipo penal, el delito de blanqueo de capitales cometido a gran escala será punido con pena de prisión de cuatro a ocho años, pudiendo ser cumulativa la pena de multa, cuyo valor será de hasta un millón (1.000.000) de rublos o conforme a los ingresos o sueldo o cualquier otro rendimiento del agente condenado por el período de hasta cinco años.

La dosimetría de la pena de multa nos parece que viola el principio de la culpabilidad, ya que no se arbitra conforme al delito cuando se recurre a la pena de multa incidente sobre los sueldos, ingresos o rendimientos, pues parte de estos puede no tener origen ilícito.

En la hipótesis de comisión del delito de reciclaje de capitales por medio de organización criminal, la pena privativa de libertad será de siete a diez años, con multa cumulativa o no de hasta un millón (1.000.000) de rublos o conforme a los ingresos o sueldo o rendimientos de los agentes por hasta cinco años.

El artículo 174.1 del Código Penal contempla otro delito de reciclaje de activos en el que expresamente se admite el autoblanqueo, haciendo la misma

observación en cuanto a los delitos antecedentes descritos en el tipo penal arriba comentados. Describe la conducta de hacer transacciones financieras a gran escala y otros acuerdos con fondos monetarios u otros bienes adquiridos por el agente como resultado de un delito por él cometido o emplear esos fondos o bienes para utilización en empresa u otra actividad económica. La pena aplicable es la de multa igual al tipo penal del artículo 174, § 1.º, ya señalada *supra*.

El delito del artículo 174.1, § 2.º, del CPPr contempla su comisión a gran escala, lo que genera una cierta redundancia. Puesto que el *caput* ya ofrece pena para la conducta realizada a gran escala, la repetición en el tipo penal en análisis se vuelve un tanto injustificable, por representar un agravamiento de pena basada estrictamente en el desvalor del resultado, especialmente cuando contempla una pena más grave, que va de cien mil (100.000) a quinientos mil (500.000) rublos, cuyo lapso temporal es de uno a tres años de ingresos, sueldos y rendimientos y, al fin, la pena privativa de libertad es más alta, pudiendo llegar a cinco años.

La aplicación de esa fracción más gravosa solamente sería posible en las demás conductas tipificadas en el artículo 174, § 2.º, del CPPr que no posean correlación con el elemento “gran escala”, previendo la legislación rusa una de las penas más elevadas para el delito de blanqueo de capitales cuando se practica a gran escala por organización criminal, mediante conspiración o cuando el agente se vale de su oficio. La pena en este caso puede ir de diez a quince años de prisión, con la imposición facultativa de multa de hasta un millón (1.000.000) de rublos o por el montante del sueldo, ingresos o rendimientos de la persona por un periodo de hasta cinco años. De la misma forma, el tipo penal repite las formulaciones de su antecedente, aumentando la pena en lo que respecta tanto a la privación de libertad como a la multa sancionadora incidente.

Por lo que respecta a la edificación del sistema antiblanqueo, Rusia presenta la Ley Federal 173-FZ/2003 –reglamentación del sistema de cambio⁵³²–, que busca dar efectividad a la prevención del sistema financiero como mecanismo para el reciclaje de capitales. En ella se adoptan las

⁵³² La antedicha Ley puede ser consultada en: https://www.imolin.org/doc/amlid/Russia/Federal_Law_On_Currency_Regulation_and_Currency_Control.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014

Recomendaciones del GAFI y las Directivas europeas, destacando de modo interesante la existencia de la Ley Federal 135-FZ/1995, que reglamenta la fundación y funcionamiento de organizaciones de caridad⁵³³ con medidas de *gatekeeping* y de prestación de cuentas anual al gobierno ruso (art. 19), el cual las analiza por intermediación de la Agencia de lucha contra la legalización de ganancias obtenidas por delitos y contra la financiación del terrorismo⁵³⁴ (Decreto presidencial 1263/2001).

1.7. Finlandia

Finlandia, en un esfuerzo común a todos los países europeos, trató de prever en su Derecho penal tipos penales destinados a la represión del delito de blanqueo de capitales⁵³⁵ dentro del Capítulo 32, artículos 6 a 14, del Código Penal.

El texto legal sigue la influencia internacional ampliativa en la regulación jurídico-penal del blanqueo de activos prevista en documentos como la legislación modelo del IMoLIN, puesto que no delimita el catálogo de delitos antecedentes al presentar el elemento “por medio de un delito” (art. 6.1.1) y se admite expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 14). Así, siguiendo las recomendaciones de diversos documentos internacionales, como el Convenio de Estrasburgo, se reprenden las conductas de recibir, usar, convertir, transportar, transmitir, transferir el producto de delito o propiedad, sustituyéndolos con el especial fin de ocultar o disimular su origen ilegal o para auxiliar al agente a desvincularse de las consecuencias legales del delito.

De modo alternativo, pero manteniendo el elemento subjetivo del injusto, la Ley finlandesa contempla como parte integrante del dolo, en la segunda parte del delito, las conductas de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen,

⁵³³ La Ley en su entero tenor puede ser consultada en el sitio del IMoLiN: http://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federal_Law_on_Charity_and_Charitable_Organizations.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

⁵³⁴ El entero tenor de este Decreto presidencial ruso está disponible en internet en: http://www.imolin.org/doc/amlid/RussianFederation_Decree_of_the_President_of_the_Russian_Federation_No_1263_.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

⁵³⁵ El Código Penal finlandés puede ser encontrado en internet en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Finland/Finland_Criminal_Code_2008.pdf. Fecha de acceso: 31/07/2014.

ubicación, disposición o derechos sobre propiedad adquirida por medio de un delito, los productos de un delito o la propiedad que la sustituya, o la ayuda a otro agente en el proceso de ocultación o disimulación. La pena es una de las más bajas del continente europeo, puesto que la pena será de prisión de hasta dos años. Se prevé la punición de la tentativa, tal como ocurre en Brasil, aunque de modo un tanto innecesario, dado que su admisibilidad no depende de una previsión legislativa expresa, sino de la compatibilidad fáctica con el instituto de la tentativa.

La legislación penal de Finlandia contempla en sus artículos 7.1 y 7.2 un tipo calificado del delito de blanqueo de capitales en las situaciones en que la propiedad adquirida con el producto del delito haya sufrido una gran revalorización y si el delito se comete con intenciones particularmente específicas, sancionándolo con pena desde cuatro meses a un máximo de seis años.

El artículo 8 del Código Penal finlandés trata del delito de conspiración para la comisión de blanqueo de capitales calificado, a través de un acuerdo entre dos o más personas que realizan las conductas de soborno o aceptación de soborno, evasión de impuestos agravada o fraude agravado en la obtención de subsidio, o sustitución de propiedad adquirida con esos procedimientos; y que podrán ser sentenciadas a prisión por un máximo de un año.

A pesar de que las recomendaciones europeas e internacionales contemplen la tipificación facultativa de la conducta imprudente de blanqueo de capitales, el legislador finlandés previó en el artículo 9 de su Código Penal la punición a título de culpa de las conductas descritas en el artículo 6. No hay, sin embargo, una construcción propia de las conductas que pueden ser imprudentemente cometidas en función de que la Ley establezca la necesidad del elemento subjetivo del injusto. En lo que respecta a ese tipo imprudente, debe destacarse la violación del principio de la proporcionalidad, porque la pena es idéntica a la del delito imprudente, o sea, se equipara el desvalor de la conducta en esta situación. Para corregir dicha situación, se ha previsto como alternativa que el juzgador pueda aplicar exclusivamente pena de multa para el delito.

La Ley penal de Finlandia establece en su artículo 10 que, si el blanqueo de capitales doloso o imprudente resulta insignificante en un análisis global del hecho, el agente será sentenciado a una pena de multa.

Al margen de la previsión penal, Finlandia buscó establecer mecanismos antiblanqueo de activos, para lo que previó estrategias de prevención del empleo del sistema financiero para fines de promoción del delito. Al comparar las normativas vigentes, encontramos que los procedimientos adoptados por las instituciones de crédito se ajustan a los moldes del GAFI y de *soft law* descritos en el capítulo anterior, lo que revela la preocupación por la concesión de créditos y financiaciones cuyo objetivo pueda ser el de promover el blanqueo de capitales (Ley para instituciones de crédito de 2005)⁵³⁶.

Tenemos aún la Ley para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de 2008⁵³⁷, la cual se asienta en gran parte en las Recomendaciones del GAFI; establece deberes de comunicación de operaciones sospechosas, y la identificación y verificación de clientes, entre ellos los políticos; el seguimiento de operaciones que pueden ser más extensas o más simplificadas; además de incluir medidas que involucran las tarjetas de crédito, la identificación de beneficiarios de transacciones, el mantenimiento de las bases de datos, la hipótesis de levantamiento del secreto de las operaciones financieras y el deber de suspender y recusar transacciones financieras sospechosas. Y, finalmente, y de modo semejante, Finlandia dispone de una normativa destinada al control del funcionamiento de fundaciones⁵³⁸ (Ley de las Fundaciones de 2001), con el objetivo de evitar su empleo para fines de reciclaje de capitales.

⁵³⁶ Dicha Ley finlandesa se encuentra disponible en internet en el sitio del IMoLI: http://www.imolin.org/doc/amlid/Finland/Finland_Act_on_Credit_Institutions_2005.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

⁵³⁷ El documento legal tiene su acceso permitido en internet en el siguiente sitio: http://www.imolin.org/doc/amlid/Finland/Finland_Act_on_Preventing_and_Clearing_Money_Laundering_and_Terrorist_Financing_2008.pdf. Fecha de acceso: 31/07/2014.

⁵³⁸ El tenor integral de la Ley se encuentra en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Finland/Finland_Foundations_Act_2001.pdf. Fecha de acceso: 31/07/2014.

1.8. Dinamarca

El Derecho Penal de Dinamarca tipificó el delito de blanqueo de capitales dentro del Código Penal de su país, específicamente en el artículo 290, entre los delitos contra el patrimonio.

El tipo penal del artículo 290 (I) del CPd⁵³⁹ presenta la conducta del agente que de forma ilegal acepta o adquiere para sí o para otro participación en las ganancias obtenidas por una violación punible de la ley, y cualquier persona que ilegalmente oculte, conserve, transporte, ayude en la eliminación o por otros medios que posteriormente sirvan para garantizar, en beneficio de otra persona, los beneficios de una violación punible de la ley, será culpable de recepción de bienes robados. La disposición penal revela un tipo penal alternativo que contempla conductas de auxilio en la liberación de responsabilidad penal, así como aquellas que tengan por finalidad la disimulación de la fuente de riqueza delictiva.

Lo interesante es que la Ley penal danesa aparentemente adopta la teoría de la accesoriedad máxima con relación al blanqueo de capitales, puesto que dispone como elemento la “infracción punible”, una concepción minoritaria frente a la postura de la mayoría de los países, que defienden la accesoriedad mínima. La peculiaridad de este tipo penal es que él conjuga en una sola figura los delitos de receptación y de blanqueo de capitales, al prever en el tipo penal la “receptación de cosas hurtadas”, lo que reduce la ofensividad del bien jurídico y genera una cierta confusión, por nivelar con la misma respuesta jurídica delitos distintos y con diferente desvalor de la acción y del resultado.

La pena privativa de libertad es de un máximo de un año y seis meses, similar a la de Finlandia, y es una de las más bajas del mundo, admitiendo incluso la sustitución por multa aisladamente. No obstante, la Ley presenta una figura calificada en el artículo 290 (2) del CPd que autoriza una pena de hasta seis años de prisión, en función del carácter comercial de la ofensa o como resultado del total de la ganancia obtenida o que intentó obtener, o si fue cometido un gran número de infracciones.

⁵³⁹ El tipo penal de la Ley danesa está disponible en internet en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Denmark_Criminal_Code.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

Al fin de la previsión penal, el artículo 290 (3), del CPd describe una causa de inexigibilidad de conducta, autorizando al juez a no sancionar al agente que acepta las ganancias para la subsistencia ordinaria de los miembros de la familia o convivientes, o a quien acepta las ganancias con carácter de pago normal para los bienes de consumo ordinarios, artículos de uso diario, o servicios.

En lo que respecta al sistema antiblanqueo de activos, la regulación más importante es la desarrollada en la Ley 442/2007, que ofrece medidas preventivas antiblanqueo y contra la financiación al terrorismo⁵⁴⁰ y cuya descripción del delito de blanqueo de capitales (art. 4) ha sido reproducida en el Código Penal danés. Su alcance es además bastante amplio, pues no se limita a bancos, financieras, compañías de seguro, empresas de tarjeta de crédito, casas de cambio; sino que también alcanza a profesionales liberales como abogados que trabajen en el planeamiento y ejecución de ciertas transacciones económicas; corredores de bienes raíces; contables [art. 1(1)]. La fuente de esas posturas adoptadas por el país escandinavo la encontramos en las Recomendaciones del GAFI, en concreto en la Recomendación 22. También las sigue en la previsión de los deberes de investigación y comunicación de operaciones sospechosas (arts. 6 a 10) al *Danish FSA* (Autoridad danesa de supervisión financiera); en el deber de diligencia con los clientes (art. 11), que puede ser intensificada (art. 19) o no (art. 20.1), de acuerdo con los estándares de riesgo y si la persona es un agente político o no; en el deber de mantenimiento de registros (art. 23.1); en el deber de confidencialidad y su quiebra (art. 26); además de establecer sanciones de Derecho administrativo sancionador (art. 37.1).

La legislación danesa posee también otras leyes que sirven para fines de fiscalización del blanqueo, como, por ejemplo, el *Custom Act*.

⁵⁴⁰ La Ley está disponible en internet en la siguiente dirección: http://www.imolin.org/doc/amlid/Denmark_Act_on_Measures_to_Prevent_Money_Laundering_and_Financing_of_Terrorism_up_dated_to_2007.pdf. Fecha de acceso: 30/07/2014.

1.9. Holanda

El Derecho penal de Holanda sigue al de la Unión Europea e igualmente prevé tipos penales de combate al blanqueo de capitales.

El Código Penal holandés⁵⁴¹ trata jurídico-penalmente el tema entre el artículo 420 *bis.1* hasta el artículo 420 *quinquies*. La norma comienza presentando como delito las conductas de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen, ubicación, alienación, recolocación de un bien; ocultar o disimular el derecho de una persona a un bien o tener el bien en su poder, sabiendo que el bien proviene –indirecta o directamente– de un delito [art. 420 *bis.1.a*) CPh]. Por su lado, el tipo penal del artículo 420 *bis.1.b*) revela la ilicitud de las conductas de adquirir, tener la posesión, transferir o convertir bienes o utilizar el bien sabiendo que el mismo tiene origen –indirecto o directa– en un delito. Así pues, el dolo directo aparece como admisible en la legislación de este país, al prever el legislador el conocimiento directo o indirecto del origen delictivo del bien.

La Ley penal holandesa adopta un trazo más moderno en la tipificación del delito, puesto que no lo limita al delito antecedente de tráfico de drogas, sino que lo amplía a todo delito apto para promover el delito de reciclaje de capitales. Se trata, además, de una norma penal explicativa, puesto que la propia Ley aclara lo que sería considerado bienes a los fines de blanqueo de capitales, en concreto las propiedades, pero también los derechos sobre ellas (art. 420 *bis.2* CPh). El tipo penal es delito de peligro abstracto, pues no depende del éxito en las operaciones de reciclaje de capitales. La pena de prisión será de hasta cuatro años, pudiendo ser sustituida por multa.

El artículo 420 *ter* del CPh apunta un tipo penal calificado para el agente que cometa el delito de blanqueo de activos de modo habitual, con una pena que alcanza hasta seis años o una multa.

La Ley contempla la previsión del tipo penal referente a la deuda proveniente de blanqueo, que será penado con hasta un año o multa. En ese

⁵⁴¹ El Código Penal de Holanda puede ser consultado en el sitio: http://www.ecba.org/content/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=105. Fecha de acceso: 31/07/2014.

tipo penal del artículo 420 *quater*.1 del CPh, la Ley veda las conductas de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen, ubicación, alienación o la reubicación de un bien; u ocultar o disimular el derecho de una parte al bien o quien tenga el bien en su posesión y debería tener que razonablemente sospechar que el bien proceda - indirecta o directamente de un delito.

La misma pena incide para el agente que adquiera, posea, transfiera o convierta bienes o haga uso de ellos, cuando debería razonablemente sospechar que el bien tiene su origen –directa o indirectamente– en un delito. El delito revela la previsión de la figura imprudente, cuya creación no era una recomendación facultativa para los países signatarios de tratados internacionales y de documentos europeos de antiblanqueo de capitales.

La última previsión legal del artículo 420 *quinquies* del CPh trata sobre los efectos de la condena, disponiendo que el agente sufrirá algunas restricciones y que, entre ellas, se le prohibirá el ejercicio de la profesión de que se valió para cometer el delito de blanqueo de capitales.

La normativa antiblanqueo de capitales de Holanda está estructurada por sectores, para la debida reglamentación de la materia, existiendo leyes específicas para la abogacía, el juego, las instituciones bancarias (1998), así como igualmente presenta una Ley que establece reglas para el mercado financiero y su supervisión (Ley 28/2006)⁵⁴². Esta Ley 28/2006 innova estableciendo un catálogo de operaciones de alto riesgo que deben ser objeto de seguimiento. Conforme a las definiciones preliminares de la referida normativa, que posee una finalidad eminentemente preventiva (sección 1.24.1), la supervisión de los deberes de comunicación, diligencia, información y mantenimiento de registros pertenece a la Autoridad holandesa para mercados financieros (sección 1.25.2), siguiendo la normativa del GAFI sobre el tema.

Así mismo, en Holanda irrumpe relevantemente la Ley sobre oficinas de transacciones monetarias (*Money Transactions Offices Act*), que en su artículo 8.º recoge las disposiciones sobre monitoreo y deber de información,

⁵⁴² La normativa antiblanqueo holandesa puede ser encontrada en internet en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Netherlands_Money_Laundering_and_Terrorist_Financing_Prevention_Act_2008.pdf. Fecha de acceso: 31/07/2014.

complementado en el artículo 14 por la interconexión de bancos de datos, además del intercambio de informaciones. Finaliza el referido documento con la delimitación de infracciones administrativas en sus artículos 20 y siguientes.

1.10. Bélgica

El Derecho penal de Bélgica también contempla en su Código Penal⁵⁴³ la tipificación de conductas de blanqueo de capitales. El tipo penal de su artículo 505.4 trata del delito en estudio, cuyo tratamiento jurídico se aborda dentro de la receptación, que es la figura delictiva del artículo 505, *caput*, lo que denota una visión patrimonialista que vincula el delito a la lesión.

La construcción del tipo penal, como el de otros tipos vigentes en Europa y en el continente americano, parte de la base establecida en las Recomendaciones del GAFI y revela mucha semejanza con la Ley brasileña en puntos como las conductas de ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de los bienes que resulten de una infracción, conforme a los términos del artículo 42.3 de la Ley belga. El texto de este artículo remite a una disposición de la Parte general del Código Penal belga, donde se señala que se procederá a la confiscación especial de las ventajas patrimoniales obtenidas directamente de la infracción, además de la de los valores sustituidos por renta a partir de estos activos invertidos. Con esta remisión del delito de *blanchiment*, se infiere que se trata de un tipo penal no limitado al tráfico de drogas o a un catálogo previamente caracterizado de delitos, puesto que deja abierto el encuadramiento del delito antecedente.

El delito deja clara la posibilidad del dolo directo o eventual, puesto que la Ley contempla que los agentes, al inicio de la realización de las conductas descritas, conocían o debían conocer el origen de los referidos bienes.

La pena para el delito va de quince días hasta cinco años de prisión, que podrá facultativamente ser acumulada a la pena de multa, cuyo valor mínimo es de veintiséis (26) euros y puede llegar hasta cien mil (100.000) euros, aunque

⁵⁴³ La Ley penal belga está accesible en la dirección: http://www.imolin.org/doc/amlid/Belgium/penal_code_.pdf. Fecha de acceso: 01/08/2014.

nada impide que se aplique solamente una de ellas, por expresa autorización de la Ley.

Además de la previsión penal, Bélgica contempla en la Ley 11/1993⁵⁴⁴ la adopción de medidas que objetivan la identificación, el rastreo y la prestación de informaciones a las autoridades públicas, por influjo de la Directiva 91/308 CEE, lo que demuestra que el país tuvo la preocupación de adoptar un nivel de prevención del sistema financiero que evitase su utilización para blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Esta normativa, posteriormente complementada y ampliada por el Real Decreto 22/2006, ha recibido igualmente el influjo de las Recomendaciones del GAFI, que apelan a un más estrecho acercamiento entre las instituciones financieras el sistema bancario para una protección antiblanqueo. Del mismo modo, Bélgica prevé la adopción de medidas que objetivan la contención del transporte transfronterizo de capital en efectivo (Real Decreto 5/2006)⁵⁴⁵.

A pesar de esa norma general para la tutela del sistema financiero, que vincula diversos sectores, Bélgica presenta un conjunto de leyes que adoptan medidas contra el reciclaje de capitales conforme a determinados sectores de la economía, como el Real Decreto 6/1993, que trata del sector inmobiliario, y la Ley 9/1995, que contempla medidas específicas para compañías de seguro, entre otras.

2. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE LOS PAÍSES AMERICANOS

Antes de atender al delito de blanqueo de capitales en Brasil, consideramos oportuno trazar un panorama general de la actual situación del tratamiento jurídico-penal de la materia en otros países sudamericanos. Al efecto, vamos a analizar sucintamente las legislaciones de Uruguay, Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú; y abordaremos algunas nociones generales de la legislación penal mexicana y estadounidense. Todos

⁵⁴⁴ El texto de la Ley está disponible en: http://www.imolin.org/doc/amlid/Belgium_royal_decree_11_june_1993.pdf. Fecha de acceso: 01/08/2014.

⁵⁴⁵ Se puede acceder a las leyes antiblanqueo belgas en el sitio: <http://www.imolin.org/imolin/amlid/search.aspx?match=Belgium>. Fecha de acceso: 01/08/2014.

ellos poseen normas sobre deberes impuestos a instituciones financieras de informar sobre operaciones sospechosas, además de prever la posibilidad de que el delito antecedente sea cometido fuera de los respectivos territorios nacionales.

2.1. Uruguay

El Derecho penal uruguayo trata del delito de blanqueo de capitales en la Ley 17.016, de 22 de octubre de 1998, con la cual se incluye en la legislación antidrogas de este país (Decreto-Ley 14.294, de 31 de octubre de 1974) la tipificación de comportamientos que reprimen dicho delito cuando resultan del narcotráfico.

La Ley prevé la criminalización de la conducta, formando parte así de la primera generación de legislaciones antiblanqueo de capitales, las cuales perseguían combatir el tráfico de sustancias estupefacientes por hallarse vinculados los delitos antecedentes a las figuras típicas existentes en la ley antidrogas. En este caso, además, la ley uruguaya aventaja a otras legislaciones en su previsión de la posibilidad de que delitos conexos también sean aptos de ser considerados como delitos previos.

Pese a dicha previsión, la Ley pasó por una modificación en virtud de la Ley 17.835, de 23 de septiembre de 2004, que creó el sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación al terrorismo. Fue en esta Ley donde se dispuso el deber de identificación de clientes a las instituciones financieras, la comunicación de operaciones sospechosas a las UIF, las normas de derecho administrativo sancionador, además de presentar sustanciales innovaciones en la tipología penal previamente vigente, en concreto la modificación en la gama de delitos antecedentes⁵⁴⁶ al blanqueo de capitales y la

⁵⁴⁶ Langón Cuñarro expone: “En realidad me parece que en el futuro, de mantenerse este delito, su alcance llegará por lo menos a todos los crímenes o delitos graves, según la clasificación tripartita que acaba de incorporar la Ley 18.026/06 a nuestro derecho positivo, modificando para ello la redacción del art. 2 del C.P., por cuanto no se ve razón alguna para permitir el disfrute de lo obtenido ilícitamente por parte de los criminales, que es la razón que mueve al legislador a avanzar en la criminalización del lavado que, como mancha de aceite, se va extendiendo sobre el campo por ahora de los delitos graves o verdaderos crímenes, aunque con criterio casuista, porque no incluye a todos (por ejemplo están excluidos los delitos de traición o contra la patria, el copamiento, el latrocinio, etc.) y alcanza a otros que no necesariamente son verdaderos delitos

sustitución de la gama taxativa de delitos referidos a estupefacientes por una gama amplia de delitos aptos de configurar el blanqueo de activos, y que podemos considerar como ley penal de segunda generación.

La Ley mantuvo en su artículo 8.º la estructura formal del delito, promoviéndose la inclusión, como delitos previos al blanqueo de capitales, de los siguientes: terrorismo; contrabando por valor superior a US\$ 20.000 (veinte mil dólares estadounidenses); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos o de personas; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares, obras de arte, animales o materiales tóxicos; y estafa cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de sus funciones; además de corrupción, conforme a la Ley 17.060, de 23 de diciembre de 1998⁵⁴⁷.

Posteriormente, en septiembre de 2006, se tramitó la Ley 18.026, que agregaba otros tres delitos a la gama cerrada de delitos antecedentes, a saber, genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad. Se mantuvo incólume la inclusión del delito conexo como delito apto de generar el blanqueo de capitales. Por su lado, la Ley 18.494 de 2009 insertó otros delitos antecedentes al catálogo ya existente: apropiación indebida, corrupción en el sector público, quiebra o insolvencia fraudulenta, insolvencia societaria fraudulenta, delitos contra la propiedad intelectual, prostitución infantil, explotación sexual de personas, moneda falsa, entre otros.

En principio, como bien jurídico podría considerarse la salud pública o el interés salvaguardado por el delito conexo. Con la evolución legislativa, el bien jurídico fue modificado para ser considerado como delito socioeconómico, con el orden socioeconómico y la administración de justicia como bienes jurídicos

graves (como la exportación de animales, etc.)” (LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Lavado de dinero y política criminal en el Uruguay”..., p. 325).

⁵⁴⁷ Sobre cada delito antecedente, en detalle: ADRIASOLA, Gabriel. “Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos”. En *El crimen organizado: Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización* (Coord.: YACOBUCCI, Guillermo Jorge). Ábaco: Buenos Aires, 2005, pp. 310-314.

afectados –por lo menos este último, conforme al artículo 57 de la ya referida Ley 14.294.

El blanqueo de activos se ha asentado en Uruguay sobre dos grandes modelos, conforme sea entendido *stricto sensu o lato sensu*⁵⁴⁸. El primero abarca conductas típicas de alteración del estado, titularidad o situación de bienes, productos o instrumentos, sirviéndose de los verbos ‘transferir’, ‘convertir’, ‘adquirir’, ‘poseer’, ‘utilizar’, ‘tener en su poder’ o ‘realizar’ cualquier tipo de transacción (arts. 54 y 55 L. 14.294). El segundo se sirve de verbos que remiten a la receptación, con la dicción legal ‘ocultar’, ‘suprimir’, ‘alterar’ indicios; ‘impedir’ la determinación de la naturaleza real, el origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad real de los bienes o productos u otros derechos, con el fin de ‘asegurar’ el beneficio o el resultado, ‘obstaculizar’ la acción de la justicia, ‘eludir’ las consecuencias y ‘prestar’ cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento (arts. 56 y 57 L. 14.294).

Los tipos penales contemplan solamente conductas dolosas, no existiendo margen para el delito imprudente en la ley de Uruguay, aunque es posible la imputación a título de dolo eventual en todas las figuras típicas⁵⁴⁹. Lo más interesante de la ley uruguaya es que hay tres tipos que no demandan especial fin de actuar, algo que solo se exige en la última figura, la cual insta a que la acción tenga por fin asegurar el beneficio o resultado de la actividad, obstaculizar acciones de la justicia, eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o prestar ayuda, asistencia o asesoramiento, siendo estos últimos cuestionables desde el prisma de acciones socialmente neutras y conforme al límite entre lo típico y lo atípico⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Lavado de dinero y política criminal en el Uruguay”..., pp. 327 y ss.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 331.

⁵⁵⁰ Destaca Langón Cuñarro: “Eso presenta el delicado problema de los límites de la posición de garante que cualquier uno de ellos puede tener, y que, como es sabido, habilita la imputación por omisión impropia o comisión por omisión. En lo que cuida de la asistencia y asesoramiento, tareas propias de todo profesional universitario, se debe distinguir con cuidado a las actividades lícitas propias de su profesión, de aquellas que entrarían en la zona de la prohibición, y por tanto de la criminalidad. Se deben aplicar las normas generales de interpretación, de modo que una cosa es asistir a su cliente o aconsejarlo a respeto de la mejor instrumentalización de su negocio (que es lo lícito) y otra muy distinta es asesorar al blanqueador, de modo que el elemento

La ley prevé la confiscación de bienes y establece mecanismos de inteligencia financiera y de investigación criminal, además de prever penas para los delitos que varían de veinte meses hasta diez años.

Por fin, la legislación establece que, si hay ánimo de lucro para sí o tercero, aunque no se obtenga efectivamente, la circunstancia agravará la pena en un tercio; y, cuando cualquiera de los delitos haya sido llevado a efecto a través de asociación, grupo delictivo organizado o mediante empleo de violencia, arma o utilización de menores de edad, la pena será elevada en la mitad (arts. 58 y 59 L. 14.294).

En lo tocante a los aspectos de prevención del blanqueo de capitales en Uruguay, observamos que su tratamiento viene dispuesto en la Ley 18.494 de 2009⁵⁵¹, la cual promueve la alteración de las disposiciones de la antigua Ley 17.835, de 2004, estableciendo la estandarización del deber de información, que recaerá sobre transacciones no comunes, injustificables económicamente o que, pese a ser legalmente adecuadas, revelen una complejidad inusitada. Lo interesante es que ese deber de que la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) informe al Banco Central del Uruguay es independiente de la efectiva realización de la operación (art. 1.º), recayendo también sobre aquellas que involucren activos financieros sobre los que pesen sospechas de ilicitud, con el objetivo de prevenir la práctica del delito de blanqueo de capitales o la financiación al terrorismo.

El deber de informar, amparado por la confidencialidad (art. 3.º), tiene sus destinatarios apuntados en el artículo 2.º de la Ley y engloba a diversos agentes económicos, como inmobiliarias, subastadores, explotadores de zonas francas, personas físicas o jurídicas que en su nombre o en el de terceros administren de forma habitual sociedades comerciales, entre otros. El incumplimiento de este deber ocasiona la incidencia de pena pecuniaria proveniente del Derecho administrativo sancionador prevista en la normativa.

subjetivo, el conocimiento de la intención del profesional, será determinante en uno u otro sentido (*Ibidem*, p. 328).

⁵⁵¹ La Ley uruguaya se encuentra disponible para acceso en internet en el sitio del GAFISUD: <http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Uruguay/002-Ley%2018.494%20-%20Ley%20de%20de%20control%20y%20Prevenci%20F3n%20de%20lavado%20de%20Activos%20y%20del%20Financiamiento%20del%20Terrorismo.doc>. Fecha de acceso: 31/07/2014.

Al contrario que en algunos países europeos, la determinación en cuanto a la realización o no de la operación sospechosa es incumbencia de la UIAF del Banco Central uruguayo, que podrá imponer la suspensión de la transacción hasta setenta y dos horas (art.6.º) y reportará el hecho a la justicia penal. El juez criminal podrá determinar el bloqueo de los bienes de la operación sospechosa sin ningún tipo de comunicación a los sujetos de la transacción.

La Ley autoriza al Banco Central del Uruguay para que la UAIF pueda establecer un intercambio con otras instituciones similares de otros países con objeto de facilitar la identificación de operaciones de blanqueo de capitales o de financiación al terrorismo (art. 7).

Se prevén delitos de terrorismo (art. 14), financiación del terrorismo (art. 16), confiscación de bienes (art. 63) y finaliza con medidas de protección a testigos y algunas normas procesales penales.

2.2. Argentina

El Derecho penal de Argentina trata del blanqueo de capitales en su Código Penal, frente al contrario de Uruguay, que adoptó una legislación penal especial para su reglamentación⁵⁵².

La Ley 26.683/11, específicamente en su artículo 5.º, promovió una modificación en el Código Penal argentino para incluir los artículos 303 a 305, que tratan del “lavado de activos”, un delito común practicable por cualquier

⁵⁵² La tipificación del comportamiento como delito no encuentra plena aceptación en Argentina, puesto que hay quien defiende que “la ley penal no es la forma más eficaz para prevenir determinadas conductas, tampoco para prevenir que dentro de un país o de una determinada región se realice –en todo o en parte– el proceso de blanqueo de dinero. Quizá, la prevención pueda comenzar a llevarse a cabo cuando se adopten posturas sinceras frente al tema y que se diga de forma abierta que esta modalidad de encubrimiento tenga como particularidad que su control permita, a su vez, el control de los flujos de dinero nacionales, regionales e internacionales. Y a partir de ahí, elaborar programas de prevención enfatizando en el dinero pero sin olvidar, sino –a lo contrario– reforzando la prevención, detección y represión, cuando corresponda a los delitos que generan esos bienes” (LLERENA, Patricia Marcela. “La Ley de Lavado de Dinero. Breve Marco Internacional. Legislación de la República Argentina”. *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente - ILANUD*, n.º 26 [2002], p. 46). Poniendo en jaque la necesidad de la criminalización, al argumentar que es preferible que el capital ingrese en la economía lícita, a quedar en la clandestinidad, pues será empleado con finalidades legalmente autorizadas: FABIÁN TROVATO, Gustavo. “El delito de lavado de activos en la legislación argentina”. En *Problemas actuales de la parte especial del Derecho Penal* (Dir.: PASTOR, Daniel R.). Ad hoc: Buenos Aires: 2011, p. 414).

agente y que tiene al Estado por sujeto pasivo; y que además promovió la permisión del autoblanqueo con el levantamiento de la antigua restricción prevista en la ley.

En Argentina, el tratamiento jurídico-penal fue insertado, entre los delitos socioeconómicos, en el Título XIII del Código Penal, lo que, unido a su construcción típica, indica que se trata de un delito cuyo bien jurídico es el orden socioeconómico⁵⁵³.

El injusto penal en Argentina presenta la responsabilidad penal en caso de concurrir las conductas de convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo colocar en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquiera una apariencia lícita, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil (300.000) pesos por un único acto o por la reiteración de hechos diversos, pero vinculados entre sí.

Los tipos objetivos encierran alguna complejidad y una ardua adecuación típica⁵⁵⁴, además de vulnerar el principio de la taxatividad de las leyes penales. Por ejemplo, “de cualquier otro modo colocar en circulación en el mercado...”: se trata de una interpretación analógica con los verbos antecedentes descritos en el tipo, pero aun así no suprime la excesiva imprecisión. El verbo ‘vender’ revela también un espectro que puede alcanzar conductas de agentes cuyo dolo será de difícil comprobación, pudiendo tener un intermediario su conducta tipificada sin que haya prueba segura de que fuese consciente de la ilicitud del bien. Se apunta que la conducta de administrar puede generar el mismo riesgo, conforme a los argumentos ya expuestos.

De forma poco afortunada, el legislador traza un límite económico mínimo de \$300.000 (trescientos mil pesos argentinos) para la caracterización del blanqueo de capitales, estableciendo un paradigma para la delimitación de este

⁵⁵³ REGGIANI, Carlos. “Lavado de activos”. En *Código Penal comentado de acceso libre* (Dir.: VITALE, Gabriel M. A.). Asociación Pensamiento Penal: Río Negro, 2011, pp. 7-8. (Disponible en internet en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/art-303-lavado-activos>. Fecha de acceso: 16/01/2014); LLERENA, Patricia Marcela. “La Ley de Lavado de Dinero. Breve Marco Internacional. Legislación de la República Argentina”..., p. 42.

⁵⁵⁴ D’ALBORA, Francisco J. “El delito de Lavado de Activos de origen delictivo y sus vicisitudes”. *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, 16/08/2010, pp. 4-5.

delito o el menor del artículo 303.4 del Código Penal, con pena inferior que será de seis meses hasta tres años. El análisis económico de la gravedad del hecho debe ser hecho en la punibilidad, que es categoría que no integra el delito y es susceptible de formulaciones de política jurídica, fiscal, económica, etc. Así, no estimamos adecuado que el desvalor económico justifique la incidencia de uno u otro tipo penal, y mejor sería su determinación en el establecimiento de la pena. Al menos, la previsión viene establecida en la moneda corriente del país, y no como en Uruguay, donde se vinculó al dólar americano, lo que genera problemas incluso de orden económico, al infravalorar su propia moneda. Por otro lado, el tipo penal es adecuado al decir que la conducta se concluye con la realización de una operación o varias coligadas entre sí, lo que denota la posibilidad real de que conductas de ese jaez ocurran mediante procedimientos simples y o complejos.

La ley argentina no adoptó el modelo uruguayo y abordó un modelo de tercera generación, con la posibilidad de que cualquier ilícito penal sea utilizado para la caracterización del “lavado de activos”, desde el delito antecedente con poder de generar bienes o provecho para reciclarse.

El artículo 303 del Código Penal argentino no contempla la culpa, dejando claro que el tipo penal es doloso⁵⁵⁵, sin que se exija el elemento subjetivo del injusto y siendo compatible con el dolo eventual⁵⁵⁶. Además, ofrece causas para el incremento de la pena, que se eleva desde un tercio hasta la mitad cuando exista habitualidad en la práctica de la conducta, algo que ha sido objeto de críticas infundadas, por violar el principio de la culpabilidad en función de “apenar el autor por su estilo de vida”⁵⁵⁷. Esto es, integrante de asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; funcionario público en el ejercicio de las funciones, que sufrirá prohibición del ejercicio de la función de tres a diez años; o profesionales que demanden habilitación específica para ejercer la función, por ejemplo, abogados.

⁵⁵⁵ Admitiendo solo el dolo como elemento subjetivo del tipo y que los bienes han de tener su origen en un delito: LLERENA, Patricia Marcela. “La Ley de Lavado de Dinero. Breve Marco Internacional. Legislación de la República Argentina”..., p. 45.

⁵⁵⁶ Contrariamente, en la ley penal argentina con la antigua redacción del Código Penal: FABIÁN TROVATO, Gustavo. “El delito de lavado de activos en la legislación argentina”..., p. 405.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 406.

Otra figura penal descrita en la legislación argentina se encuentra en el artículo 303.3, para reprimir la conducta de recibir dinero u otros bienes provenientes de ilícito penal con el fin de aplicarlos en una operación de las indicadas en el artículo 303.1 del Código Penal, y conferirles la apariencia de lícitos. En ese tipo penal existe la presencia del elemento subjetivo del injusto, cuya necesidad se vuelve discutible ante la existencia de verbos como 'administrar', 'vender', 'gravar', así como por establecer el Código Penal argentino la teoría monista para el concurso de agentes en sus artículos 45 y 46.

El legislador argentino, atendiendo a la conducta de reciclaje de capitales cometida por personas jurídicas, presentó un dispositivo penal específico en el artículo 304, que apunta penas específicas y contempla la multa, la suspensión de actividades, la imposibilidad de participar de licitaciones, la extinción de la persona jurídica, la pérdida de beneficios estatales, etc.

El artículo 305 del Código Penal prevé la posibilidad de confiscación de bienes sin la necesidad de condena definitiva, cuando sea posible la comprobación de su origen o del delito antecedente que le dio origen y el imputado no pueda ser procesado por fallecimiento, prescripción, huida, etc., o cuando el imputado reconozca la ilicitud de los bienes. Ese dispositivo ha suscitado cuestionamientos, por ser un elemento típicamente anglosajón⁵⁵⁸ sobre la violación o no del principio de la presunción de no-culpabilidad y respecto a los efectos jurídicos de la confesión. Por fin, prevé la ley que los bienes confiscados sean utilizados para reparación del daño causado a la sociedad, a las víctimas o al Estado.

La Ley argentina 25.246, del año 2000, establece la legislación antiblanqueo⁵⁵⁹ de este país, promoviendo inicialmente alteraciones en los tipos penales de la Parte especial del Código Penal y trazando medidas preventivas del delito solo a partir de su artículo 5.º. La providencia inicial consistió en la creación de la FIU (*Financial Information Unit*), jerarquía federal bajo jurisdicción del Ministerio de la Justicia y de los Derechos Humanos de aquel país. La Unidad

⁵⁵⁸ D'ALBORA, Francisco J., *La nueva ley de lavado de activos*, pp. 4-5 (Disponible en internet en: <http://www.fapla.org.ar/biblioteca.html>. Fecha de acceso: 16/01/2014).

⁵⁵⁹ A la Ley argentina puede accederse en el sitio del GAFISUD: <http://www.gafisud.info/base.php?p=Argentina>. Fecha de acceso: 31/07/2014.

tendrá por misión realizar el análisis, manejo y transmisión de informaciones, con la finalidad de promover un intercambio de datos que evite la reinserción del capital por los procedimientos de blanqueo. Entre sus atribuciones destaca la elaboración de un informe sobre los tipos de blanqueo adoptados en Argentina, con la finalidad de orientar al Procurador General, órgano con el cual colaborará facilitándole concretamente las operaciones indicadas como actos de blanqueo.

El artículo 21 de la Ley 25.246 establece el deber de informar y apunta los sujetos obligados a los términos de la legislación antiblanqueo. De modo interesante, incluye entre ellos a los revendedores de coches, corredores de bolsa, corredores de bienes raíces, compañías de seguro, bancos, entre otros. Igualmente interesante es la previsión de un catálogo abierto de profesionales liberales, puesto que en sus incisos diecisiete y dieciocho incluye profesionales licenciados en Ciencias Económicas, y personas que reciben donaciones o contribuciones.

La legislación argentina es estrictamente severa en lo que se refiere a la quiebra de la confidencialidad de los profesionales del Derecho, apuntando que el secreto profesional no puede ser invocado como elemento que aleje el deber de informar, siempre que el requerimiento para prestar la información sea hecho por orden judicial.

Finalmente, la Ley presenta elementos de Derecho administrativo sancionador, al prever normas que revelan infracciones administrativas que aplican la pena de multa, además de presentar elementos que sirven al juez criminal para la verificación de la tipicidad y, en especial, para la proporcionalidad en cuanto a la pena de multa.

2.3. Chile

La Ley penal de Chile también presenta dispositivos que sancionan aquellos comportamientos que generan el “lavado y blanqueo de activos” en la Ley n.º 19.913, de 18 de diciembre de 2003⁵⁶⁰, que instituye la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en la materia, siendo sus artículos

⁵⁶⁰ La ley chilena contra el blanqueo de capitales se encuentra disponible en internet en: <http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/LEY19913.pdf>. Fecha de acceso: 03/08/2014.

27 y 28 los que prevén los oportunos tipos penales. Así pues, Chile posee una ley especial para cuidar del tema, en cuya construcción adoptó una postura semejante a la empleada en Uruguay, al tratarse de una legislación de segunda generación que presenta una gama cerrada de delitos antecedentes.

El bien jurídico protegido por la ley chilena es el orden socioeconómico, puesto que se busca impedir la introducción en el mercado de capital 'sucio', además de reprimir la malversación de otros sectores de la actividad económica, velando por la transparencia del mercado y la libre competencia a la hora de fijar los precios, puesto que el blanqueador ocuparía una posición de dominio en el mercado⁵⁶¹.

El delito puede ser cometido por cualquier persona, incluso persona jurídica, conforme a los artículos 1.º y 3.º de la Ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009, y el sujeto pasivo es el Estado.

El injusto penal del blanqueo de activos en Chile apunta a las conductas de ocultar o disimular el origen ilícito de ciertos bienes sabiendo que provienen, directa o indirectamente, del catálogo de delitos descritos en la legislación: tráfico de estupefacientes o de armas de fuego, terrorismo, mercado de capitales, secuestro o cárcel privado, sustracción de incapaz, conductas referentes a pornografía infantil, favorecimiento a la prostitución de menores, tráfico ilícito de personas para fines de inmigración ilegal o para fines de prostitución, entre otros delitos [artículo 27.a)].

La ley pune también el comportamiento de adquirir, poseer, tener o utilizar los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando en el momento de su recepción ya se conozca su origen ilícito [artículo 27.b)]. El ánimo de lucro, que se inserta como elemento subjetivo del injusto, no debería ser introducido en el tipo penal, puesto que la mera concurrencia de la conducta sabiendo del origen ilícito es suficiente para la configuración del delito. En todo caso, el ánimo apuntado podría ser utilizado como una causa de aumento de pena o agravante.

⁵⁶¹ MANRÍQUEZ R, Juan Carlos. "Delitos de blanqueo y lavado de activos, en el marco de operaciones sospechosas: Notas sobre la ley n° 19.913, que crea la unidad de análisis financiero (UAF)". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 18 (2006), p. 202.

La disposición penal conceptúa los bienes en un sentido amplio, apuntando los valorables en dinero, corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, fungibles o infungibles, además de los documentos o instrumentos legales que reconozcan la propiedad u otros derechos.

Lo más novedoso en la ley de Chile es que contempla el blanqueo de capitales en la forma imprudente, exigiendo solo la caracterización de la negligencia inexcusable, que se asemeja a la imprudencia grave del Código Penal de España, aunque con una pena más baja para el delito.

La Ley permite expresamente, de forma adecuada, el autoblanqueo de activos, autorizando la doble responsabilidad penal del agente por el delito antecedente y por el blanqueo de capitales, lo que acalla los cuestionamientos sobre su posibilidad o no.

Por fin, la ley de Chile consagra un trazo diferencial, cual es la tipificación de la conducta de asociarse u organizarse para practicar las conductas anteriormente descritas, haciéndolo como tipo penal autónomo, y no como causa de incremento de la pena, como hacen las demás legislaciones. Por el contrario, se prevé la posibilidad de responsabilidad de la persona jurídica, incluso con la sanción de disolución o extinción de su personalidad jurídica (art. 28.1 y 2 L. 19.913).

La ley chilena concentra elementos de prevención del blanqueo de activos que abordan los deberes elementales descritos en la normativa del GAFI, a saber, el deber de informar (art. 3.2), aplicando infracciones administrativas por su incumplimiento (arts. 7, 19 y 20).

2.4. Paraguay

El tratamiento jurídico-penal del delito de “legitimación de dinero o bienes” se realizó inicialmente en el artículo 3.º de la Ley 1.015/96, que trató del tema fuera del Código Penal paraguayo, si bien una posterior alteración legislativa promovió la inclusión del delito en dicho cuerpo normativo, en concreto en sus artículos 196 y siguientes, modificando además el *nomen iuris* por el de “lavado de dinero”. Este delito se sitúa junto a los hechos punibles contra los bienes de

la persona, en concreto en los hechos punibles contra la restitución de bienes (Capítulo IV del Título II CPpa).

El Código Penal paraguayo contempla en su artículo 196.1.º-1 la conducta de ocultar un objeto proveniente de un crimen⁵⁶², de un hecho punible⁵⁶³ cometido por un miembro de asociación criminal del artículo 239 CPpa o de un hecho punible de los descritos en los artículos 37 a 45 de la Ley 1.340/88, que son conductas referentes al tráfico de sustancias estupefacientes. Puesto que el legislador adoptó un sistema de clasificación de las infracciones conforme a la cantidad y calidad de la pena, la ley incidirá solo en algunos delitos y en la totalidad de los crímenes, ya que hay una sustancial diferencia entre ambos.

El tipo penal del artículo 196.1.º-2 de la misma Ley prevé los comportamientos de disimular la procedencia del objeto, frustrar o hacer peligrar el conocimiento de su procedencia, ubicación, hallazgo, confiscación, confiscación especial o su secuestro, que será castigado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. La pena se considera blanda, si la comparamos con la de otros ordenamientos sudamericanos, admitiéndose incluso la conminación aislada de pena de multa en sustitución de la pena privativa de libertad, tal como sucede en Suiza.

También se da el delito de blanqueo de capitales con la obtención de un objeto señalado en el inciso anterior y su entrega a un tercero; o guardándolo o utilizándolo para sí o para otro, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención (art. 196.2.º). La simple conducta de entregar a tercero tiene dificultades de comprobación de la ofensividad de la conducta, puesto que el acto de entregar por sí solo no conduce a una operación de blanqueo, situándose no pocas veces en un segmento de conducta socialmente neutra para el tercero, a salvo que tuviera conocimiento del origen.

El blanqueo de capitales admite la tentativa (art. 196.3.º CPpa), en los casos descritos hasta aquí, y siempre haciendo uso de verbos plurisubsistentes,

⁵⁶² Se consideran crimen los hechos punibles cuya sanción sea de pena privativa de libertad mayor de cinco años (art. 13.1.º CP paraguayo).

⁵⁶³ Según el artículo 13.2.º del Código Penal de Paraguay, son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa.

puesto que en los que no lo son habrá imposibilidad de configuración y el hecho será atípico (por ejemplo, entregar a tercero).

Hay una calificación en el artículo 196.4.º, cuando el blanqueo sea cometido por el miembro de una banda formada específicamente para la realización continuada del blanqueo, en que la pena privativa de libertad podrá llegar hasta los diez años, acumulándose una pena patrimonial arbitrada de acuerdo con el patrimonio del autor (art. 57 CPpa) y la confiscación extendida, confiscándose los bienes de los que se pueda deducir que su obtención resultó del delito (art. 94 CPpa).

El ordenamiento jurídico-penal paraguayo prevé, como ocurre en el sistema chileno, la punición del tipo penal en la modalidad imprudente de las conductas descritas en el artículo 196, incisos 1.º y 2.º, con pena de hasta dos años o multa, cuando concorra una negligencia grave (art. 196.5.º).

Consagra la Ley en el artículo 196.6.º la irresponsabilidad penal cuando el objeto sea obtenido por un tercero de buena fe, desconocedor del origen espurio, admitiéndose por tanto el error de tipo. Igualmente prevé el principio de la justicia universal, al permitir la punición del blanqueo de capitales cuando el crimen sea cometido fuera del territorio paraguayo (art. 196.7.º), lo que es un rasgo común a todas las legislaciones penales.

La Ley de Paraguay prevé causas de extinción de la punibilidad (art. 196.8.º), que repelen la responsabilidad penal del agente, cuando este colabore informando voluntariamente o haciendo informar sobre a la autoridad competente el hecho, siempre que este no haya sido total o parcialmente descubierto y que el autor lo sepa; y cuando, en el caso del artículo 196.1.º y 2.º del Código Penal de Paraguay, facilite el secuestro de los objetos del delito.

Por fin, la Ley paraguaya dice que, cuando la revelación voluntaria contribuyese considerablemente al esclarecimiento de las circunstancias del hecho que excedan su contribución al mismo, o de un injusto penal señalado en el artículo 196.1.º del Código Penal, cometido por otro, habrá la posibilidad de disminución de pena o de concesión de perdón judicial.

Los aspectos referentes al sistema antiblanqueo de capitales⁵⁶⁴ están descritos en la Ley 1.015/97, posteriormente modificada por la Ley 3.783/11, la cual presenta los sujetos obligados (art. 13), que incluyen bancos, inmobiliarias, financieras, sociedades de inversión, entre otros; la obligación de identificación de clientes (art. 14); los modos de identificación real de clientes (art. 15); y de los procuradores del cliente que no comparezcan personalmente (art. 16). Asimismo la obligación de registrar operaciones (art. 17) y de conservar registros (art. 18); y, al igual que otras normas preventivas del blanqueo de capitales, traza el catálogo de operaciones sospechosas (art. 19).

Estas operaciones sospechosas serían aquellas que sean complejas, insólitas, importantes o que no correspondan a los estándares de transacciones habituales; para las que no exista fundamento económico o legal razonable; que escapen al estándar operacional de los agentes; que no haya causa que justifique los ingresos en efectivo; y las descritas en los Reglamentos de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD). Sus principales atribuciones están descritas en el artículo 28 de la Ley 1.015/97: evitar y detectar operaciones de blanqueo, analizar las informaciones provenientes de los sujetos obligados, investigar operaciones sospechosas e informar de indicios vehementes del delito de blanqueo de capitales al Ministerio Público.

La Ley prevé el deber de confidencialidad para preservar el secreto de las actividades de investigación de operaciones sospechosas (art. 20) y la obligación de colaborar (art. 22), así como establece un sistema de punición resultante del Derecho administrativo sancionador en la hipótesis de incumplimiento de la ley (art. 24).

⁵⁶⁴ Las leyes paraguayas contra el blanqueo de capitales pueden ser encontradas en el sitio: <http://www.seprelad.gov.py/biblioteca/1-leyes/61-ley-n-101597>. Fecha de acceso: 03/08/2014.

2.5. Colombia

En Colombia, el Código Penal prevé el delito de “lavado de activos” en sus artículos 323 y siguientes, dentro de los delitos contra el orden económico y social de su Título X⁵⁶⁵.

El delito, inicialmente recogido en el artículo 323 del Código Penal de Colombia revela las conductas de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades delictivas específicamente dispuestas en el tipo penal. Algunas conductas son preparatorias al blanqueo de capitales y el legislador colombiano las equiparó al blanqueo, por ejemplo, transportar. El acto de transportar está a medio camino, en las fases del blanqueo, entre la ocultación y la inserción. Así pues, y a nuestro entender, se manifiesta una indebida anticipación de la caracterización del delito.

La Ley penal de este país adopta un catálogo de delitos previos, como en Uruguay, Paraguay y Chile, donde se consideran como tales los delitos de extorsión, enriquecimiento ilícito, extorsión mediante secuestro, rebelión, tráfico de armas o de sustancias psicotrópicas, contra el sistema financiero, la Administración Pública o delitos con objeto de una conspiración para delinquir.

La disposición penal presenta otros verbos que criminalizan el blanqueo de capitales, en concreto la conducta de dar a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o legalizarlos, ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Se infiere que la parte final reclama una elemental interpretación analógica, pues solamente será considerado típico cualquier “otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito” que tenga conexión y significado coligado a los verbos antes señalados, por lo que este inciso ha sufrido críticas por violar el principio de taxatividad, entre otros⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ La legislación penal de Colombia contra el blanqueo de capitales puede ser encontrada en el sitio: http://www.gafisud.info/pdf/Colombia_4.pdf. Fecha de acceso: 03/08/2014.

⁵⁶⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Los tipos de omisión en el marco de la regulación penal del lavado de activos”. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.º 42 (2013), pp. 37 y ss.

En efecto, el Derecho penal colombiano no exige que el bien sea efectivamente integrado en la economía lícita, bastando el hecho de que la ley penal señale una apariencia lícita o de licitud en su nuevo ropaje. La ley de este país es una de las más graves del continente sudamericano y destaca que la pena será de seis a quince años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos mensuales. El delito es eminentemente doloso, no admitiéndose la forma imprudente del mismo.

El tipo penal incidirá también cuando las conductas recaigan sobre bienes de los que se haya declarado la extinción de dominio. Se pune aquí el blanqueo de capitales aunque el hecho antecedente haya ocurrido en otro país. También hay una causa de incremento de pena, desde un tercio hasta la mitad, cuando para el blanqueo se efectúen operaciones de cambio o comercio exterior, o se introduzcan bienes en el territorio colombiano. Se aumenta la pena igualmente cuando para el blanqueo se introducen bienes advenidos de contrabando (art. 323, incisos 2.º a 5.º).

Prosigue el texto del Código Penal previendo nuevos agravantes de la pena (art. 324), con el mismo *quantum* de la previsión del artículo anterior, en las hipótesis de que la conducta sea perpetrada por quien pertenezca a una persona jurídica, sociedad u organización dedicada al blanqueo de capitales; y de mitad hasta tres cuartos cuando sean llevadas a efecto por los jefes, administradores o encargados de personas jurídicas, sociedades y organizadores. En suma, cuando se ocupan esos puestos de liderazgo con poder de decisión y control.

La Ley cuenta con un tipo penal de omisión de control en el artículo 325 del Código Penal de Colombia específico para el empleado o director de institución financiera o de cooperativa que ejerza actividades de ahorro y crédito y que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de los mecanismos de control jurídicamente establecidos para las transacciones en efectivo. Exige el tipo penal el elemento subjetivo del injusto, siendo cometido solamente con dolo directo, sin contemplarse el dolo eventual. Hay una laguna de punibilidad en el hecho de que la legislación limite el alcance del tipo a transacciones en especie, de modo que cualquier otra modalidad de circulación de capital, pese a disponer de igual o mayor capacidad de lesionar la

economía, no genera el delito, respondiendo el agente por la figura del artículo 323 del Código Penal.

El incumplimiento de deberes de fiscalización no genera una responsabilidad penal atenuada, con sanción de dos a seis años y multa de diez mil a cien mil salarios mínimos, aunque, por otro lado, en caso de inexistencia efectiva de acto de blanqueamiento, la omisión causa la criminalización por mero incumplimiento de mandatos administrativos, implicando la violación del principio de *ultima ratio*⁵⁶⁷. Mejor sería que se dejara la comprobación del dolo de la conducta y su encuadramiento como blanqueo de capitales dentro del concurso de agentes, puesto que la criminalización del comportamiento incluso desentona del ideal de la lucha contra el blanqueo de capitales.

En el artículo 326 del Código Penal queda trazado el delito de testaferrato, que representa la conducta de quien oculta su nombre para la adquisición de bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos. Se trata de delito común practicable por cualquier agente, siendo cierto que ese tipo penal se vuelve redundante ante el correctivo proporcionado por las reglas del concurso de agentes y por el artículo 323 del Código Penal. La pena del delito es la misma descrita en el tipo penal base, o sea, de seis a quince años y la pena de multa se sitúa en igual nivel, siendo el único diferencial que en ése se prevé expresamente la confiscación de los bienes obtenidos.

El delito del artículo 327 del Código Penal colombiano presenta la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, pudiendo ser considerado en parte como tipo derivado del lavado de activos, al prever la obtención directa o por persona interpuesta de un incremento patrimonial injustificado, para sí o para tercero, derivado de una actividad delictiva. Este tipo penal no es inmune a las críticas, dada la falta de dimensión socioeconómica inmanente al blanqueo⁵⁶⁸.

El tipo penal aquí no posee la limitación de actividades delictivas existente en el *caput*, pudiendo adoptarse como forma de armonizar la Ley el límite del artículo 323 del Código Penal, por analogía *in bonam partem*, bajo pena de

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

admitirse un tipo derivado con alcance mayor que la figura base, lo que representaría una vulneración del principio de la proporcionalidad.

La pena de multa en este delito corresponde al doble del incremento patrimonial ilícito, sin que se supere lo equivalente a cincuenta mil salarios mínimos mensuales.

El sistema de prevención del blanqueo de capitales en Colombia lo coordina el UIAF (Unidad de Información y Análisis Financiero), creado por la Ley 526/99, posteriormente modificada por la Ley 1.121/06.

La red normativa de este país pasa por cartas circulares, resoluciones, decretos que reglamentan diversas actividades, formando un denso tejido normativo⁵⁶⁹, una vez que ha sido uno de los países que más ha sufrido con el delito de blanqueo de activos, en especial resultante del narcotráfico.

El principal reglamento que podemos destacar en este punto es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵⁷⁰ (Decreto 663/93), que en sus artículos 102 a 106 traza la obligación de fijar medidas de control y fiscalización adecuadas, con la finalidad de evitar que se lleven a cabo operaciones que conduzcan al blanqueo de capitales (art. 102.1); mecanismos de control (art. 102.2); y fija el deber de crear sistemas de auditoría y control (art. 102.4). Establece asimismo el deber de controlar las transacciones en efectivo, que pueden ser únicas o variadas, además del deber de identificación (art. 103.1) y de que periódicamente se presten informaciones a la UIAF. También se establecen reglas que aseguran la confidencialidad de la información (art. 105). Como hemos dicho, la información deberá ser reportada a la Unidad de Información y Análisis Financiera, pudiendo ser alterado por el Gobierno el contenido de las normas de prevención, los requisitos y procedimientos arriba descritos (art. 106). La norma se cierra con la posibilidad de que las infracciones administrativas sean impuestas (art. 107).

⁵⁶⁹ La mayoría de las normas antiblanqueo del sistema colombiano puede ser encontrada en el sitio en internet de su UIAF: http://www.uiaf.gov.co/nuestra_entidad/normatividad_uiaf. Fecha de acceso: 03/08/2014.

⁵⁷⁰ La norma colombiana arriba aludida se encuentra íntegra en el sitio: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15488>. Fecha de acceso: 03/08/2014.

Colombia es un país que atiende a los informes de tipologías de blanqueo del GAFISud, llegando a crear una ley específica, a saber, la Ley 1.445/11, para la contención de la realización de este delito por intermediación de actividades deportivas, en especial la compra y venta de jugadores de fútbol.

2.6. Bolivia

La norma penal de Bolivia en materia de blanqueo de capitales se creó con la Ley 170, de 9 de septiembre de 2011, que promovió la inclusión en el Código Penal boliviano⁵⁷¹ de nuevos tipos penales, como terrorismo (art. 133), financiación del terrorismo (art. 133 *bis*), separatismo (art. 129 *bis*) y blanqueo de capitales (art. 185 *bis*).

El delito de legitimación de ganancias ilícitas es considerado por la Ley boliviana un delito contra la Administración Pública, habiendo sido ubicado dentro del título reservado a esos delitos. La sistemática adoptada es de segunda generación, ya que revela un catálogo específico y previo de delitos antecedentes.

El tipo penal describe las conductas de adquirir, convertir o transferir bienes, recursos o derechos vinculados al delito de tráfico de estupefacientes, contrabando, corrupción, organizaciones criminales, asociaciones delictivas, tráfico y malos tratos a personas, tráfico de órganos humanos, de armas, terrorismo y financiación del terrorismo.

El delito es doloso, no habiendo previsión del tipo imprudente. Se demanda el elemento subjetivo del injusto penal, puesto que la norma exige el especial fin de actuar consistente en la finalidad de ocultar, encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad.

La pena es una de las más altas del continente, porque los marcos penales alcanzan un promedio de cinco a diez años de pena privativa de libertad,

⁵⁷¹ La ley penal boliviana está disponible en la siguiente dirección de internet: <http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Bolivia/005-Ley%20170-2011%20-%20Tipificaci%F3n%20del%20Financiamiento%20del%20Terrorismo%20y%20Designaci%F3n%20de%20nuevos%20Sujetos%20Obligados.pdf>. Fecha de acceso: 31/07/2014.

unido a la inhabilitación para el ejercicio de la función pública o cargos electivos y pena de multa de doscientos a quinientos días.

Esta norma legal incorporó el delito de blanqueo de capitales al ordenamiento jurídico-penal boliviano, además de que el país aprovechó para insertar en el Código Penal las directrices antiblanqueo.

El artículo 3.º de la Ley 170 presenta otras atribuciones a la Unidad de Investigaciones Financieras boliviana, que tendrá la función de recibir, solicitar, analizar y, cuando sea necesario, transmitir a las autoridades competentes las informaciones referentes a la financiación del terrorismo, y tener acceso a la base de datos de entidades públicas para la correspondiente verificación.

El artículo 4.º establece como sujetos obligados a las personas jurídicas de Derecho público o privado descritas en el Decreto Supremo 24.771 de 1997, así como a las personas colectivas o empresarios individuales dedicados a la compra y venta de divisas, al envío y recepción de remesas de dinero, al traslado o transporte de dinero, valores y metales preciosos; a los notarios de fe pública en lo que respecta a la documentación de compra-venta de bienes muebles susceptibles de registro, además de los inmuebles y otros sectores descritos en el Decreto Supremo. Este, en sus 24 a 36, pasa a tratar de los deberes de identificación del cliente, vigilancia especial de determinadas operaciones, registro de datos, vigilancia específica, conservación de datos, información de operaciones sospechosas, exención de responsabilidad administrativa, civil y penal por atender al deber de comunicación de operaciones sospechosas, siempre que se realicen de conformidad con la normativa que rige.

2.7. Ecuador

El Derecho penal del Ecuador contempla el delito de blanqueo de capitales en una ley especial fuera del Código Penal de este país, la Ley n.º 12 de 2005⁵⁷², la cual adopta un sistema similar al brasileño, aunque concentre en

⁵⁷² La Ley ecuatoriana está disponible en internet en el sitio: <http://www.gafisud.info/documentos/esp/base/Ecuador/002-Ley%2012-2010%20-%20Ley%20para%20Reprimir%20el%20Lavado%20de%20Activos.pdf>. Fecha de acceso: 01/08/2014.

un documento elementos administrativos de prevención del delito y aspectos penales, contemplando los delitos de blanqueo de activos.

Los tipos penales se encuentran previstos en los artículos 14 a 18 de la referida Ley antiblanqueo de activos. El artículo 14 señala que el delito de blanqueo de capitales es común, puesto que puede ser cometido por cualquier agente, siendo el sujeto pasivo la colectividad, por ser claramente un delito contra el orden socioeconómico. Al prever como elemento del tipo “activos de origen ilícito”, el legislador ecuatoriano estableció una legislación penal de tercera generación, aunque no haya trazado limitaciones a la incidencia de los delitos antecedentes. La Ley señala en la letra a) de ese artículo 14 las conductas de tener, adquirir, transferir, poseer, administrar, utilizar, mantener, resguardar, entregar, transportar, convertir o beneficiarse de cualquier forma de activos de origen ilícito. Entre los comportamientos penalmente relevantes podemos anotar la existencia de tipos penales instantáneos, por ejemplo adquirir o transferir; y permanentes, como poseer y mantener. El tipo objetivo contempla una hipótesis de interpretación analógica, al disponer “se beneficie de cualquier manera” de los activos de origen ilícito.

El delito del artículo 14.b) de la Ley antiblanqueo trae la reprobación penal a las conductas de ocultar, disimular o impedir la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. De forma similar al Derecho Penal colombiano, la Ley contempla en su artículo 14.c) la conducta de prestar su nombre o el de la sociedad o empresa de la cual sea socio o accionista para la comisión de delitos de blanqueo de activos. Por su lado, se prevén las conductas de organizar, gestionar, asesorar, participar o financiar la comisión de delitos tipificados en esta Ley en su artículo 14.d). Y el delito del artículo 14.e) presenta la conducta de realizar, por sí mismo o por intermediación de terceros, operaciones o transacciones financieras o económicas; mientras que el último tipo penal [art. 14.f)] contempla la acción de introducir dinero de procedencia ilícita por las aduanas del país.

En todos los delitos se nota que la Ley prevé el dolo como elemento subjetivo; no hay previsión de la figura imprudente en presente tipo penal, que contempla aún la previsión de la forma directa o indirecta de las conductas. La Ley pone a salvo, en el delito del artículo 14.e), la existencia de elemento

subjetivo del injusto consistente en el fin de dar apariencia de licitud a actividades de blanqueo de activos.

La estructura típica revela que los delitos son de mera conducta, salvo algunos casos en que la verificación del resultado natural se revele necesaria – por ejemplo, el delito del artículo 14.f)–, además de consagrar la regla de la autonomía en referencia al delito antecedente.

El Derecho penal ecuatoriano prevé un escalonamiento de la pena, de acuerdo con la cantidad de capital objeto de blanqueo. Destaca como aspecto negativo la previsión de la moneda estadounidense como factor indicativo de la incidencia o no de la agravación de la pena. La Ley prevé una pena de uno a cinco años, cuando el total del capital reciclado esté entre los cinco mil (US\$ 5.000) y los cincuenta mil (US\$ 50.000) dólares norteamericanos, y cuando no exista asociación para delinquir [art. 15.1.a) y b)]. La pena será de tres a seis años cuando se superen los cincuenta mil dólares (US\$ 50.000), pero no se excedan los trescientos mil (US\$ 300.000); si para la comisión del delito no se han constituido sociedades o empresas, ni se han utilizado las legalmente constituidas, y cuando el delito haya sido cometido sirviéndose de instituciones del sistema financiero o de seguros o valiéndose de cargos directivos, funciones o empleos en estos sistemas [art. 15.2.a), b) y c)]. La pena quedará entre seis a nueve años cuando el valor blanqueado supere los trescientos mil dólares americanos (300.000 US\$); si se emplease la asociación para delinquir por intermediación de sociedades, empresas o se utilizasen las legalmente constituidas; y cuando el delito haya sido cometido a través de instituciones públicas, cargos o empleos públicos [art. 15.3.a), b) y c)]. La pena de multa será arbitrada con una multa equivalente al doble del valor blanqueado (art. 16), además de preverse la confiscación especial de bienes y la extinción de la persona jurídica creada para cometer el delito (art. 17).

La Ley ecuatoriana contempla como efecto perpetuo de la condena la imposibilidad de desempeñar cargo público o funciones de dirección en entidades del sistema financiero y de seguros (art. 17). Personalmente, y con todo respeto, creemos que la medida es desproporcionada, considerando que la pena por la práctica del delito no es perpetua; admitir, por tanto, que la

consecuencia jurídica del delito sí lo sea, implica conceder que posee más gravedad que el propio delito, por lo que respecta a la proyección de sus efectos.

La parte penal de la Ley se cierra con la previsión de un delito especial de denuncia calumniosa, consistente en la práctica de conductas con el objetivo de incriminar falsamente una persona en uno de los delitos previstos en esta Ley, aplicando una pena de uno a tres años de prisión (art. 18).

Al margen de estos aspectos penales, la Ley prevé los deberes de información relativos a las operaciones no usuales e injustificadas y la identificación de clientes (art. 2.º), siendo interesante la incorporación de un concepto de operación sospechosa como aquella que rehúye la práctica normal del agente y cuyo origen no pueda justificarse.

Se crea el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos (art. 6.º), que es una especie de jerarquía integrada por el Directorio y la Unidad de Análisis Financiero, órgano colegiado cuya principal finalidad es la elaboración de políticas y de un plan de prevención contra el blanqueo de activos [art. 8.a)]. La Unidad de Análisis Financiero (UAF) recibirá las informaciones prestadas por los sujetos obligados (art. 9.º) y será responsable, conforme a la previsión del artículo 10.a), c) y d), de ejecutar medidas de detección de actividades de blanqueo, comunicar las operaciones sospechosas al Ministerio Público y crear una base de datos sobre blanqueo de capitales, entre otras atribuciones.

Cabe concluir diciendo que el artículo 19 presenta normas de Derecho administrativo sancionador, estableciendo una de multa de cinco mil (US\$ 5.000) a veinte mil (US\$ 20.000) dólares americanos (art. 19), así como dispone sobre el destino de los bienes que son objeto de pérdida por condena por el delito de blanqueo de activos (arts. 22 a 24).

2.8. Perú

El Derecho penal del Perú presenta el tratamiento de la materia en el Decreto Legislativo 1.106, de 2012, específico contra el “lavado de activos”⁵⁷³, y

⁵⁷³ La norma antiblanqueo de capitales del Perú se encuentra en internet en el sitio del gobierno: http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/2/jer/nac1_segunnormasnacdecretos/2012/DL_1106_2012.pdf. Fecha de acceso: 03/8/2014.

que presenta un bien jurídico pluriofensivo, a saber, el orden socioeconómico y la administración de la justicia⁵⁷⁴.

El tipo penal del artículo 1.º contempla los actos de conversión y transferencia de activos, sancionándose la conducta de convertir o transferir dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito se conozca o se pueda presumir. El dolo es el tipo subjetivo, exigiéndose el elemento subjetivo del injusto⁵⁷⁵ consubstanciado en la finalidad de evitar la identificación del origen, su sustracción o pérdida. La Ley penal contempla expresamente el dolo eventual al prever la posibilidad de conocimiento del origen ilícito. La consumación se realiza con la mera práctica de la conducta, sin que se demande el efectivo éxito en la realización de los procedimientos de blanqueo de capitales. La pena, que es una de las más altas del continente suramericano, es de prisión de ocho a quince años; y la multa acumulativa será de ciento y veinte (120) a trescientos y cincuenta (350) días.

El delito del artículo 2.º de la Ley penal peruana pune los actos de ocultamiento y posesión, al contemplar la reprobación de las conductas de adquirir, utilizar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder dinero, bienes, efectos o dividendos, cuyo origen ilícito conoce o debía

⁵⁷⁴ Prado Saldarriaga explica lo que sigue: “Resumiendo, entonces, nuestra posición, consideramos que en el delito de lavado de activos, ahora tipificado en el Decreto Legislativo 1.106, concurren varios bienes jurídicos, cuya afectación o puesta en peligro sucesiva o paralela, se va generando y haciendo preeminente en cada etapa o estación del proceso que siguen las operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de las etapas de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. Además, en lo concerniente a actos vinculados con el contrabando de dinero o valores negociables (ingreso o egreso subrepticio de estas especies al país) el régimen controlador aduanero resulta también lesionado. En cambio, los actos propios de la fase de integración afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado, al impedir la identificación de los activos que ya adquirieron una apariencia legal frustrando su incautación y decomiso. Simultáneamente, todas estas acciones y etapas vulneran los objetivos, políticas y estrategias fundamentales del régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos. Esta percepción plural e integrable sobre el objeto de tutela penal que sostenemos, es también compatible con las finalidades principales que persigue el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y que son las siguientes: «Proteger la integridad y estabilidad del sistema económico-financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y el terrorismo, y contribuir a la lucha contra la corrupción» (Cfr. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Ítem II sobre Lógica del Plan Nacional ALA/CFT. Literal A, p.12)” (PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana”. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*. [Dir.: Isidoro Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga, Javier Zaragoza Aguado] 4 ed. OEA: Washington, D.C., 2014, p. 253).

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 272.

presumir. El tipo subjetivo es el dolo, admitiéndose el dolo directo y el eventual, considerado este último por el elemento “debía presumir”. El dolo específico es igualmente necesario, pues la Ley prevé el fin especial de actuar con la finalidad de evitar la identificación del origen, incautación o decomiso, siendo la pena y consumación idénticas a las del delito anterior.

En el artículo 3.º del Decreto Legislativo 1.106, el delito que se sanciona está constituido por las conductas de transportar o trasladar dentro del territorio nacional dinero o títulos cuyo origen ilícito se conoce o debía presumirse. Además, la Ley prevé las acciones de ingresar o sacar del país los bienes indicados, con el fin de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso.

Los delitos de blanqueo de activos descritos en los artículos 1.º y 3.º de la Ley peruana son considerados instantáneos, perfeccionándose con la práctica de cualquiera de las conductas; mientras que los delitos de ocultación y posesión revelan naturaleza permanente⁵⁷⁶.

El tipo calificado del delito de *lavado* de activos se encuentra en el artículo 4.º de la Ley, siendo la pena aplicable de diez (10) a veinte (20) años de prisión, además de trescientos sesenta y cinco (365) a setecientos treinta (730) días multa, cuando el agente se sirva de su condición de funcionario público o agente del sector financiero, inmobiliario, bancario o mercado de acciones, a los fines de blanqueo de capitales; cuando el agente sea integrante de una organización criminal; y cuando el valor de los bienes, efectos o ganancias equivalga a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

La Ley penal prevé que la pena será de al mínimo veinticinco años, cuando los actos de conversión o transferencia –entiéndase, del artículo 1.º del Decreto Legislativo 1.106– llevados a cabo estén relacionados con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes de narcotráfico, terrorismo, secuestro, extorsión y tráfico internacional de personas con fines sexuales. El tipo penal viola el principio de legalidad, puesto que no presenta margen máximo de pena, sino solo el valor inicial aplicable.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pp. 277-278.

También se prevé un tipo penal en que hay una suavización de la pena, puesto que la privación de la libertad será de cuatro a seis años y la pena de multa de ochenta (80) a ciento diez (110) días-multa, en la hipótesis de que el valor de la operación no sea superior a cinco Unidades Impositivas Tributarias. La represión de la conducta será en la misma cantidad cuando hubiere delación premiada que proporcione información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes y detectar o sustraer los activos objeto de los delitos de blanqueo (art. 17).

El artículo 5.º, de la legislación penal peruana contempla el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, esto es, el incumplimiento de comunicar a la autoridad competente transacciones u operaciones sospechosas que se hayan detectado atendiendo a las obligaciones funcionales o profesionales previstas en la Ley 27.693, de 2002, o normas reglamentarias⁵⁷⁷. El delito omisivo impropio será punido con pena privativa de libertad de tres a seis años, además de multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) días-multa y la prohibición del ejercicio de cargo o función por hasta seis años, conforme a los términos prescritos en el artículo 36.1, 2 y 4 del Código Penal del Perú.

El artículo 6.º del Decreto antiblanqueo prescribe otro delito comisivo por omisión consistente en la negativa o retraso en el traspaso a la autoridad competente de la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida durante una investigación o juicio por el delito de blanqueo de capitales. También se tipifica la conducta de deliberadamente prestar información inexacta o falsa cuya sanción consistirá en una pena de dos a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a ochenta días, sin perjuicio de la inhabilitación arriba apuntada.

La Ley antiblanqueo de activos peruana establece reglas especiales para la quiebra del secreto bancario, fiscal y financiero a los fines de investigación,

⁵⁷⁷ El fundamento de la posición de garante asumida es conforme a la doctrina. "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" (*Ibidem*, p. 298).

dependiendo de la petición del Ministerio Público y la autorización del juez (art. 7). En otras disposiciones de la misma Ley (arts. 12 a 14) existen previsiones acerca de la investigación criminal.

El artículo 8.º, de la norma penal peruana disciplina las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas que cometan los delitos de blanqueo de activos, y que van desde multa de cincuenta (50) a trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias, pasando por el cierre temporal o definitivo de establecimientos, y que llega hasta la disolución del ente colectivo.

El origen ilícito se entiende a partir de los delitos previstos en el artículo 6.º del Decreto Legislativo 1.106, que son el tráfico ilícito de estupefacientes, delitos contra la Administración Pública, secuestro, tráfico de menores, proxenetismo, evasión de impuestos (Ley Penal Tributaria - Decreto Legislativo 813/96), delitos aduaneros, a salvo la receptación.

La Ley contempla el decomiso de bienes (art. 9), la autonomía del delito en relación al delito antecedente (art. 10); e imprime una restricción de beneficios penales en el curso de la ejecución penal (art. 11).

La legislación en algunos momentos trabaja con delitos específicos como el secuestro (art. 152 CPPe) y, en otros, con capítulos dentro del Código Penal, como cuando trata del proxenetismo (Cap. X), donde encontramos el favorecimiento de la prostitución (art. 179 CPPe) y el tráfico internacional de personas con fines de explotación de la prostitución (art. 182 CPPe), entre otros.

Para finalizar, el Decreto Legislativo modificó la Ley 27.693, de 2002, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)⁵⁷⁸ y prevé los deberes de comunicación y las operaciones que son objeto de seguimiento, registro de operaciones, imposición de secreto sobre informaciones sospechosas trasladadas a la UIF. Esta norma revela los sujetos obligados a informar (art. 8), la preservación del registro de las transacciones (art. 9), el deber de comunicar la operación sospechosa (art. 11), estableciendo cuáles serían las transacciones sospechosas –aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera cuya magnitud

⁵⁷⁸ La ley antiblanqueo del Perú está disponible en la internet en el sitio del CICAD/OAS: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/ley_27693.pdf. Fecha de acceso: 03/08/2014.

o velocidad de rotación sea anormal, sus condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume que procedan de actividad ilícita [art. 11.a)]– y no comunes –las que, por su cuantía, características y periodicidad, no guarden relación con la actividad económica del cliente, saliéndose de los parámetros de normalidad del mercado, o sin fundamento legal [art. 11.b)]. El deber de identificación del cliente (art. 14) y el intercambio de información (art. 15) igualmente son previstos en la Ley.

De hecho, la norma antiblanqueo peruana se revela como una de las más severas de América del Sur, puesto que la pena es agravada y contempla una pena igualmente alta para delitos imprudentes.

2.9. México

El Código Penal Federal de México establece en el artículo 400 *bis* el delito de “operaciones con recursos de procedencia ilícita”.

El tipo penal de la Ley mexicana es un tipo mixto alternativo que contempla las acciones de adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir dentro del territorio nacional, de aquí para lo extranjero o la inversión de recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza con el conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

El dolo es el elemento subjetivo del tipo, no habiendo espacio para el tipo penal imprudente. La legislación penal del México demanda la presencia del elemento subjetivo del injusto consistente en el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir el conocimiento del origen, ubicación, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes; o bien alentar alguna actividad ilícita.

La ley no cuenta con un catálogo previo de delitos, sino que se menciona la actividad ilícita, lo que posibilita la inclusión de cualquier delito o contravención penal, en cuanto sea compatible con la obtención de provecho financiero para el blanqueo de capitales.

El inciso 1.º del artículo 400 *bis* de la Ley penal establece de forma un tanto innecesaria que empleados y funcionarios de instituciones integrantes del sistema financiero serán responsabilizados por el delito de blanqueo de capitales, cuando presten ayuda o auxilio a otro a cometer ese delito, además de las sanciones de la legislación financiera en vigor. Innecesaria, por cuanto que tales empleados y funcionarios están encuadrados entre las modalidades de concurso de agentes en el tipo penal del inicio, dado que el sujeto activo puede ser cualquier persona en razón de tratarse de un delito común. De hecho, la interpretación más adecuada recurre al tipo penal fundamental, pues presenta un concepto de instituciones integrantes del sistema financiero, conforme al 7.º inciso del artículo 400 *bis*, que es bastante amplio y abarca instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje (*factoring*) financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de jubilación y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

El agravante previsto en el 3.º inciso del artículo 400 *bis* autoriza aumentar la pena en una mitad, cuando la conducta ilícita sea cometida por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. Además, a tales sujetos se les impone la inhabilitación de empleo, cargo o función pública por tiempo igual al de la pena privativa de libertad, la cual perdura hasta el final de la pena a ser cumplida.

El último dispositivo de naturaleza penal del artículo 400 *bis* del Código Penal mexicano trata de la confiscación de los productos de la actividad ilícita, explicando el legislador que son considerados como tales los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando haya indicios fundados de que provengan directa o indirectamente de la comisión de algún delito, y no se pruebe la procedencia legítima de los mismos.

Al contrario que otros países estudiados, que eligieron la construcción de un sistema unificado de represión de los delitos de blanqueo de capitales en un único cuerpo legislativo, México ha adoptado la estrategia de la especialización de la legislación antiblanqueo de capitales por sectores. Para aquellos que tienen

una mayor probabilidad de ser utilizados en la práctica de los delitos de reciclaje de capitales, hay previsión de medidas singularizadas de AML: por ejemplo, instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto limitado que tienen su reglamentación en la Ley de instituciones de crédito, cuya actualización se dio en enero del presente año 2014, y cuyos artículos 115 y siguientes presentan las medidas de KYC, CDD hacia el sector, el deber de reportar operaciones sospechosas a la UIF, que es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del gobierno mexicano⁵⁷⁹.

Por otro lado, la Ley general de organizaciones y actividades auxiliares de crédito contempla en sus artículos 87, 95 y 95 *bis* las medidas de AML, y así sucede con otros diversos sectores, como sociedades de inversión y bolsas de valores, entre otros⁵⁸⁰.

La formalización de la comunicación de operaciones no usuales y sospechosas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo se hace por diversas resoluciones igualmente determinadas para concretos sectores financieros⁵⁸¹.

La ventaja de ese modelo es la especialización por sectores, lo que puede promover una fiscalización más adecuada de las conductas de blanqueo de capitales; sin embargo, su cara negativa es que la previsión de normas específicas por sectores puede promover una migración de los delitos a actividades no reglamentadas, para conseguir escapar de ese modo a la fiscalización detallada por sectores económicos.

⁵⁷⁹ La legislación mexicana de AML se encuentra en la Secretaría de la Hacienda y de Crédito Público de aquel país, y es accesible desde internet en la dirección: http://shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/InteligenciaFinanciera/Paginas/leyes_reglamento.aspx. Fecha de acceso: 04/09/2014.

⁵⁸⁰ Para más detalles podemos encontrar los sectores y los respectivos deberes de fiscalización en: http://shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/InteligenciaFinanciera/Paginas/disposiciones_crtr_geral.aspx. Fecha de acceso: 04/09/2014.

⁵⁸¹ Se puede acceder a los formularios en el sitio de la UIF de México en internet: http://shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/InteligenciaFinanciera/Paginas/formatos_oficiales.aspx. Fecha de acceso: 04/09/2014.

2.10. Estados Unidos de América

El Derecho Penal de los Estados Unidos de América está formulado bajo la forma del sistema de *common law*. Por otro lado, el federalismo del país admite la autonomía de los Estados federados para la creación de legislaciones específicas respecto de determinadas cuestiones, posibilitando la creación de su propio Código Penal y de legislación penal especial⁵⁸². Así pues, existen infracciones penales que son consideradas delitos estatales y otras que son consideradas delitos federales, siendo estas últimas las que recoge el Código Penal federal de los Estados Unidos de América.

De entrada, hemos de reconocer que los Estados Unidos de América, por su política internacional e impulso económico, influyen determinadamente en diversos sectores como política monetaria, política internacional, seguridad, militarización, asuntos económicos y ambientales, entre otros, lo que tiene evidentes consecuencias jurídicas. Es evidente, por tanto, la trascendencia global de las actuaciones estadounidenses, sin que por ello intentemos valorar la equidad o no de sus procedimientos en el escenario internacional, sino sencillamente apuntar cómo afecta este hecho al Derecho penal en el ámbito internacional.

La política criminal estadounidense, marcada por legislaciones penales con elevado grado de severidad, intenta responder a la llamada “teoría de las ventanas rotas” (“*broken windows theory*”)⁵⁸³. Pese a haber recibido razonadas

⁵⁸² La codificación penal en el ámbito federal se inició en el siglo XX, cuando la Unión enfrentó serias dificultades en la lucha contra el crimen organizado y los Estados federados no podían extender sus leyes más allá de los límites de sus territorios, razón por la que surgieron conflictos jurisdiccionales. Esos factores, condicionados por el desarrollo económico y por modificaciones sociales, generaron divergencias sobre lo que era o no delito en determinado territorio. Surgen de ese modo las primeras legislaciones federales, que tratan para cuestiones muy concretas de los llamados delitos federales, con respeto a la esfera de actuación de los Estados, que crearon sus propios códigos penales (AMADO DE FARIA SOUZA, José. “Uma visão do Direito Penal dos Estados Unidos da América”. *Justitia. Revista do Ministério Público de São Paulo*, n.º 50 [jul./sept. 1988], pp. 102-103). En abono de esta cronología, Burnham apunta que las cuestiones que implican intereses del país pasaron a ser considerados delitos federales (BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 3 ed. West Group: St. Paul [Minnesota], 2002, p. 524).

⁵⁸³ Conforme a esta teoría, el desorden y el crimen usualmente están intrínsecamente conectados en un tipo de secuencia de desarrollo. Psicólogos sociales y policiales tienden a estar de acuerdo en que, si una ventana se rompe y se la deja sin reparar, el resto de las ventanas próximas irán siendo rotas en breve. Algo que, para esta teoría, es tan cierto como la dificultad de encontrar una ventana rota en una buena vecindad. Así, tendríamos zonas donde no habita nadie que rompa ventanas, y otras habitadas por personas a quienes les suelen atraer las ventanas y quieren verlas rotas. Y como una ventana rota, sin reparar, es señal de que nadie se

críticas por la ausencia de comprobación empírica de sus resultados, la generación de un falso ‘escudo’ de seguridad y su ineficacia a la hora de reducir los índices de criminalidad⁵⁸⁴, dicha teoría ha ido tomando fuerza en la formulación de la política criminal norteamericana, extendiéndose por el resto del mundo en función del impulso económico y la fuerza directiva de la política internacional estadounidense. De hecho, ejemplos de esa formulación los tenemos en la política de “tolerancia cero” del exalcalde de Nueva York Rudolf

preocupa, entonces romper más ventanas no cuesta nada: eso siempre fue divertido (WILSON, James Q.; KELLING, George L. *The police and neighborhood safety: Broken Windows*, pp. 2-3. Disponible en internet en: <http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf>. Fecha de acceso: 19/01/2014).

⁵⁸⁴ Criticando esa teoría, tenemos las correctas ponderaciones de Wacquant, que dice que “la famosa «teoría de la ventana rota» postula que la represión inmediata y severa de las menores infracciones en la vía pública detiene el desencadenamiento de delitos mayores, (r)estableciendo en las calles un saludable clima de orden –arrestar a los ladrones de gallinas permitiría paralizar potenciales bandidos mayores. Ahora bien, esa pretendida teoría es cualquier cosa menos una teoría científica, ya que fue formulada, hace veinte años, por el politólogo conservador James Q. Wilson y su compañero George Kelling bajo la forma de un texto de nueve páginas –publicado no en una revista de criminología, sometida a la evaluación de investigadores competentes, sino en un semanario cultural de gran circulación. Y nunca ha recibido, desde entonces, el mínimos indicio de evidencia empírica” (WACQUANT, Loïc. “Dissecando a «tolerância zero»”. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponible en internet en: <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=501>. Fecha de acceso: 19/01/2014).

Giuliani⁵⁸⁵, en el movimiento “Ley y orden”⁵⁸⁶ y en la promulgación de la *Patriot Act* (Ley Patriota) tras el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Con más detalle sobre la política criminal estadounidense, cfr. SPERB RUBIN, Daniel. “Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade”. *Jus Navigandi*, año 8, n.º 62 (1 feb. 2003). (Disponible en internet en: <http://jus.com.br/artigos/3730>. Fecha de acceso: 19/01/2014.) La política fue duramente criticada, incluso en Europa, máxime con la expansión del modelo por algunos países. En Francia, Wacquant señaló que el orden social no se impone por la fuerza y con la intensificación policial sobre los jóvenes, inmigrantes y los focos de criminalidad de la periferia. Matiza el autor que la prensa sensacionalista, con su divulgación de noticias sobre provocados por la indignación de determinados sectores ciudadanos, junto a la inercia policial, fueron causa del nacimiento de esa política. La policía americana pasó a ser una empresa con un presupuesto colosal que promovía una reestructuración organizativa y que pasó a combatir la criminalidad en los focos arriba señalados. “De la misma forma que la visión neoliberal en economía se basa en modelos de equilibrio dinámico construidos por la ciencia económica ortodoxa *made in USA*, país que detenta casi el monopolio de los premios Nobel en esa disciplina, la actual vulgarización de la seguridad se presenta bajo la apariencia de un discurso científico que quiere poner la «teoría criminológica» más avanzada al servicio de una política decididamente «racional» y, por lo tanto, ideológicamente neutra y en última instancia indiscutible, toda vez que está guiada por puras consideraciones de eficacia y eficiencia. Así como la política de sumisión al mercado proviene directamente de los Estados Unidos, transformados en sociedad-farol de la humanidad, asimismo la única historia dotada de medios materiales y simbólicos capaces de convertir sus particularidades históricas en ideal trans-histórico, y de hacerlo acontecer, transformando la realidad a su imagen por todas partes” (*Ibidem*, p. 1).

⁵⁸⁶ El movimiento “Ley y orden”, “...fundamentado en el régimen punitivo-retributivo [...], defiende entre otras medidas: la pena como castigo y retribución, verdadera «venganza»; el aumento de las penas a los crímenes llamados hediondos; el aumento de la pena de reclusión y que se cumpla en establecimientos penales de seguridad máxima, siendo el condenado sometido a un excepcional régimen de severidad, distinto del destinado a los demás condenados” (HAHNEMAN FERREIRA, Alan. “«Tolerância zero» e «lei e orden»: os ‘ditos’ e os ‘interditos’ do poder punitivo - Estado de Goiás de 2003 a 2009”. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Boiteaux: Florianópolis, 2010, p. 1119.

⁵⁸⁷ Tras el ataque al World Trade Center, la Patriot Act representa una legislación penal de emergencia, que debería haber sido temporal, pero que persiste en continuar vigente en aquel país. Según Vervaele, “la referida norma es una ley extensa y compleja que introduce modificaciones sustanciales en quince leyes federales y que confiere extraordinarios poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de inteligencia” (VERVAELE, John A. E. “A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?” *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, n.º 1 [2007], p. 4). Con referencia al blanqueo de capitales, se reforzaron las medidas penales y procesales penales para su represión, dotando de mayores poderes a las FINECEN (*Financial Crimes Enforcement Network*). Vervaele lo explica de la siguiente manera: “Fueron realizadas numerosas modificaciones en la legislación penal: las penas pecuniarias fueron aumentadas hasta alcanzar el doble del valor de la transacción, hasta el máximo de un millón de dólares. También la atribución de competencia en materia penal fue sustancialmente ampliada, de modo que es posible mantener las competencias de los tribunales americanos siempre que, en la práctica del delito, una o algunas de las operaciones financieras tuvieran lugar, total o parcialmente, en los Estados Unidos, o si los bienes obtenidos de forma ilícita se encuentran, en todo o en parte, en los Estados Unidos, o si la estructura financiera o sus agentes son titulares de una cuenta en los Estados Unidos (Sec. 317). Además, se estableció la prohibición general, dirigida a bancos nacionales y extranjeros, de realizar transacciones con fondos obtenidos de modo ilícito (Sec. 318). Aun así, la expansión de la legislación sobre el blanqueo fue más allá, de modo que se ha calificado de continuado el delito de blanqueo de dinero, lográndose de ese modo que permanezca en manos de la jurisdicción americana, siempre que se hayan cometido actos vinculados a esos fondos ilícitos. Por último, el tribunal puede decretar la repatriación del imputado, de modo que si esta orden se incumpliera,

Todos los resultados políticos arriba apuntados, guiados por la formulación de la política criminal estadounidense, revelan en esencia los rasgos propios de un “Derecho penal del enemigo”. Günther Jakobs elaboró este concepto para referirse al fenómeno de sensible flexibilización o reducción de los derechos y garantías fundamentales, mediante el recrudescimiento de la ley penal, aumento de los tipos penales de peligro abstracto y de las penas en abstracto, como resultado de la creación de un Derecho penal ‘paralelo’ para determinadas personas que no pactan con el parámetro conductual ideal de la sociedad, y que son tratadas como ‘enemigos’⁵⁸⁸.

En la historia de los Estados Unidos de América siempre ha habido la necesidad de elegir un enemigo para tener un reglamento jurídico-penal más áspero, pues existe la necesidad de hacer sentir y expandir la fuerza del Estado, cuyo poder es capaz de sobreponerse al poderío del delito, frente a la búsqueda de una progresiva implementación de políticas sociales. De este modo, es costumbre en aquel país proceder a ‘seleccionar’ a los delincuentes con mayor incidencia en el catálogo penal, además de aquellos que con mayor fuerza

podrá ser aumentada la pena por el delito cometido y ser también acusado por un delito de desobediencia a una orden judicial. A todo esto hay que añadir que el blanqueo de dinero pasó a incluir, también, el capital obtenido a través de delitos violentos, de corrupción, contrabando y todos aquellos en relación a los cuales es posible la extradición. De este modo, se pasó a considerar ilícitas también todas las operaciones realizadas en los Estados Unidos con fondos obtenidos de forma ilegal. Así, por ejemplo, se creó una modalidad delictiva específica consistente en el envío de dinero a los Estados Unidos, o desde los Estados Unidos, con el fin de favorecer el acometimiento de cualquiera de los delitos antes indicados. La comisión de este delito puede servir como base para confiscar bienes hasta el valor de 10.000 dólares o más, cuando este dinero haya sido introducido ilegalmente (exportación o ingreso ilegal de sumas de dinero efectivo). Lo mismo ocurrió con relación al ingreso de dinero a través de sistemas ilícitos, como la actividad bancaria clandestina o *hawala*, que fue tipificada como delito, en aplicación de lo dispuesto en la Sec. 373. En estos últimos casos, la acusación pública no necesita demostrar que el autor sabía que estaba infringiendo una norma del sistema de concesión de licencias. Además, a los efectos de este delito quedan comprendidas en su ámbito de acción todas las estructuras financieras, con o sin servicio de clientes. El dinero obtenido de modo ilícito o el tráfico de bienes realizado con el fin de cometer un delito son objeto de incriminación específica, sin que en estos casos tampoco se requiera demostrarse que se buscaba favorecer la comisión de un delito o su receptación. También fue sancionada la falsificación de divisas extranjeras y de títulos de crédito” (*Ibidem*, pp. 13-14).

⁵⁸⁸ Zugaldía Espinar señala que la teoría se asienta sobre tres puntos: “a) La creación de tipos penales que supongan un adelantamiento sustancial del momento en que el autor ha de ser sancionado, se trata de sancionar antes de que se produzca la lesión de los bienes jurídicos en una especie de ‘ataque preventivo’ o de defensa frente a agresiones futuras. b) El establecimiento de penas que no tienen por qué ser proporcionadas a dicho adelantamiento de la punición. c) La disminución o limitación de las garantías procesales, aunque dejando a salvo unas garantías mínimas –cosa que no ha ocurrido en Guantánamo– que eviten la identificación errónea del ciudadano como enemigo (Jakobs)” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...* p. 60).

puedan lesionar los intereses del Estado. Así sucedió a principios del siglo XX con los contrabandistas de bebidas alcohólicas, contra quienes se luchaba con el verdadero objetivo de combatir la evasión de impuestos; y así ha sido después con narcotraficantes y, acercándonos ya al siglo XXI, con terroristas y blanqueadores de capitales.

Volviendo a la actualidad, la Patriot Act inspiró diversas legislaciones penales del mundo⁵⁸⁹, con una disminución de las libertades públicas trazada sobre el miedo que desde los Estados Unidos se expandió por todo el globo tras el atentado terrorista del 11-S y, con él, un expansionismo penal traducido en el aumento en las penas de delitos como terrorismo, blanqueo de capitales, tráfico de drogas, etc.

Antes de eso, sin embargo, desde los Estados Unidos se venía promoviendo la necesidad de legislaciones de *soft law* en materia de vigilancia económico-financiera a través de los mecanismos de *compliance*, y su actuación ha sido decisiva para la formulación de reglamentos internos entre las instituciones bancarias, como la Declaración de Basilea o los Principios de Wolfsberg⁵⁹⁰, que posteriormente se proyectaron en tratados internacionales como, por ejemplo, la Convención de Palermo o la Convención de Mérida, que generaron la internacionalización de sus preceptos (*hard law*). De ese modo – hay que reconocerlo–, el Derecho penal estadounidense gozaba de una preponderancia que reside en el hecho de ser uno de los pioneros en tratar sobre *compliance* en Derecho Penal, además de establecer los deberes de vigilancia y comunicación, y de ejercer fuerte influencia en la formulación de la política económica nacional e internacional de lucha contra las drogas, terrorismo y el blanqueo de capitales⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ VILLANI BONACCORSI, Daniela. *A atipicidade do crime de branqueio de dinheiro: Análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal...*, p. 112.

⁵⁹⁰ PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. "The private sector become active: the Wolfsberg process"..., p. 360.

⁵⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán. "La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando efectos positivos)". *Revista Penal*, n.º 12. Madrid: La Ley (2003), p. 3; NIETO MARTÍN, Adán. "¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?" *Revista Penal*, n.º 19. Madrid: La Ley . (2007), p.19; VOGEL, Joachim. "Política criminal y dogmática penal europeas". *Revista Penal*, n.º 11. Madrid: La Ley (2003), pp. 140 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO. Iñigo. "Análisis económico

El delito de blanqueo de capitales es considerado un crimen federal que se encuentra descrito en la primera parte (*Crimes*, “Delitos”) del US Code, en concreto en su Capítulo 95 (*Racketeering*, “Crimen organizado”), en las Secciones 1.956 (*Laundering of Monetary Instruments*, “Blanqueo de instrumentos monetarios”) y 1.957 (*Engaging in Monetary Transactions in Property derived from Specified Unlawful Activity*, “Participación en transacciones monetarias de bienes derivados de actividades ilícitas específicas”).

Respecto al delito de blanqueo de capitales, el Derecho Penal estadounidense tiene como rasgo fundamental la utilización de la interpretación auténtica, puesto que la sección 1956(a)(1) del US Code tipifica las conductas, y en las disposiciones del mismo texto legal encontramos los significados de los elementos del tipo. La criminalización alcanza las conductas de cualquier persona que realice⁵⁹² o intente realizar una transacción financiera⁵⁹³, a sabiendas de que la propiedad involucrada⁵⁹⁴ representa el producto⁵⁹⁵ de algún tipo de actividad ilícita⁵⁹⁶.

del Derecho y Política Criminal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, extraordinario 2 (2004), pp. 32 y ss.

⁵⁹² De acuerdo con la sección 1956(c)(2), el término “realizar” (“*conducts*”) abarca las conductas de iniciar, concluir, o participar en el comienzo o conclusión de una transacción.

⁵⁹³ Según la sección 1956(c)(3), “el término «transacción» incluye una compra, venta, préstamo, prenda, regalo, transferencia, entrega, u otra disposición, y con respecto a una institución financiera incluye un depósito, disposición, transferencia entre cuentas, cambio de moneda, crédito, extensión de crédito, compra o venta de cualquier acción, bono, certificado de depósito u otro instrumento monetario, el uso de una caja de seguridad, o cualquier otro tipo de pago, transferencia o entrega por, a través de o en una institución financiera, efectuados por cualquier medio”. La sección 1956(c)(4) apunta que “el término «transacción financiera» significa: (A) una transacción que de cualquier forma o grado afecta el comercio interestatal o extranjero, (i) y que implica movimientos de fondos por cable u otros medios; o (ii) implica uno o más instrumentos monetarios; o (iii) implica la transferencia de título de cualquier propiedad inmueble, vehículo, nave o aeronave; o (B) una transacción que implica la utilización de una institución financiera que se dedica, o cuyas actividades afectan al comercio interestatal o extranjero, en cualquier forma o grado”.

⁵⁹⁴ Según la sección 1956(c)(1) “el término «a sabiendas de que la propiedad involucrada en una transacción financiera representa el producto de algún tipo de actividad ilícita» significa que la persona sabía que la propiedad involucrada en la transacción representaba ingresos de algún tipo –aunque no necesariamente conociese el tipo– de actividad que constituye un delito grave bajo la ley estatal, federal o extranjera...”, y ello independiente de que el tipo esté o no recogido en la subsección (c)(7).

⁵⁹⁵ La sección 1956(c)(9) apunta que “el término «producto» significa todo bien derivado de, u obtenido o retenido, directa o indirectamente, a través de alguna forma de actividad ilegal, incluyendo los ingresos brutos de dicha actividad”.

⁵⁹⁶ La sección 1956(c)(7) presenta cuáles son las actividades ilícitas que deben ser consideradas como infracciones penales antecedentes. La ley americana es una legislación de segunda

La sección 1956(a)(1) prosigue presentando algunas circunstancias que se agregan al dolo, a saber, la intención de promover el ejercicio de una actividad ilícita específica [(A)(i)]; o la de participar en una conducta que constituya una violación de la sección 7201 o 7206 del Internal Revenue Code de 1986 [(A)(ii)], que presentan los tipos penales de evasión de impuestos. El próximo tipo penal atiende a la conducta de saber que la transacción está diseñada, en todo o en parte, con el fin de ocultar o disfrazar la naturaleza, la ubicación, la fuente, la propiedad o el control de los activos de una actividad ilícita específica [(B)(i)]; o el de evitar una transacción que exige comunicación conforme a la ley estatal o federal [(B)(ii)]. (Cabe aclarar en este punto que, a los efectos del delito descrito en § 1956(a)(1)(B), será considerada transacción financiera la que implique el producto de una actividad ilícita específica, si es parte de un conjunto de transacciones paralelas o dependientes, consistente cualquiera de ellas en el producto de una actividad ilícita específica y todas ellas parte de un único plan o acuerdo.)

Los delitos arriba señalados serán sancionados con pena de multa de no menos de US\$ 500.000 (quinientos mil dólares) o el doble del valor de los bienes involucrados en la transacción, en caso de que sea mayor su valor, o prisión por no más de 20 (veinte) años, o ambos.

La ley penal atiende asimismo a la conducta de quien transporta, transmite o transfiere, o bien intenta transportar, transmitir o transferir un instrumento monetario o fondos desde los Estados Unidos hacia o a través de un lugar fuera de los Estados Unidos, o viceversa [§ 1956(a)(2)], ya sea con el fin de promover el ejercicio de actividades ilícitas específicas (A), ya sea a sabiendas de que el instrumento monetario o fondos involucrados constituyen el producto de alguna modalidad de actividad ilegal (B) y que está total o parcialmente concebido para ocultar o disimular su naturaleza, ubicación, fuente, propiedad o el control de sus ingresos [(B)(i)] o para evitar comunicar la transacción, conforme exige la ley

generación que presenta un catálogo previo de infracciones, y el rol de infracciones es muy extenso, de modo que alcanza un número inmenso de delitos, que van desde el homicidio y pasan por delitos ambientales, terrorismo, pornografía infantil, corrupción, tráfico de personas, etc.

estatal o federal [(B)(ii)]. La pena de tales conductas será igual al del tipo penal antecedente, cuya fórmula es bastante similar a la descrita en § 1956(a)(1).

El tipo penal de la sección 1957 incrimina la conducta de quien, en jurisdicción estadounidense o fuera de ella, pero siendo persona de los Estados Unidos, a sabiendas se involucra o intenta participar en una transacción monetaria de bienes derivados de actividad criminal específica cuyo valor supere los diez mil dólares (US\$ 10.000). La pena es una multa conforme a lo dispuesto en el Título 18 del Código Penal de los Estados Unidos, o pena de prisión no superior a diez años, o ambos.

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL BRASILEÑA

SECCIÓN 1.ª EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 1.º, *CAPUT*, DE LA LEY

9.613/98: SUJETOS DEL DELITO, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

1. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE BRASIL

Concluido el análisis del bien jurídico protegido los principales documentos internacionales sobre el delito de blanqueo de capitales, y una vez trazado un panorama general del tratamiento jurídico-penal de la materia en algunos países del continente, llega la hora de tratar de la ley brasileña.

En Brasil, la materia pasó a reglamentarse solo con la promulgación de la Ley 9.613/98, ya que con anterioridad únicamente existía la previsión del Código Penal de 1940 sobre los tipos penales de receptación (artículo 180) y de favorecimiento real (artículo 349). No obstante, la Ley 12.683/12 promovió una sensible alteración en la legislación penal que tipifica los delitos de blanqueo de capitales, modificando los tipos penales, además de otros aspectos.

De aquí en adelante, a lo largo de los distintos apartados de este epígrafe, procederemos a analizar sus principales aspectos penales; en concreto, la tipología penal presente en la Ley 9.613/98, sin olvidar las modificaciones producidas con la entrada en vigor de la Ley 12.683/12⁵⁹⁷ y el enjuiciamiento de la AP 470, STF.

⁵⁹⁷ La Acción Penal 470 representó un hito en la justicia penal brasileña, puesto que implicó el emblemático procesamiento en el Tribunal Constitucional brasileño (STF) de senadores, diputados y políticos por cuestiones relativas a blanqueo de capitales y su relación con el delito antecedente, introduciendo elementos poco difundidos en el Derecho Penal brasileño (responsabilidad penal de dirigentes, agentes de *compliance*, efectos en los delitos omisivos impropios, efectos de la condenación...). De aquí en adelante, en el texto hay varias referencias a los hechos analizados y juzgados, con el fin de posicionarnos en algunos de los puntos más controvertidos.

El blanqueo de capitales presenta efectos dañosos para la economía mundial, de modo que inicialmente habremos de definir de forma válida la incidencia del reciclaje de activos, toda vez que se necesita establecer qué sistema regirá para la determinación de los delitos antecesores que culminan en el blanqueo. Como regla general, se utiliza el sistema económico-financiero para poder reutilizar de forma lícita los fondos provenientes de delitos.

Al tratarse de actividades ilícitas transnacionales, involucran un gran aparato logístico con vistas a diluir el origen de sus dividendos y eliminar de ellos toda traza de ilicitud. En ese sentido, cabe recordar como ejemplos de tales ilícitos penales el tráfico de estupefacientes y el comercio ilegal de armas de fuego, así como infracciones contra la libre competencia y delitos financieros a través de los llamados “delincuentes de cuello blanco”⁵⁹⁸. No obstante, no son esas las únicas formas de delito utilizadas para la promoción del reciclaje de activos, siendo consciente el Estado de que se utilizan otras formas de ilícito penal para la promoción de la reutilización del capital. Aquí surge, entonces, la primera e intrincada cuestión de este epígrafe, a saber, cómo afecta a los delitos precedentes el sistema de reglamentación de la materia.

El reciclaje de capitales, como veremos más adelante, es una actividad que se retroalimenta en los delitos antecedentes. El delito previo depende, necesariamente, de la existencia de un aparato ilícito que pueda convertir el dinero ‘sucio’ en activos de origen lícito y posibilite su reemplazo en la economía. Así pues, ambos deben coexistir simultáneamente. Acerca de la positivación de la materia jurídica existen algunos sistemas que pretenden presentar una pronta respuesta social al delito, y cuyas respuestas oscilan entre un sistema abierto y uno estrictamente cerrado, los cuales pasaremos a explicar.

⁵⁹⁸ Sutherland, criminólogo americano, acuñó la expresión “*White Collar Criminality*” definiéndola como el “crimen cometido por una persona de respetabilidad y elevado *status* social en el ejercicio de su profesión” (SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime: the uncut version*. Yale University Press: New Haven [Connecticut], 1983, p. 7).

2. LEGISLACIÓN PENAL Y SUS MODELOS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS EN REFERENCIA A LOS DELITOS PRECEDENTES

El primer sistema adoptado en las legislaciones penales fue el modelo unitario (concepción original o restrictiva), basado en la idea primaria sobre el blanqueo de capitales, puesto que se consideraba que los principales delitos precursores eran los únicos susceptibles de caracterizar el reciclado. En España se adoptó inicialmente ese sistema antes de la reforma de la legislación penal de 1995, cuando el único delito previo era el tráfico de estupefacientes. Se consideraba, por tanto, este crimen como el único antecedente susceptible de configurar el reciclaje de capitales, por lo que podemos tenerla por una legislación penal de primera generación. Pero este sistema ignora la realidad, pues, pese a prever una gama selectiva de delitos con capacidad para configurar el delito que comentamos, restringe excesivamente la incidencia del blanqueo de activos e ignora la mutación y evolución de los delitos dentro de la sociedad. Así pues, se trata de un método ineficaz desde la perspectiva político-criminal de lucha contra la actividad operativa del blanqueo de activos.

El segundo reglamento que pasaría a guiar la represión de la legalización de activos fue el modelo cerrado (concepción mixta o intermedia), según el cual la ley penal recogería una gama de los delitos susceptibles de ser caracterizados como violación a la Ley 9.613/98; o sea, presentaba un “catálogo de infracciones”⁵⁹⁹, configurando una legislación penal de segunda generación.

Por fin, el último sistema es la legislación penal de tercera generación, en que cualquier delito o contravención penal puede, en teoría, ser susceptible de configurar el blanqueo de capitales, dependiendo exclusivamente de su adecuación concreta al delito que comentamos. El sistema se ajusta a las previsiones prescritas en una gama que atiende al bien jurídico afectado, o bien a la clasificación indicativa de capítulos del Código Penal, que evalúa la potencialidad para facilitar el blanqueo de activos⁶⁰⁰. La legislación brasileña

⁵⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 374.

⁶⁰⁰ En ese sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 9.613/98 dice: “Aunque el narcotráfico sea la fuente principal de las operaciones de blanqueo de dinero, no es su única vertiente. Existen otros ilícitos, también de especial gravedad, que funcionan como círculos viciosos con relación al blanqueo de dinero y a la ocultación de bienes, derechos y valores. Son el terrorismo, el contrabando y el tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción, la extorsión

adoptó ese último parámetro en los incisos del artículo 1.º de la Ley 9.613/98. La adopción de este sistema puede evitar que sobrevengan lagunas de punibilidad, pues la antigua redacción de la Ley 9.613/98 contemplaba los delitos del artículo 337-A del CPb⁶⁰¹, insertos entre las infracciones penales contra la Administración Pública; por tanto pueden, en teoría, ser delitos antecedentes, aunque en esencia son delitos contra el orden tributario idénticos a los descritos en la Ley 8.137/90 o en el artículo 168-A del CPb. Estos, sin embargo, no podrían ser delitos antecedentes, en razón de la previsión en sentido contrario de la antigua Exposición de Motivos de la Ley 9.613/98⁶⁰² y de la ausencia de uniformidad de procedimientos en cuanto a la tipificación de las conductas.

El problema también podría solucionarse adoptando un sistema basado en el bien jurídico afectado, que funcionaría mejor que un sistema asentado sobre una clasificación tipológica de los delitos en las legislaciones o en el Código Penal. Evitaría la posibilidad de contradicciones internas en el sistema, como se da en el caso de que los delitos patrimoniales no podrían ser considerados delitos antecedentes, salvo la extorsión mediante secuestro. Y es que el sistema intermedio de fijación previa de un agrupamiento de delitos acaba por fallar, generando lagunas que erosionan y quebrantan la equidad en el

mediante secuestro, los crímenes practicados por organización criminal contra la administración pública y contra el sistema financiero nacional. Algunas de esas categorías típicas, por su propia naturaleza, por las circunstancias de su ejecución y porque caracterizan formas evolucionadas de una delincuencia internacional o porque se manifiestan en el panorama de las graves ofensas al Derecho penal doméstico, componen la vasta gama de la criminalidad de los respetables. En relación con esos tipos de autores, el blanqueo de dinero constituye no sólo la etapa de reproducción de los circuitos de ilicitudes, sino también, y principalmente, un medio para conservar el *status* social de muchos de sus agentes”.

⁶⁰¹ Artículo 337-A del Código Penal brasileño: “Suprimir o reducir las contribuciones de asistencia social de pensión y cualquier mejora, mediante las siguientes conductas...”.

⁶⁰² Exposición de Motivos, ítem 34: “Obsérvese que el blanqueo de dinero tiene como característica la introducción, en la economía, de bienes, derechos o valores provenientes de actividad ilícita y que representaron, en el momento de su resultado, un aumento del patrimonio del agente. Por eso el proyecto no incluye, entre los delitos antecedentes, los que no representan agregación al patrimonio del agente de nuevos bienes, derechos o valores, como es el caso de la evasión de impuestos. En esta, el núcleo del tipo se constituye en la conducta de dejar de satisfacer obligación fiscal. No hay, como resultado de su práctica, un aumento de patrimonio con la agregación de valores nuevos. Hay, esto sí, mantenimiento del patrimonio existente resultante de no pagarse lo que es de obligación fiscal. Sería irrazonable que el proyecto viniera a incluir en el nuevo tipo penal –blanqueo de dinero– la compra, por quien no cumplió obligación fiscal, de títulos en el mercado financiero. Es evidente que esa transacción se basa en la utilización de recursos propios que no tienen origen en un ilícito”.

tratamiento jurídico de la materia⁶⁰³, además de no contribuir a la rapidez necesaria para combatir el flujo de capitales ilegales en la economía, ni evolucionar con los medios de realizar el escamoteo de los activos.

Hay sectores de la doctrina que incluyen, además de las figuras arriba mencionadas, los crímenes de responsabilidad, forzosamente considerados infracciones penales desde el Derecho constitucional⁶⁰⁴. A nuestro entender, esta consideración no se sostiene, pues se trata de un acto lesivo de naturaleza no penal, que configura una infracción político-administrativa⁶⁰⁵, de la misma forma que los actos de improbidad administrativa o los resultantes de ilícitos civiles contra intereses individuales, colectivos o difusos.

Por su lado, el sistema abierto (extensivo o amplio) es aquel en que la ley se limita a prever que toda infracción penal es apta para configurar el delito de blanqueo de capitales, sin distinguir entre la gravedad del delito anterior y la naturaleza de la infracción –o sea, constituye delito o contravención penal. La normativización ofrecida por ese sistema es estrictamente abierta, no importando la gravedad de la pena, que puede ser corta o no –y de ahí la irrelevancia de la

⁶⁰³ Acerca de los niveles de racionalidad de la ley penal, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais...*, pp. 103 y ss. En ese tono, criticando la legislación brasileña: GODINHO COSTA, Gerson. “O tipo objetivo da lavagem de dinheiro”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. [Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro]. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, pp. 36-37.

⁶⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. RT: São Paulo, 2012, p. 84.

⁶⁰⁵ Entre los constitucionalistas en la doctrina brasileña, afirman que los crímenes de responsabilidad son mera infracción político-administrativa, pero no delitos: FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional...*, p.925/926. En nuestro posicionamiento que sustenta la imposibilidad de que los crímenes de responsabilidad sean considerados infracción penal se agrega que la propia Ley 1.079/50, en su artículo 3.º, que la prevé establecer que sus sanciones de pérdida del cargo e inhabilitación para función pública no aleja la posibilidad de sanción penal por delito común y el no atendimento del artículo 1.º, de la Ley de Introducción al Código Penal (Decreto Ley 3.914/41) que prevé que “se considera delito la infracción penal para la que la ley establece pena de reclusión o de detención, sea aisladamente, sea alternativa o cumulativamente con la pena de multa; contravención, la infracción penal para la que la ley establece, aisladamente, pena de prisión simple o de multa, o ambas, alternativa o cumulativamente”. Aunque se considere la sentencia del STF en que se reconoció una despenalización moderada (STF, RE 430015 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 27/04/2007) consistente en la alteración de penas del artículo 28, de la Ley 11.343/06 por el hecho de que el delito de transporte de sustancia estupefaciente contemple como penas la advertencia verbal, la prestación de servicios a la comunidad y la medida educativa de presentarse a cursos o programas educativos, las penas de los delitos de responsabilidad son, en verdad, efectos de la sentencia, y no efectivamente pena.

caracterización de la ofensividad de la conducta realizada por el legislador. La flexibilidad de esa regla se consagró con la adopción, vía normativa, de un concepto que admita sólo infracciones penales de naturaleza grave, excluyendo por tanto las contravenciones penales.

Ese sistema fue el adoptado en el CPe, en el artículo 301, posteriormente modificado con la reforma que en 2010 incluyó la expresión “infracciones” que, en teoría, admitiría la contravención penal o falta, como se denomina en España, pero que, en verdad, para la mayoría de la doctrina solamente implica la adopción de la teoría de la accesoriedad limitada, dispensando la condena previa por el delito antecedente⁶⁰⁶. No obstante, una de las principales fuentes de blanqueo de activos en Brasil es el llamado “*jogo do bicho*”, que constituye una contravención penal, y que se emplea para legalizar capitales. Además, es discutible incluso su exclusión como contravención penal, aunque antes de la creación de la Ley 12.683/12 existiera un proyecto de ley en el Senado Federal que pretendía insertarlo en la gama de delitos previos, junta a otros delitos como la evasión de impuestos, el tráfico de seres humanos y el lenocinio.

La indagación sobre este sistema en los moldes que nos ofrece España concluye con un intenso cuestionamiento acerca del principio legal de la taxatividad, porque admite elementos que ocasionarían que cualquier delito fuese previo al blanqueo de capitales, sin que hubiera certeza respecto a su encuadramiento entre las infracciones preexistentes al blanqueo. Además, vulneraría el principio de la proporcionalidad⁶⁰⁷, al comparar la pena de este delito con la aplicada a algunos de los que pueden ser previos. *De lege ferenda*, el principio de la proporcionalidad podría ser adoptado, en teoría, como bandera para limitar la propia incidencia del tipo penal y evitar distorsiones en lo tocante al delito antecedente y al blanqueo de capitales, al sopesar las penas aplicadas a cada uno de los injustos penales.

El reglamento abierto puede, a nuestro entender, funcionar de forma más eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales, porque no delimita

⁶⁰⁶ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”. *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 79 (2011), p. 13.

⁶⁰⁷ Acerca del principio de la proporcionalidad confiérase *ultra* en el capítulo VII, ítem 5 *et seq.*

previamente las infracciones penales susceptibles de caracterizar el delito que estudiamos, lo que se adecua mejor a una criminalidad económica en verdad amorfa, que persigue ocultar las características que identifiquen su ilicitud. Así pues, el sistema amplio o extensivo consigue ser el más eficaz⁶⁰⁸, al conciliar diversos extremos de política criminal y ofrecer un tratamiento más eficaz del blanqueo de capitales, al que no considera como un fenómeno estático, sino profundamente voluble y dinámico.

El Derecho penal brasileño adoptó el sistema amplio o extensivo, tal como, en teoría, la ley penal de España. Inmediatamente surgieron críticas a la nueva sistemática penal del blanqueo de capitales brasileña, izando como banderas la banalización de la norma penal, la inviabilidad de las unidades jurisdiccionales específicas para la lucha contra el blanqueo de capitales por parte de la Justicia federal y el aumento de la crisis del sistema carcelario nacional⁶⁰⁹. Este sector de la doctrina sugiere que se adopte la sistemática previamente existente en España, conforme a un criterio de delitos graves, sugiriendo como parámetro delimitador de la infracción grave el señalado por la Convención de Palermo, o más de dos años de pena máxima, porque cantidades inferiores son consideradas como infracción de menor potencial ofensivo, o por fin el parámetro de cuatro años, puesto que ese marco es delimitador de la aplicación de las penas alternativas⁶¹⁰.

La idea planteada en las líneas anteriores no merece ser atendida, teniendo en cuenta que diversas infracciones penales perpetradas en Brasil como antecedentes del blanqueo de capitales ya están penadas con los parámetros de dos o cuatro años mencionados por este sector doctrinal (e. g. hurtos simples, la contravención penal del *jogo do bicho*), además de que, incluso adoptando el parámetro apuntado, seguiría sin configurarse adecuadamente el blanqueo de capitales y persistiría la laguna de punibilidad que la modificación buscó sanar.

⁶⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 377.

⁶⁰⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p.83

⁶¹⁰ *Ídem*.

Al respecto, señala con acierto la doctrina española⁶¹¹ que el delito en análisis posee una alta volatilidad, pasando a materializarse en formas que no se llevaban a efecto anteriormente, para beneficiarse así de la falta de norma penal que incrimine el hecho, así como de la inevitable comparación con otros delitos que estén fuera de la gama catalogada, pero que posean idéntica pena.

Al fin, la mejor orientación de política criminal ha sido la que ahora ha adoptado la ley brasileña ahora, puesto que ha dejado abierta la gama de infracciones penales, que dependen, en primer lugar, de la compatibilidad abstracta de la conducta del delito antecedente con el blanqueo de activos y de que la conducta efectivamente realizada tenga potencialidad lesiva para alcanzar el blanqueo.

3. EL DELITO DE OCULTAR O DISIMULAR BIENES, DERECHOS O VALORES ORIGINADOS EN INFRACCIÓN PENAL DEL ARTÍCULO 1.º, CAPUT, DE LA LEY 9.613/98

3.1. Tipo objetivo

El tipo penal del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98 describe las conductas de “ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de infracción penal”. Pasamos a continuación a su estudio.

3.1.1. Sujetos del delito

En este apartado analizaremos los aspectos relativos a los sujetos del delito fijados en el delito del art. 1.º, de la Ley 9.613/98, comenzando por buscar e identificar al autor y prosiguiendo por el sujeto pasivo.

El delito de blanqueo de dinero no demanda ninguna clase de cualidad especial en el sujeto activo; se trata, por tanto, de un delito común practicable

⁶¹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 188.

por cualquier persona, excepto, la persona jurídica⁶¹², que no puede perpetrar ningún delito, por absoluta imposibilidad de conducta dirigida a una finalidad, inexistencia de evaluación de su culpabilidad, incapacidad de cumplimiento de pena y ausencia de norma que establezca los criterios de su responsabilidad jurídico-penal, al contrario del CPe, que los presenta en su artículo 30, el cual será oportunamente comentado en su momento.

El sujeto pasivo es el Estado, directamente interesado en la preservación de los bienes jurídicos tutelados, a saber, por un lado el orden socioeconómico en la vertiente de la inyección lícita de capitales en la circulación de la economía; y, por otro lado, y con carácter más periférico, la administración de la justicia.

3.1.2. Conductas típicas

En principio, se trata de un tipo mixto alternativo, porque para fines de caracterización del delito en estudio basta cualquiera de los verbos previstos en la Ley penal, y en caso de que el agente cometa los dos comportamientos, responderá sólo por uno.

El comportamiento de “ocultar” significa el “acto o efecto de encubrir; encubrir, tapar; no dejar ver, esconder, guardar, evadir, no revelar, esconder fraudulentamente, no dejar ver por cualquier indicio”⁶¹³. El otro verbo, “disimular”, significa “ocultar o encubrir con astucia, disfrazar, no dar a percibir, fingir, volver poco sensible o notable, no revelar el designio”⁶¹⁴.

Las conductas de ocultar o disimular son referentes obligatoriamente a la naturaleza (cualidad, esencia, peculiaridades), origen (procedencia, modo de obtención, fuente), ubicación (local en que se encuentra, circunscrito a un determinado punto), disposición (empleo, uso, utilización, onerosa o gratuita), movimiento (circulación, modificación, alteración, cambiar, transformar) o propiedad (derecho de usar, gozar, disfrutar, disponer y recuperar de quien

⁶¹² OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Repressão da Lavagem de Dinheiro em Portugal...*, p. 57; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., pp. 555 y ss.

⁶¹³ BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, Aurélio. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11 ed. Gamma: Río de Janeiro, 1972, s./p.

⁶¹⁴ *Ídem*.

injustamente posea o detente la cosa, en el exacto sentido del artículo 1.228 del Código Civil, que se refiere al dominio) de bienes, valores o derechos.

Los verbos del tipo objetivo son comisivos, pero nada obsta que haya punición en la modalidad omisiva, puesto que existe el deber jurídico de actuar para impedir la acción conforme a los límites del artículo 13, § 2.º, del Código Penal, en relación al cual se discute si las obligaciones de los artículos 9.º a 11 de la Ley 9.613/98 serían suficientes para caracterizar tal obligación.

Los delitos de blanqueo de capitales no dependen de la conducta de ocultar o disimular, o de efectivamente reincorporar los activos a la economía legal; son delitos de mera actividad⁶¹⁵, dependiendo únicamente del inicio de la actividades con el fin de volverlos reutilizables de forma lícita, sin que demanden el perfeccionamiento de todas las fases del procedimiento de blanqueo de capitales descrito en las normativas del GAFI.

Por otro lado, otro sector de la doctrina sustenta que el delito de blanqueo de capitales es, en verdad, delito de resultado, porque la disposición del tipo objetivo “encierra una alteración en la naturaleza del *objeto del delito*, en el estado de la cosa o bien procedente de la infracción. Ocultar o disimular es al mismo tiempo un comportamiento y un resultado, una acción y su consecuencia, y ambos son elementos del tipo penal”⁶¹⁶. Además, el tipo objetivo se traza sobre el bien jurídico tutelado, que es la administración de la justicia. Pero dicha concepción no merece ser acogida, puesto que de entrada el bien jurídico es de carácter pluriofensivo, o sea, el orden socioeconómico y la administración de la justicia. La teoría que admite solamente el segundo aspecto como bien jurídico

⁶¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 82; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas...*, pp. 66-67; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 81-82. Prado dice con razón, por la distinción que esa concepción presenta, que “la doctrina italiana denomina a esa categoría de *formal*. No se trata de la mejor designación para la misma realidad, además de que todos los delitos presentan cierta *formalidad*, incluso por fuerza legal (art. 1.º, CP). Como bien se afirma, los autores italianos enfocan el injusto, diferenciando entre delito *formal* y delito *material*; al paso que los alemanes se preocupan con la acción típica, de ahí la preferencia por la nomenclatura de delito de resultado y delito de mera actividad, expresándose este último solamente la ausencia de la consecuencia causal y la suficiencia del comportamiento para la consumación del delito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 304). En sentido contrario, sustentando la formalidad del delito: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 81-82.

⁶¹⁶ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 66.

vislumbra el delito bajo un prisma político-criminal erróneo, como ya hemos dejado dicho, y afronta el fenómeno desde un prisma desequilibrado.

El delito de blanqueo de capitales no depende de la efectiva inserción del capital en la economía lícita, porque la infracción penal es de peligro abstracto, y no de peligro concreto, máxime desde el momento que los actos de ocultar y disimular no demandan expresamente en el texto legal la reinserción de esos bienes, valores o derechos en la economía. La interpretación no puede superar los límites trazados en el tipo penal incriminador, y si la ley penal no exige la reinserción en la economía⁶¹⁷, aunque sea ese el deseo del agente, no es posible ampliar los límites de la barrera del tipo penal, que se contenta con el real peligro de afectación del tráfico de capitales en la economía y la administración de la justicia.

El delito también es considerado de efectos permanentes, porque la ocultación y disimulación se posponen en el tiempo, siendo consideradas de peligro abstracto⁶¹⁸, por ser de irrelevante importancia la presencia concreta de peligro efectivo a los bienes jurídicos afectados.

La Ley de blanqueo de capitales se contenta con la realización de la conducta, aunque esta se revele perniciosa al bien jurídico afectado, importando

⁶¹⁷ Adhiriéndose a la línea de pensamiento, pero fundamentando el bien jurídico en el orden socioeconómico: BITENCOURT, Cezar Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. "*Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual*"..., p. 185.

⁶¹⁸ Los delitos de peligro abstracto son aquellos que presentan presunción absoluta de amenaza de daño o peligro, funcionando esa presunción como factor de su legitimación en tanto que justo dentro de la anticipación de la tutela penal para la protección del bien jurídico, que es finito y presenta dificultades probatorias que podrían obstaculizar la persecución penal. Esto provocaría la proliferación de delitos de este jaez y pondría en jaque su preservación, lo que respeta el principio de la ofensividad, porque no se refiere a la infracción que constituya mera violación de obediencia. En consecuencia, no violará el principio de la proporcionalidad en caso de atentar contra los parámetros de la proporcionalidad, o sea, adecuación, necesidad, relación ponderada entre medio y fin. El principio de la intervención mínima tampoco quedará vulnerado en caso de demostrarse que el único método de control social eficaz para contener tal ilícito sea el Derecho penal, una vez que todos los demás no tuvieron éxito en contener la conducta. Finalmente, su compatibilidad constitucional se reafirmada por el principio de la culpabilidad, aunque la presunción de peligro se circunscriba al injusto y no prosiga para la pena (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. RT: São Paulo, 2003, pp. 83-150). En sentido opuesto tenemos a quienes defienden que tales delitos anticiparían el estado de lesión de forma no idónea, pues el peligro no sería siquiera potencialmente realizado dentro, y la estructura del Derecho penal no sería compatible con estados de pre-lesión, lo que es adecuado para el Derecho administrativo, porque no se tiene como sanción la afectación a los derechos fundamentales principales de la persona. Colisionaría aquí un Derecho penal puramente preventivo, que se alejaría de los ideales ilustrados, con otro que no prescinde del fondo de lesión (GOMES, Luiz Flávio. "A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 8 [oct./dic. 1994], p. 78).

poco el efectivo blanqueo y su empleo en la economía formal. Ciertamente es que los bienes jurídicos afectados por la conducta son de matriz finita; de modo que es precisa una protección especial de tales intereses que se anticipe al estado de la tutela penal, bajo pena de perecimiento de este bien jurídico.

No se consideran inconstitucionales los delitos de peligro abstracto, aunque esa técnica legislativa es adoptada completamente dentro de la legislación penal, y en el caso del delito en análisis, no hay otro medio para salvaguardar el bien jurídico constitucionalmente firmado sino a través de esa tipificación penal. No hay vulneración a la ofensividad, porque, en razón de que el orden económico presente recursos escasos y limitados⁶¹⁹, su ilimitada explotación puede causar daños irreversibles.

La ley penal hace alusión a la expresión directa o indirectamente provenientes de infracción penal, donde lo directamente son los productos obtenidos con el delito, por ejemplo, dinero sustraído de agencia bancaria e indirectamente serían los frutos de los bienes, valores o derechos provenientes de contravención penal o delito, *exempli gratia*, los bienes inmuebles o moneda extranjera que hayan sido cambiados o transformados con el dinero robado.

De otro norte, se puede inferir que la expresión indirecta puede tener conexión con provecho financiero del delito, aunque su tipo penal no traiga expresamente la necesidad del mismo.

Se destaca también que, si del delito se deriva un provecho de naturaleza ilícita –como, por ejemplo, drogas o armas–, ambos serán punidos como delitos autónomos, siguiendo las disposiciones de las respectivas legislaciones penales especiales, porque los activos han de ser lícitos; y el mismo argumento se aplica en la hipótesis de los instrumentos utilizados para el delito antecedente, porque estos no implicaron un aumento patrimonial, sino que preexistían, no siendo, por tanto, susceptibles de blanqueo de capitales⁶²⁰.

⁶¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição...*, p. 95.

⁶²⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 69; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 69.

3.1.2.1. *Infracción penal antecedente, accesoriedad limitada, autonomía del delito de blanqueo de capitales y el principio de la insignificancia*

Con la Ley 12.683/12 el delito de blanqueo de capitales de la Ley 9.613/08 experimentó una modificación, pues la gama de delitos descritos en la primera redacción del artículo 1.º, *caput*, fue modificada por la expresión infracción penal, para algunos correctamente clasificado como elemento normativo del tipo⁶²¹, aunque otros la vislumbran como ley penal en blanco⁶²² que abarca todas las formas de violación de la ley penal, el delito y la contravención penal.

Se debe recordar también lo que el elemento “infracción penal” significa desde una valoración jurídico-penal, o sea, en su concepción desde el contexto de la legislación penal en vigor en cuanto que conducta, esto es, acción u omisión típica, ilícita y culpable descrita en un tipo penal⁶²³. Por tanto, actualmente basta que el hecho sea delito o contravención penal, dependiendo únicamente de que el injusto penal esté descrito en uno de los tipos penales brasileños. Por otro lado, en función de que el delito sea elemento normativo de valoración jurídico-penal presente en el tipo del blanqueo de capitales, se

⁶²¹ Prado apunta que “infracción penal es elemento normativo jurídico-penal del tipo de injusto (acción u omisión típica y antijurídica, criterio de la *accesoriedad limitada*). Es suficiente la configuración del injusto penal, independientemente de la condición personal del agente (no culpable, exento de pena). Se constituye en elemento normativo del tipo objetivo que aparece como condición típica. La expresión «infracción penal», en el sistema clasificatorio adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño, engloba tanto el crimen (sinónimo de delito) como la contravención penal, especies de injustos penales. Queda asentado, entonces, que el término delito (o delictivo) debe ser interpretado como infracción penal para efectos de este estudio” (*Ibídem*, p. 377). Igualmente: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas correlatas...*, p. 54).

⁶²² Bottini sostiene que, “al referirse la *infracción antecedente* como elemento típico el legislador utilizó la *norma penal en blanco homogénea heterovitelínea*, por la cual el tipo penal es complementado por otra norma de la misma jerarquía, pero prevista en *cuerpo legislativo* distinto, en este caso, la Parte Especial del Código Penal, toda la legislación extravagante y la Ley de Contravenciones Penales” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais...*, p. 83). En sentido estricto, no estamos de acuerdo en que se trata de ley penal en blanco, porque cuando la ley dice “infracción penal”, no quiso hacer alusión a la previsión en leyes que deberán integrar el concepto del tipo penal para fines hermenéuticos, sino a la caracterización del propio delito de blanqueo de capitales. Ese elemento es apurado, pues solamente ocurrirá ese tipo penal si existe ocultación o disimulación de bienes, valores y derechos cuyo origen provenga de una infracción penal. Luego la elemental infracción penal va a determinar el juicio de la ilicitud del blanqueo de capitales, puesto que la ocultación o disimulación depende de que los bienes sean obtenidos en una infracción penal, bajo pena de falta de ilicitud. (Sobre el asunto, cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: parte general*. 5 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia: 1999, p. 333; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal – Parte General...*, p. 233; en el Derecho penal económico: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia. 2007, pp. 248 y ss.)

⁶²³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 376.

considera que el agente debe tener pleno conocimiento del procedimiento u operaciones de blanqueo del capital y conciencia de que el capital proviene de un injusto penal⁶²⁴.

La legislación penal que regía el reciclaje de activos ilícitos adoptaba el sistema cerrado, de modo que solo podía ser configurado como delito antecedente el que estuviera incluido en la gama cerrada trazada por la Ley, mientras que las demás conductas no descritas en la gama configurarían otro crimen, independientemente de la incriminación por blanqueo, conforme al principio de la legalidad en su vertiente de taxatividad.

La Ley 9.613/98 adoptaba un reglamento mixto, trazando en determinados casos los delitos que caracterizan el blanqueo, y presentando en otros el bien jurídico ofendido (v. g., respectivamente, extorsión mediante secuestro y delitos contra la Administración Pública o el sistema financiero nacional), lo que generaba un modelo legislativo pautado por la irracionalidad, causa de sensibles lagunas de punibilidad. Independientemente de eso, el legislador penal adoptó las recomendaciones existentes en el ámbito internacional, además de las notorias llamadas de atención por parte de la doctrina⁶²⁵, y en 2012 promovió, con la Ley 12.683/12, la inserción del modelo abierto de tipificación de la infracción penal antecesora del blanqueamiento de capitales, modificando la estructura típica del artículo 1.º, *caput*, y §§ 1.º y 2.º, de la Ley 9.613/98.

La innovación penal posibilita que cualquier delito o contravención penal sea –en teoría– susceptible de configurar el delito antecedente, manteniéndose el acierto del artículo 2.II de la Ley 9.613/98, que admite el blanqueo de capitales

⁶²⁴ Bajo el prisma de la ley previa, sustentando que era necesaria la plena conciencia de la caracterización de uno de los delitos anteriormente tratados: CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 77 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 116. En el Derecho penal argentino, cfr. CESANO, José Daniel. “Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo”. *RDPPP*, fasc. 2 (feb. 2007), pp. 226-236.

⁶²⁵ Puntualiza Fabián Caparrós: “Es obvio que la generalización del abanico de *predicate offences* redundaría en beneficio de la sustantividad propia del blanqueo respecto de las infracciones previas, fortaleciendo su neto carácter socioeconómico” (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales”. En *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. [Coord: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Ana Elisa Liberatore Bechara]. Universidad de Salamanca: Salamanca, 2013, p. 354).

en la hipótesis de infracción penal antecedente o de inicio del procedimiento de blanqueo en otro país. No obstante, se percibe con claridad que la ampliación promovida por la ley penal no banalizará el Derecho penal, puesto que no todas las infracciones penales son aptas para la caracterización del blanqueo, dependiendo de un *ante factum impunibile*⁶²⁶, de la lesividad al bien jurídico tutelado y, en algunos casos, del concurso de un *post factum impunibile*⁶²⁷.

Atendiendo a principios esenciales de Derecho penal cuyo origen se nutre de la CRFB y que se repiten en el CPb, en especial la anterioridad de la ley penal, así como la prohibición de la retroactividad de la *lex gravior*, tenemos que las modificaciones promovidas por la Ley 12.683/12 no afectarán a hechos perpetrados antes de su entrada en vigor. La razón de negar ese efecto retroactivo reside en que la inclusión del elemento del tipo “infracción penal” aumenta el alcance del derecho de punir, cuya incidencia se encontraba limitada por la caracterización de la gama de infracciones antecedentes previamente delineadas en la ley penal, lo que es más gravoso para el autor del delito.

A los fines de caracterización de la infracción penal, es necesario el perfeccionamiento del delito dentro del concepto analítico de delito, o sea, el delito es el hecho típico, ilícito y culpable, en consonancia con la opinión mayoritaria predominante en la doctrina penal. Así pues, para que exista la caracterización de delito, es necesaria la tipicidad, la cual está conformada por una conducta (acción u omisión penalmente relevante), el nexo de causalidad, el resultado típico y un tipo penal que describa los elementos objetivos,

⁶²⁶ La adecuación de la infracción penal antecedente al delito de blanqueo de capitales dependerá de su efectiva potencialidad para el blanqueo, pudiendo incluso ser justificada en aspectos ajenos al dolo o a la culpa del delito previo. Por ejemplo, si el autor promueve la deforestación en área de preservación permanente, concurre el perfeccionamiento del delito ambiental del artículo 55 de la Ley 9.605/98, que, *per se*, no sería apto a la configuración del reciclado. Sin embargo, si en el mismo ejemplo el agente realiza la deforestación mediante la recepción previa de una cuantía en dinero, y vuelve a emplearlo en la compra de propiedades rurales o camionetas, o guarda ese dinero con el dolo de blanquear el capital, entonces habrá ocultación o disimulación del origen (delito ambiental) y estará configurado el blanqueo de capitales porque la recepción de dinero resultó de la práctica de un delito ambiental preexistente y con bien jurídico diferente.

⁶²⁷ El delito del artículo 158 del Código Penal es considerado delito de mera conducta, siendo la recepción de los valores mero agotamiento del delito, que se consuma con la grave amenaza o violencia aliada a la exigencia de ventaja indebida. La recepción del provecho por el autor en nada afecta al perfeccionamiento del delito, que ya está consumado. Sin embargo, el producto financiero consustanciado en ventaja de carácter económico puede ser objeto de posterior reciclaje de capitales cuando el agente o tercero, consciente del origen espurio del capital, oculta o disimula su origen.

subjetivos y normativos. Por el contrario, se rechaza su caracterización cuando presente la coacción física irresistible, el error de tipo, error en la ejecución, además de la falta de tipicidad para aquellos que defienden la imputación objetiva del resultado, entre otras. Además, en un segundo nivel se hace necesaria la ilicitud, o sea, que ese comportamiento sea contrario a Derecho, injusto, sin que exista ninguna circunstancia justificadora del comportamiento, de entre las excluyentes de ilicitud descritas en el artículo 23 del CPb, incluyendo el consentimiento del ofendido en los delitos en que es admitida.

Finalmente importa señalar que, configurado el injusto penal, es necesario que el mismo sea culpable, caracterizado a través de un juicio de reprochabilidad del hecho y la evaluación sobre la capacidad o no de sumisión de la persona al ordenamiento jurídico-penal por sus condiciones biopsicológicas (inimputabilidad), potencial consciencia de la ilicitud (aptitud para conocer la ilicitud del comportamiento) y la inexigibilidad de conducta diversa (el Derecho no podría, ante las circunstancias fácticas concretas, demandar que el sujeto se comportara de modo diferente). Se refuta aquí la presencia de la culpabilidad en presencia del error de prohibición (art. 21 CPb), el orden superior jerárquico no manifiestamente ilegal, coacción moral irresistible (art. 22 CPb), además de otras hipótesis.

Se discute en Brasil si el Código Penal de 1940 adoptó el concepto bipartito⁶²⁸, dado que la legislación penal acogió la expresión “exención de pena” para la hipótesis de exclusión de la culpabilidad, como en los artículos 20, 26, 143 y 181 del CPb, lo que revelaría que la culpabilidad es mero presupuesto de aplicación de la pena. Por otro lado, hay quienes consideran, más acertadamente, que se ha adoptado un concepto tripartito de delito, conforme al cual la culpabilidad, por referirse a un juicio de represión del injusto penal, no puede ser mero presupuesto de aplicación de la pena, aunque sí constituir una referencia para la caracterización del delito, porque si la conducta se dirige, de modo finalista, a un resultado, la culpabilidad no puede ser considerada mero

⁶²⁸ Sostienen que la teoría tripartita del delito es la ideal, pero que el Código Penal adoptó la bipartita: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais...*, pp. 84-86.

elemento autorizador de la pena, y sí elemento determinante de la propia caracterización del delito⁶²⁹.

A pesar de ello, la Ley 9.613/98 adopta la teoría de la accesoriedad limitada a los fines de reconocimiento del delito antecedente, bastando el injusto penal para caracterizar la infracción penal antecesora. Así pues, el grado de correlación con el delito antecedente debe ser al menos típico e ilícito, de modo que, obviamente, en el caso de que la infracción penal esté cubierta por una excluyente de tipicidad o de ilicitud del artículo 23 del CPb (estado de necesidad, legítima defensa, estricto cumplimiento del deber legal, ejercicio regular de derecho), caerá fulminada la posibilidad de responsabilidad penal por el delito de reciclaje de capitales. Por otro lado, en el caso de que la infracción penal antecedente esté marcada por una excluyente de culpabilidad (inimputabilidad, inexigibilidad de conducta diversa, potencial conciencia de la ilicitud, coacción moral irresistible, orden superior jerárquica no manifiestamente ilegal y error de prohibición), o caracterizada una causa de extinción de la punibilidad, aún así persistirá la caracterización de blanqueo de capitales de los bienes, valores, derechos o productos resultantes de aquel delito, porque la Ley de blanqueo demanda solo el injusto penal de la infracción penal antecesora, conforme al artículo 2.III.b), § 1.º, de la Ley 9.613/98.

Con relación a la autonomía, destaca esencialmente el aspecto relativo al bien jurídico y a la dogmática de la accesoriedad limitada.

Para el reciclaje de activos ‘sucios’ se adopta la regla genérica establecida por el Código Penal para el concurso de agentes, habiéndose adoptado, entre las teorías sobre la materia, la de la accesoriedad limitada, en detrimento de las vertientes mínima, máxima o híper. Esto quiere decir que basta que el hecho sea típico e ilícito, importando poco si el agente es culpable o si hay sentencia penal,

⁶²⁹ De acuerdo con la segunda visión: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, vol I...* p.293/300; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. I..., p. 275; ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios de Direito Penal...*, pp. 73-80; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 2 ed. Río de Janeiro: Forense, 2013, p. 129; ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal, parte geral...*, pp. 742-743; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de Direito Penal...*, p. 40. En sentido contrario: FABBRINI MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal*, vol I. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 98; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3 ed. RT: São Paulo, 2010, pp. 418-423.

o incluso si el delito antecedente ha tenido lugar en el extranjero⁶³⁰, pues en este caso es suficiente la doble incriminación y la ausencia de previsión en sentido opuesto.

En el escenario probatorio, la prueba indiciaria⁶³¹ puede ser suficiente para la configuración del delito antecedente, dispensándose la dilación probatoria de un delito antecedente, como reflejo lógico de la adopción de la teoría arriba mencionada sobre el concurso de personas, siempre que tales indicios –es cierto– queden meridianamente claros en lo que toca a la comprobación del delito antecedente, o sea, que se demuestre un hecho mínimamente circunstanciado⁶³². Así pues, en definitiva, depende de una verificación dentro de las máximas de prueba en el proceso penal.

El hecho precedente demandaría la presencia de indicios que sucesivamente se agregasen para probar el elemento, con la producción de pruebas aptas para constatar el delito anterior: por ejemplo, la existencia de operaciones financieras sucesivas en disonancia con el reglamento de la materia o con el objetivo de eludir la fiscalización, la aprehensión de sustancias estupefacientes, sucesivas relaciones comerciales que revelen desnivel

⁶³⁰ MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 72; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 111 y ss.; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 84-85; MARTIN DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e Prática...*, pp. 41 y ss.; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 356; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...*, p. 118; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 375-376; CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 93; MELO LIMA, Vinicius de Melo. “Apontamentos críticos à lei brasileira de lavagem de capitais”. *RD*, n.º 18 (jul./dic. 2002), p. 170. En sentido opuesto, en Portugal, véase: OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Repressão à lavagem de dinheiro em Portugal...*, p. 41; CAVALIER, Ophélie; PINTO, Ricardo. *El delito de lavado de activos como delito autónomo*. Washington: CICAD ONU (Disponible en internet en: www.cicad.org. Fecha de acceso: 12/07/2008).

⁶³¹ Afirma Moro: “La autonomía del delito de blanqueo significa que puede haber condena por delito de blanqueo independientemente de la condena o incluso de la existencia de proceso por el crimen antecedente. De forma semejante, si no existe proceso por delito de blanqueo por causa del crimen antecedente, no se hace necesario comprobar la materialidad de este, con todos sus elementos, en el proceso por crimen de blanqueo. Sí se hace necesario comprobar que el objeto del blanqueo es producto o proveniente de delito antecedente, exigiendo alguna producción probatoria relativa al delito antecedente. Sin embargo, tal prueba puede ser, conforme a la senda del § 1.º, del artículo 2.º, meramente indiciaria” (MORO, Sérgio Fernando. “O Processo Penal no crime de lavagem”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. [Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro]. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 120).

⁶³² CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 94 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 120.

patrimonial, la existencia de patrimonio incompatible con la renta declarada o la práctica de corrupción activa contra servidores de la fiscalización estatal. En fin, ráfagas que se unen para dar cuerpo a la prueba que autorice reconocer el delito antecedente y, consecuentemente, el blanqueo de capitales.

Esa regla se adopta también en España, aunque con una diferencia: el Derecho positivado en aquel país admite la forma culposa del blanqueo de capitales, lo que no ocurre en Brasil. Se vincularía así al conocimiento potencial o efectivo del origen ilícito de los bienes en sentido lato del delito precedente, al revés de lo que ocurre con el delito de receptación del artículo 180 del CPb.

Por otro lado, hay quien cuestiona la técnica adoptada por la Ley 9.613/98, en especial en lo relativo a la adopción del sistema de prueba indiciaria del delito precedente, que presentaría una prueba frágil limitada a la presencia superficial del delito antecedente, vulnerando sensiblemente las garantías penales y procesales penales de un Estado democrático de derecho. D'Ávila se muestra conforme con tal posicionamiento, y sostiene que la condena de un individuo sin la absoluta certeza de la realización de todos los elementos previstos en el tipo se opondría al primer postulado del positivismo jurídico: el principio de legalidad. Obviamente, la incertidumbre en cuanto al concurso del crimen antecedente supondría la incertidumbre respecto a uno de los elementos objetivos del tipo en cuestión, imposibilitando, consecuentemente, su adecuación legal⁶³³.

Creemos, no obstante, que dicha crítica no merece ser acogida, cuando el sistema procesal penal brasileño admite la prueba indiciaria, tipo de prueba que no se prestará a comprobar, por obvio, el blanqueo de capitales, pero que corroborará la comprobación de los elementos del tipo. Admitir lo contrario sería lo mismo que consagrar la regla de la accesoriadad máxima, conforme a la cual el hecho debe ser típico, ilícito y culpable, o la de la hiperaccesoriadad, que agrega también la punibilidad del sujeto activo. Además, tal postulado contraría el principio de la autonomía del delito de blanqueo de capitales, según el cual, si existe esa independencia relativa entre los delitos, no se puede someter el

⁶³³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. "A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais". *Boletim IBCCrim*, v. 7, n.º 79 (jun. 1999), pp. 4-5. Participan de esa concepción: COSTA JR., Paulo José; QUEIJO, Maria Elisabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 196.

reciclado a la completa e irrestricta dependencia de que el delito antecedente sea comprobado en su integridad y de que la decisión condenatoria no comporte más recurso, cristalizándose en la cosa juzgada, la cual sería aún susceptible de revisión criminal. Tengamos en cuenta que, debido a la complejidad del escenario del delito en estudio⁶³⁴, son muchos los casos de ilícitos penales en que no son descubiertos los autores o partícipes, o en que el delito se dio en otro lugar, de modo que condicionar a ellos el blanqueo significa dificultar excesivamente la adecuación típica y no conseguir construir un sistema apto a contener la macrocriminalidad económica.

Por fin, en este apartado cabe aún analizar si existe la posibilidad de la presencia del principio de la insignificancia en el delito en cuestión. Un segmento de la doctrina capitaneado por Cruz sustenta que este es posible, si bien su fundamentación oscila de acuerdo con el bien jurídico tutelado, que en caso de tratarse del orden socioeconómico, habrá de probarse por la inexistencia de afectación a la libre competencia o la transparencia de las relaciones económicas; y en el caso de tratarse de la administración de la justicia, por la falta de afectación de las actividades de investigación y persecución⁶³⁵. Y prosigue este profesor afirmando que “en los casos de *ocultación grosera o rudimentaria*, no habrá tipicidad por la falta de *peligrosidad* del comportamiento para el funcionamiento de la *Justicia* (en sentido amplio), que indica su insignificancia”⁶³⁶.

Estamos de acuerdo con lo referente a la aplicación del principio de la insignificancia en el delito de blanqueo de capitales, pero partiendo de premisas diferentes, puesto que consideramos el delito desde una perspectiva diferente en relación al bien jurídico ofendido, pues entendemos que se trata de un delito pluriofensivo con afectación al orden socioeconómico y a la administración de la justicia. Así, el delito de reciclaje de activos demandaría en la insignificancia la ausencia de ataque sensible al tráfico lícito de bienes en la economía y ausencia de afectación al sistema estatal de persecución penal.

⁶³⁴ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civis correlatas...*, p. 222.

⁶³⁵ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 68.

⁶³⁶ *Ídem*.

En lo relativo al comentario del profesor Cruz sobre la falta de peligrosidad al funcionamiento de la justicia, la hipótesis arriba descrita se amoldaría, mejor que a la caracterización del delito insignificante, al imposible del artículo 17 del Código Penal. Principalmente, por la expresa ausencia de relación entre la peligrosidad y el objeto o el medio en la dicción legal aludida; pero, además, por falta de potencialidad lesiva del objeto o del medio empleado para el reciclaje de capitales.

3.1.3. Objeto material

A efectos de la Ley de blanqueo de capitales, bienes son todos los objetos –muebles o inmuebles, infungibles o fungibles, divisibles o indivisibles, singulares o colectivos, accesorios o principales, corpóreos o incorpóreos– que se prestan a la satisfacción de necesidades o intereses humanos. Tales bienes, obviamente, deben dotarse de valoración económica, o sea, de aptitud para que sean objeto de la relación de blanqueo de los activos ilícitos⁶³⁷, abarcando el dinero⁶³⁸.

La Ley 9.613/98 incorpora un mandato que implica una agravación en relación con el Código Penal, al incluir también los derechos como bien susceptible de expropiación. Además, el artículo 7.º, *caput*, de la referida Ley autoriza su acumulación con las previsiones del Código Penal; y, en el caso, ante el principio de la especialidad en el conflicto aparente de normas, se impone la previsión de la Ley de blanqueo de capitales, que es más amplia, toda vez que se da un conflicto de leyes penales con contenido aproximado, lo que se resuelve por el principio de la especialidad.

Pero la Ley no describe lo que son “derechos”, y el artículo 91.II.b) del Código Penal nada dijo. A los fines de blanqueo de activos, sin embargo, el Decreto 5.015/04, que adoptó la Convención de Palermo sobre Criminalidad Organizada⁶³⁹, apunta el concepto de bienes, que abarcaría el de derechos, y

⁶³⁷ GODINHO DA COSTA, Gerson. *O tipo objetivo na Lavagem de Dinheiro...*, pp. 34-35.

⁶³⁸ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 325.

⁶³⁹ El artículo 2.º, en su apartado d), del Decreto 5.015/04 establece, a los efectos del Convenio, la siguiente definición: “Bienes - los activos de cualquier tipo, corpóreos o incorpóreos, muebles

que fue seguido por las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) sobre el Blanqueo de Capitales⁶⁴⁰. Por su lado, Prado dice que derecho es todo aquello que se atribuye o pertenece a algún sujeto⁶⁴¹; Mendroni lo relaciona con crédito, pero condicionándolo a su instrumentalización, y ejemplifica con los títulos de crédito, al menos en lo que comparten en su concepción en las respectivas legislaciones y en lo previsto en el decreto arriba mencionado⁶⁴².

Para la Ley 9.613/98, el concepto está estrechamente relacionado con lo previsto en el Decreto legislativo, o sea, posee puntos de conexión en lo que toca al carácter económico de los derechos, como resultante lógica del procedimiento jurídico-financiero que es el blanqueo de activos ilícitos. Así, se tiene que un bien incorpóreo o corpóreo puede materializar un derecho, por ejemplo, acciones. Por cierto, la Ley quiso hacer una diferenciación entre ambos y reducir el concepto de bienes a los materializables, palpables, y el de derecho a vínculos más abstractos, que apunten a la existencia de un vínculo obligacional subyacente. El concepto de derecho debe poseer necesariamente carácter económico. Derecho, para determinados efectos, se refiere a la exigibilidad de cumplimiento de obligación resultante de decisión judicial o negocio jurídico⁶⁴³.

Al fin, tenemos el objeto valor, para el que la ley penal también se hurtó a ofrecer un concepto cerrado y preciso. Valor es todo elemento representativo de

o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los referidos activos”. La misma idea se extrae del artículo 1.c) de la Convención de Viena sobre Tráfico de Estupefacientes, promulgada por Decreto 154/91: “Por «bienes» se entiende los activos de cualquier tipo, corpóreos o incorpóreos, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que confirmen la propiedad u otros derechos sobre los activos de que se trate”. Terra de Oliveira aporta en este sentido: “todas las cosas susceptibles de valoración patrimonial, ya que su conversión en dinero es la esencia del mecanismo de blanqueo de capitales” (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 325).

⁶⁴⁰ Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales dice en la Recomendación n.º 3: “Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

⁶⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 376.

⁶⁴² BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *O crime de lavagem de dinheiro...* p.90.

⁶⁴³ GODINHO COSTA, Gerson. *O tipo objetivo na lavagem de dinheiro...*, p.36.

dinero, lo que abarca cualquier moneda, papel-moneda, *traveler check*, implicando todos ellos una cantidad abstractamente determinada⁶⁴⁴.

Sobre todos estos institutos, en la doctrina hay quien afirma que se asemejan, estableciendo algunos que el bien abarca el derecho y el valor⁶⁴⁵, mientras que, en el otro extremo, hay quienes defienden que la expresión valor está abarcada en las de bienes y derechos⁶⁴⁶. La argumentación que defiende esta segunda línea de pensamiento es errónea, pues los institutos penales no pueden ser interpretados desde el mismo prisma que las normas de tratados y de Derecho internacional adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional. La Constitución traza una serie de principios limitadores del derecho de punir y el derecho de gentes ofrece un margen amplio para interpretación de sus preceptos; margen que, por su propia naturaleza, es incompatible con los preceptos de carácter limitativo y restrictivo provenientes del Derecho penal. Rendirse a la hipótesis de que se debe maximizar ilimitadamente el margen de alcance de los tipos penales es someterse a una idea temeraria y arriesgada para la dignidad de la persona humana y para los derechos fundamentales. Por esa razón, nos adherimos a la posición que afirma que cada uno de tales institutos posee significado aisladamente.

La interpretación amplia del concepto de valor es síntoma de la tendencia actual en favor del discurso del Derecho penal del enemigo, creado por Günther

⁶⁴⁴ BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...* p.90/91. En igual sentido, dice Costa: "Valor –y no necesariamente solo el dinero corriente– es algo que tiene contenido económico. Igualmente, moneda extranjera, en la cualidad de valor, puede ser objeto de blanqueo. Títulos de crédito, que certifican valores económicamente mensurables, pueden ser objeto de blanqueo. No debe causar extrañeza la afirmación, puesto que el delito normalmente es perpetrado por sofisticadas y complejas organizaciones criminales, en cuyo ámbito actúan sujetos con atribuciones y funciones específicas jerárquicamente organizadas. No es incorrecto usar el concepto jurídico de empresa, obviamente dirigida a la práctica de ilícitos" (GODINHO COSTA, Gerson. *O tipo objetivo na lavagem de dinheiro...*, p. 35).

⁶⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*p. 376; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 325.

⁶⁴⁶ Dice Mendroni: "Sin embargo, considerando que el Decreto n.º 5.015, de 12 de marzo de 2004, que promulgó la Convención de las Naciones contra el Crimen Organizado Transnacional, no utilizó en ningún momento el término *valores*, habiendo utilizado tan solamente los demás – «bienes» y «derechos»–, y considerando además que esta terminología *valores* también puede ser ampliada sin restricciones, pudiendo convertirse incluso en genérica de las demás (pues «bienes» y «derechos» también son «valores»), se vuelve igualmente posible concluir que la ley pretendió ser redundante, exactamente, para abarcar, en los términos de todos los Convenios, Tratados y Acuerdos internacionales, todo lo que pueda ser producto, de cualquier forma y a cualquier título, de delito de blanqueo de dinero, evitando así cualquier alegación de «falta de previsión legal» en relación con la medida de los resultados de las acciones criminales" (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 91-92).

Jakobs con su distinción en la sociedad de dos caras de una misma moneda. Una de ellas representa el Derecho penal del ciudadano que prima el respeto de las garantías constitucionales, fiel a los axiomas del garantismo penal; mientras que la otra presenta una visión opuesta, el Derecho penal del enemigo. Tales concepciones quebrantan el pacto contractual respecto a la sociedad y provocan una sensible disminución en el espectro de sus garantías procesales y la consecuente elevación de los márgenes de los tipos penales⁶⁴⁷. A todo ello se le puede objetar que constituye una violación de la dignidad de la persona humana, del principio de igualdad y de la seguridad jurídica.

3.1.3.1 Bienes, valores o derechos con procedencia directa o indirecta de infracción penal

La Ley penal hace alusión a la expresión “provenientes, directa o indirectamente, de infracción penal”, donde lo *directo* son los productos obtenidos con el delito –por ejemplo, dinero sustraído de agencia bancaria–, y lo *indirecto* serían los frutos de los bienes, valores o derechos provenientes de contravención penal o delito –por ejemplo, los bienes inmuebles o moneda extranjera que hayan sido cambiados o transformados con el dinero robado. Desde otro punto de vista, se puede inferir que la expresión “indirectamente” puede tener conexión con el provecho financiero del delito, aunque su tipo penal no haga mención expresa de su necesidad.

Así, el tipo penal puede no expresar la figura de la ventaja económico-financiera, pero si esta resultara de la actividad delictiva, será un *post factum* no punible irrelevante respecto a la tipicidad del delito precedente, pues el producto, ventaja y beneficio del delito anterior puede tener repercusiones, y la ocultación o disimulación de esos bienes, valores o derechos –por haber sido indirectamente resultantes del delito antecedente– puede caracterizar al blanqueo de capitales.

⁶⁴⁷ Con detalles, claridad y precisión, cfr. sobre el tema: GRACÍA MARTÍN, Luís. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo...*; FARALDO CABANA, Patricia. “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales: la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. En *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* (Coords.: Patricia Faraldo Cabana; Luz María Puente Aba; José Ángel Brandaríz García). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004, pp. 302-303.

La Ley de blanqueo de capitales exige que la procedencia directa o indirecta de delito y su artículo 2.º adopta la teoría de la accesoriedad mínima como regla general. Sin embargo, ello no es óbice para que las demás categorías del delito estén presentes y que ese *post factum* adquiera relevancia penal, análogamente a lo que ocurría antes con el delito de extorsión mediante secuestro, con la ventaja de que es irrelevante para la consumación de este delito, pero su ocurrencia da el sustrato necesario al blanqueamiento.

El agotamiento del delito antecedente y la utilización del provecho del delito pueden configurar blanqueo de capitales, como se verá adelante en los demás tipos penales.

A nuestro entender, Prado apunta con razón, en coherencia con nuestras ideas, que el producto del delito susceptible de tráfico comercial, o sea, las ganancias, beneficios o ventajas obtenidos por la práctica delictiva (*scelere quasita*), además del precio del delito antecedente (promesa o recompensa), pueden ser utilizados para el encuadramiento de la conducta como delito de blanqueo de capitales⁶⁴⁸.

3.1.4. Autoblanqueo de capitales

Otro punto complejo reside en la posibilidad de que los agentes involucrados en el delito precedente participen del blanqueo de capitales. En este caso, y respecto de la existencia de una autonomía relativa, inicialmente hay una separación entre el delito de blanqueo y los delitos preexistentes, evitándose el riesgo de *bis in idem*.

El autoblanqueo es una cuestión muy tratada en el Derecho penal español, e inclusive se admite expresamente en la disposición del artículo 301.1 del CPe, mientras que no existe en el Cpb.

⁶⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 376; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 69-70; MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 30. En el mismo sentido, dice Maia: “La paga por la perpetración de un crimen primario, cualquiera que sea su naturaleza, no es –en sentido estricto– producto de un *iter criminis*, pero, en cuanto que perspectiva de ganancia, condición o estímulo para su práctica, eventualmente se recibe como provecho resultante de su concreción. El provecho recibido, pues, es indirectamente proveniente del delito...” (MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 63)

Los argumentos favorables a esa posibilidad son la diversidad de bienes jurídico-penales afectados⁶⁴⁹, puesto que el delito de blanqueo de dinero presenta la pluriofensividad como rasgo identificador del bien jurídico (orden socioeconómico y administración de la justicia), por lo que no hay identidad con el bien jurídico del delito antecedente que autorice el *bis in idem*. Otro elemento invocado es el silencio del legislador, que no prohibió expresamente la imputación, como ocurre, por ejemplo, en el Código Penal italiano, cuyo artículo 648 *bis* retira el autoblanqueo. Se adhiere Callegari, quien afirma que “un argumento fuerte reside en el hecho de que el legislador no requiera expresamente para el lavado, de manera distinta de cómo lo hizo en favor o en la receptación, que el responsable no haya participado en el delito previo como autor ni como partícipe”⁶⁵⁰.

El fundamento de que el legislador brasileño no sancione al autor del delito antecedente por blanqueo de capitales, en caso de actuar en el mismo, radica en la inexigibilidad de conducta distinta, porque no se exige que el autor de la infracción penal antecedente obtenga el capital ilícito y no haga nada con él.

Debemos recordar que, para un sector de la doctrina, el blanqueo de capitales constituye un acto que ya es sancionado por el delito antecedente, lo cual incluye el contenido del injusto penal de los delitos de la Ley 9.613/98; por tanto, siempre que los activos lavados sean los obtenidos con el delito antecedente, el primero absorbe al segundo. Los agentes responderán por un

⁶⁴⁹ Admiten la punición por blanqueo de capitales y el delito antecedente: CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro...*, p. 144-146; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 52; TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 324; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2 ed. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2012, pp. 182-183; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas...*, p. 57; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 92; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 375; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 72; BRAGA PALITOT, Rômulo Rhemo. *Lavagem de dinheiro: Fenomenologia, Bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. 2 ed. Juruá: Curitiba, 2013, pp. 122-123. Cruz y Badaró también defienden la posibilidad de punición del autoblanqueo, pero destaca la tesis mencionada arriba en el sentido de que el bien jurídico protegido es la administración de la justicia, y de la cual disentimos, porque vislumbramos en él el carácter pluriofensivo (BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais...*, p. 74. Contrariamente en todas las circunstancias: PODVAL, Roberto. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial...*, p. 2102; COUTO DE BRITO, Alexis. *Crimes de 'Lavagem de ativos' (Lei 9.613-98)...*, p. 339.

⁶⁵⁰ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro...*, p. 145.

delito único, cual es el delito precedente al blanqueo de capitales⁶⁵¹ y en ese caso habría, así pues, un *post factum* impune.

En los delitos que presentan puntos de semejanza con el blanqueo de capitales, los fundamentos por la falta de punición del autor de la infracción penal antecedente residen en la identidad del bien jurídico protegido en la receptación (patrimonio), así como en la expresión de la prohibición legal del artículo 180 del CPb, además del principio de la consumación, mientras que en el beneficio real la razón es la inexigibilidad de conducta diversa, unida a lesión más dañosa a la administración de la justicia cuando promueve la obtención del blanqueo de los bienes, valores y derechos del delito anterior⁶⁵².

La identidad de bienes jurídicos no es fundamento idóneo que rechace la doble incriminación con el agente que responde por blanqueo de capitales, ya que los tipos penales de reciclaje de capitales son delitos pluriofensivos que lesionan el orden socioeconómico y la administración de la justicia, sin enlace con los bienes jurídicos afectados⁶⁵³ por la infracción penal originaria de los capitales ilícitos. La infracción penal antecedente posee diferente *iter criminis*, dado que la obtención del provecho del delito implica la consumación o mera extinción de la conducta anterior sin conexión con el blanqueo.

El delito de blanqueo de activos comienza con el fin o la extinción de la infracción que generó los bienes, valores o derechos, o sea, comienza con la

⁶⁵¹ CALDERÓN CEREZO, Ángel. *Análisis sustantivo del delito (I): prevención y represión del blanqueo de capitales...*, pp. 274-275.

⁶⁵² Cruz y Badaró afirman: “Aunque también afecte a la *administración de la Justicia*, el delito en discusión lo hace de forma más *incisiva*, más *intensa*, ya que el agente no se contenta con asegurar el provecho del delito. Va más allá, porque busca esa *seguridad* a través del *reciclado*, del *encubrimiento*, de la reinserción de los bienes en la economía formal, con apariencia lícita. Se trata de una lesión *cualificada* a la administración de la justicia que aleja la *inexigibilidad de conducta distinta*. Del agente del delito anterior se espera que actúe para asegurar el *provecho de delito*, pero que no lo haga por medio de *maniobras* para conferirle apariencia lícita, a través del uso de operaciones financieras y comerciales de aspecto legítimo. En resumen, ese *plus* con relación al mero *provecho seguro del producto del delito* justifica la posibilidad de punición del autor del delito anterior. Por eso, el delito es *común*, puede ser practicado por cualquier persona, incluso por el agente o partícipe de la infracción anterior” (BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais...*, p. 74).

⁶⁵³ Señala Filippetto: “La acción perpetrada no está dirigida a que se disfrute inmediatamente de los bienes, sino a obstaculizar la acción de la justicia o afectar el sistema económico” (FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Lumen Juris: Río de Janeiro: 2011, p. 143). Estamos en desacuerdo con el autor en cuanto a la conjunción alternativa “o”, porque el lavado de capitales afecta al orden socioeconómico y a la administración de la justicia simultáneamente, y no de forma alternada o variable.

conclusión del anterior, sin lugar a proseguimiento del *iter criminis* o *bis in idem*⁶⁵⁴. No se trata de hablar de inexigibilidad de conducta diversa para alejar la culpabilidad del que comete el reciclaje de los capitales que obtuvo de una actividad delictiva previa, porque la causa de exclusión de la culpabilidad se basa en el derecho a que, en situaciones excepcionales, se entienda que ese hecho, a pesar de todo, aun siendo típico e ilícito, no sea digno de un juicio de culpabilidad penal. La inexigibilidad de conducta distinta no puede ser aplicada aquí de modo que tolere que el individuo pueda malversar válidamente el orden económico y la administración de la justicia por medio de los procedimientos de blanqueo de activos ilegales, porque eso haría que el Estado admitiera que la economía pueda libremente ser permeada de capital limpio y sucio, sin preocuparse por ello.

Finalmente, no hay previsión expresa de la inexigibilidad de conducta distinta⁶⁵⁵ como fundamento para omitir la responsabilidad penal, como la hay en el tipo penal del artículo 349 del Código Penal; luego el agente responderá por el delito de blanqueo de capitales en concurso material con la infracción penal antecedente.

Así, el delito de blanqueo de capitales, como ya hemos visto superficialmente en el análisis del bien jurídico, posee injusto autónomo y diversificado del blanqueo de capitales y no puede ser considerado absorbido por el delito precedente o un *post factum* no punible, una vez que su independencia es destacada. De ese modo, el bien jurídico diversificado pluriofensivo del blanqueo de activos no es coincidente con el de los delitos anteriores, de modo que los agentes responden por ambos delitos⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ El fragmento del voto de la Acción Penal 470, en el Supremo Tribunal Federal (STF) dice: “No hay, en este caso, *mera extinción* del delito de corrupción, ya que la forma empleada para recibir la ventaja indebida configuró, aquí, *delito autónomo* de lavado de dinero, que afectó bien jurídico distinto” (STF, APO 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, p. 27). En igual sentido: STF, Inq. 2471, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.9.201, plenario). La comprensión del ministro no impide que el agotamiento de un mero delito pueda configurar otro con un bien jurídico muy distinto y conductas diversas.

⁶⁵⁵ FREIRE TEOTÔNIO, Luís Augusto. *Culpabilidade: Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais*. Minelli: Campinas, 2002, p. 87.

⁶⁵⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 488 y ss. En Brasil: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas correlatas...*, pp. 100-101; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 91-92; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 34-35; MARTÍN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à Lavagem de Dinheiro: Teoria e prática...*, pp. 67-68.

Destaquemos que el agente que participa del delito antecedente y también actúa en cualquiera de las fases de blanqueo de capitales acaba por incidir en este tipo penal, siendo su actuación en el contexto del delito la que determine el grado de su responsabilidad penal⁶⁵⁷, sin importar que el delito haya ocurrido en el extranjero.

Por otro lado, tampoco se justificaría desde la perspectiva de la necesidad de tutela penal que se considerase al blanqueo solo como un irrelevante penal, pues de ese modo se estaría consagrando la idea de que la afluencia de capitales sucios en la economía no causa ningún daño social merecedor de reprobación por el Derecho penal. En conclusión, el agente que comete el delito precedente, en calidad de autor o partícipe, en caso de realizar conductas recogidas en el tipo de blanqueo de capitales, estará sometido a doble responsabilidad, sin que se considere violación a la regla de la consunción.

3.2. Tipo subjetivo

El delito de blanqueo de activos recogido en el artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98 es previsto tan solo en la modalidad dolosa, de modo que para la forma imprudente sería precisa una descripción expresa en ese sentido, como se infiere del artículo 18, § único, del Código Penal.

El dolo directo, o sea, la conciencia y voluntad de ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores es el elemento subjetivo del tipo.

3.2.1. Dolo eventual

Existe, no obstante, un debate sobre la posibilidad o no del dolo eventual, ya que en él se encuentra el análisis de un elemento volitivo y uno cognitivo, o sea, es preciso querer practicar la conducta y conocer la situación de ilicitud que permea los bienes, derechos o valores; y, de hecho, la doctrina se divide en dos posicionamientos distintos bastante nivelados.

⁶⁵⁷ En el mismo sentido: SILVEIRA, Eustáquio. “Crimes de lavagem de bens, direitos e valores: processo e procedimento”. *Revista Jurídica*, n.º 255, año 46 (ene. 1999), pp. 22-28 [p. 23].

La tesis de la incompatibilidad del blanqueo de capitales con el dolo eventual se nutre de la lectura del texto de la Ley⁶⁵⁸, donde se dispone que las conductas de ocultar o disimular no comportan asunción de riesgo en lo que respecta a los bienes, valores o derechos provenientes de otra infracción penal antecedente y que no hay ningún elemento que reivindique lo contrario, haciendo que el conocimiento sea potencial o factible en el caso concreto.

Para este sector de la doctrina, además, la Ley 9.613/98 exige que la expresión “proveniente” indique la necesidad del previo conocimiento por el agente del origen delictivo del objeto del blanqueo⁶⁵⁹, como otros dispositivos penales que presentan expresamente elementos alusivos al dolo eventual – como “debe saber”–; la Ley de blanqueo, por el contrario, no ofrece ningún precepto en ese sentido. Callegari, al analizar el delito sobre la antigua redacción de la Ley 9.613/98, entiende que el autor del delito de blanqueo de capitales debe tener conocimiento absoluto de que los bienes, derechos y valores tuvieron su origen en uno de los delitos previamente recogidos en lista cerrada y que su conducta se dirige a dicha finalidad. Por el contrario, la falta de certeza absoluta conduce a la falta de elementos hábiles para la caracterización del blanqueo de capitales, porque “el artículo exige que el autor de los hechos deba actuar con alguna de las finalidades previstas legalmente, o sea, ocultar o disimular el origen delictivo de los bienes. Por tanto, no es posible la comisión en la modalidad del dolo eventual, ya que no se puede afirmar que el sujeto actúa para ocultar el origen delictivo de los bienes con base en probabilidad”⁶⁶⁰.

Así pues, y conforme a esta línea de la doctrina, el delito de blanqueo de capitales solamente queda caracterizado por el dolo directo, de modo que, si

⁶⁵⁸ En defensa de ese posicionamiento: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 158-159, el cual, a pesar de continuar no admitiéndolo, reconoce que la Ley dejó entreabierta la posibilidad; CALLEGARI, André Luís; BARAZZETTI WEBER, Ariel. *Lavagem de Dinheiro*. : Atlas: São Paulo, 2014, pp. 91-100; SILVA, Cesar António da: *Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal*, p. 51; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes: *Lavagem de Dinheiro, A tipicidade do crime antecedente...*, p. 145; PODVAL, Roberto. “Lavagem de Dinheiro”. En *Legislação Penal Complementar Interpretada...*, p. 2.103; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações civis correlatas...*, pp. 101 y ss.; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 61; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 96; FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Capitais: crime econômico da pós-modernidade...*, pp. 165 y ss.; COUTO DE BRITO, Alexis. *Crimes de “Lavagem de ativos” (Lei 9.613-98)...*, p. 337.

⁶⁵⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações civis correlatas...*, p. 62.

⁶⁶⁰ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 158.

existe situación de asunción de riesgo en cuanto al origen del capital resultante de infracción penal antecedente, tendríamos la presencia del error de tipo del artículo 20 del Código Penal, volviendo el hecho atípico por la inexistencia del tipo imprudente⁶⁶¹ de blanqueo de capitales en Brasil.

En abono de dicho posicionamiento, con el que estamos de acuerdo, en el sentido de que el blanqueo de capitales admite el dolo eventual, se añade el hecho de que varios delitos no poseen la locución “debería” o “debe saber” y aun así es indolentemente admitido a través de la jurisprudencia: por ejemplo, en los delitos de homicidio⁶⁶², favorecimiento real⁶⁶³ y delitos ambientales⁶⁶⁴. La

⁶⁶¹ La previsión legislativa del delito de blanqueo de capitales en la forma imprudente serviría para restringir el alcance del tipo doloso, en especial el alcance del dolo eventual (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales"... , p. 354)

⁶⁶² Se trata de delitos de las más variadas clasificaciones: delitos de resultado, de peligro abstracto, de mera conducta..., en que se admite el dolo eventual, aunque no exista la locución “debería saber”. La ausencia de ese elemento no desnaturaliza la posibilidad de la caracterización del dolo eventual, el cual solo puede ser repelido por previsión clara y expresa en el tipo penal, lo que no ocurrió en la Ley 9.613/98. Permitiendo el dolo eventual en esos delitos, a título ejemplificativo, cfr. con relación al homicidio: RECURSO EN SENTIDO ESTRICTO. HOMICIDIO SIMPLE Y EMBRIAGUEZ AL VOLANTE. PRONUNCIAMIENTO PRETENDIDO DESCLASIFICACIÓN DEL HOMICIDIO DOLOSO PARA IMPRUDENTE. INVIABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA CULPA CONSCIENTE. DOLO EVENTUAL CARACTERIZADO embriaguez al volante, aplicación del principio de la consunción recurso parcialmente provisto, exclusivamente para alejar del pronunciamiento el delito del art. 306 del CTB (TJPR, RECURSO EN SENTIDO ESTRICTO N.º 915713-3, VARA ÚNICA DE LA COMARCA DE ICARAÍMA. APELANTE: APARECIDO ARAÚJO DA SILVA. APELADO: MINISTERIO PÚBLICO DE PARANÁ. RELATOR: MACEDO PACHECO). En la doctrina, por todos: FABBRINI MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, vol II. 30 ed. Atlas: São Paulo, 2013, p. 29.

⁶⁶³ “APELACIÓN CRIMINAL - FAVORECIMIENTO REAL - CARACTERIZACIÓN - ELEMENTO SUBJETIVO - DOLO ESPECÍFICO. El elemento subjetivo del delito de favorecimiento real es el dolo específico consistente en la voluntad conscientemente dirigida al auxilio del delincuente, con el fin de asegurarle el provecho del delito. Sin embargo, si se trata de objeto material, basta el dolo eventual. Y actúa con dolo eventual el agente que, en la duda con respecto a uno o más elementos del tipo, se arriesga en concretarlo, pues quien actúa en la duda asume el riesgo de la práctica de la conducta típica”. (APELACIÓN CRIMINAL N° 1.0701.05.127330-1-001 - COMARCA DE UBERABA - APELANTE(S): SAMY DAVID BRAZ OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS.)

⁶⁶⁴ “PENAL. APELACIÓN. ART. 15 DE LA LEY N.º 7.802-89. APLICACIÓN DE DEFENSA AGRÍCOLA NO REGISTRADA EN BRASIL Y CUYA IMPORTACIÓN ES PROHIBIDA EN EL PAÍS. AUTORÍA Y MATERIALIDAD COMPROBADAS. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ESTATAL. HIPÓTESIS EN QUE NO SE ESTÁ A IMPUTAR AL APELANTE LA CONDUCTA DE IMPORTAR EL PRODUCTO. NO OCURRENCIA DE LA ALEGADA CONEXIÓN CON TAL CONDUCTA (IMPORTACIÓN), RESPECTO DE LA CUAL NO SE TIENEN DATOS (QUIÉN IMPORTÓ, CUÁNDO Y EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS). ALEGADA AUSENCIA DE DOLO. PRETENDIDO DESCONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE USO DEL PRODUCTO EN EL PAÍS. TESIS RECHAZADA. Pretendida desclasificación del delito *supra* por el art. 56 de la ley 9.605-98, imposibilidad, incidencia, en el caso concreto, del principio de la especialidad, condena y capitulación conferidas en la sentencia confirmadas. Recurso no provisto.1 En sustitución al Des. José Carlos Dalacqua TRIBUNAL DE JUSTICIA Apelación Criminal n.º 985.757-6.

existencia en la estructura típica del “debería saber” únicamente deja clara la posible presencia del dolo eventual, pero su inexistencia no elimina automáticamente la posible presencia del dolo eventual.

Por fin, el último argumento de matiz político-criminal por parte de este sector de la doctrina se refiere a la fiscalización particular del mercado económico-financiero, que es de incumbencia natural del poder público. Estos autores, por el contrario, sustentan que la previsión del dolo eventual para el delito en análisis permitiría una excesiva carga del flujo económico-financiero hacia el particular, que sustituiría la actividad de fiscalización propia del Estado⁶⁶⁵.

La Constitución brasileña, dentro del orden económico, adoptó como principio el liberalismo, la libertad de competencia, haciendo posible para todos la condición de la libertad en la explotación de la economía; pero eso no implica la ausencia de fiscalización y de control, máxime por cuanto que la Ley Magna presenta trazos limitadores de esa intervención, evitando la malversación de la economía por parte de los particulares. De este modo, el Estado mantiene el control sobre la actividad económica, existiendo diversos órganos de fiscalización –por ejemplo, Consejo de Actividades Económicas (COAF), Banco Central de Brasil (BACEN), Superintendencia de Seguros Privados (SUSEP), Consejo de Administración Económica (CADE)– a través de los que discurre el poder de policía administrativo y que, en el caso de delitos, mantienen el control primario de legalidad de las actividades. Todo ello aleja la posibilidad de que las personas exploten el mercado, siendo su deber el de controlar, fiscalizar y mantener sus acciones bajo el régimen de buena organización ético-empresarial a través de los sistemas de *compliance*, y evitar así la malversación de sus actividades.

Existe un sector de la doctrina que admite el dolo eventual, por no haber ninguna prohibición dentro del tipo penal o en el sistema jurídico-penal⁶⁶⁶, como

⁶⁶⁵ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 96.

⁶⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e Prática...*, pp. 49 y ss.; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 347; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 79; MORO, Sérgio Fernando. “Sobre

lo hay expresamente en la modalidad imprudente, que no es admitida en el blanqueo por la falta de previsión en este sentido. Además, como señala el profesor Prado: “Se considera innecesaria la existencia de un conocimiento *exacto, preciso o detallado* sobre la procedencia delictiva de los bienes, capitales o valores, conformándose con un mero conocimiento superficial o vago (conocimiento paralelo a la esfera del profano), sobre el origen delictivo del bien”⁶⁶⁷. Basta, por tanto, la potencialidad, lo que justifica la inclusión del dolo eventual para punición de los agentes que tengan el deber de garante expresado en la Ley 9.613/98 y fundado en el artículo 13, § 2.º del Código Penal.

Se añade que es “fundamental descubrir si hay una mínima conciencia sobre la ilicitud de la conducta y sobre el origen espurio del dinero en movimiento”⁶⁶⁸, porque el blanqueo se asienta en la premisa del silencio⁶⁶⁹ y el conocimiento sobre la ilicitud del capital en determinados procedimientos de reciclaje de activos no es directo, sino solo potencial y resultante de deberes específicos de ciertos sectores financieros previstos en la Ley 9.613/98 y en otros

o elemento subjetivo no crime de lavagem”. En *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 95 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 87-88; CARDOSO PEREIRA, Flávio. “Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?”. *RSDPPP*, v. 6, n.º 31 (abr./may. 2005), pp. 39 y ss. [pp. 32-44]; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 43. La adopción de esa línea de pensamiento podemos extraerla de la Exposición de Motivos de la Ley 9.613/98: “40. Equipara el proyecto, aún, al crimen de blanqueo de dinero la importación o exportación de bienes con valores inexactos (art. 1.º, § 1.º, III). En esta hipótesis, como en las anteriores, exige el proyecto que la conducta descrita tenga como objetivo la ocultación o la disimulación de la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de los referidos delitos antecedentes. Exige el proyecto, en esos casos, el dolo directo, admitiendo el dolo eventual solamente para la hipótesis del *caput* del artículo”.

⁶⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 347-348; CARDOSO PEREIRA, Flávio. “Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?”..., p. 39.

⁶⁶⁸ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 98-99.

⁶⁶⁹ Afirma Moro lo siguiente: “Aquel que habitualmente se dedica al blanqueo de dinero de forma autónoma, el profesional del blanqueo, es usualmente indiferente al origen y naturaleza de los bienes, valores y derechos involucrados. El conocimiento pleno del origen y naturaleza delictivos es incluso indeseable, porque puede perjudicar la alegación de desconocimiento en una futura y eventual persecución penal. El cliente, además, tampoco tiene interés en compartir las informaciones acerca del origen y naturaleza específicos del origen del delito. Cuanto menor sea el número de personas conscientes del suceso, tanto mejor. El blanqueador profesional que se muestra excesivamente ‘curioso’ puede perder el cliente o exponerse a una situación de riesgo. Lo natural, en esas circunstancias, es que sea revelado al agente del blanqueo solo lo necesario para la realización del servicio, lo que usualmente no incluye informaciones sobre el origen y naturaleza del objeto del blanqueo.” (MORO, Sérgio Fernando. “Sobre o elemento subjetivo no crimen de lavagem”. En *Lavagem de Dinheiro...*, p. 101).

cuerpos normativos. El problema reside en la comprobación del delito cuando nos encontramos ante el dolo eventual, pudiendo realizarse mediante la conjunción del análisis de las circunstancias objetivas del negocio con el de la posible presencia de algún deber especial de evitación del resultado típico previsto en la Ley 9.613/98 y en otras normas infralegales emanadas de los órganos competentes para fiscalización del sector económico-financiero.

3.2.1.1. Dolo eventual y teoría de la ceguera deliberada

Otro sector de la doctrina fundamenta el dolo eventual en el pensamiento anglosajón de la teoría de la ceguera deliberada (*willful blindness theory*), que para Moro depende de: “a) que el agente tuviera una elevada probabilidad de saber que los bienes, derechos o valores involucrados eran provenientes de crimen; y b) que el agente actuó de modo indiferente a ese conocimiento”⁶⁷⁰.

Si el agente, de modo consciente y voluntario, sabe que en su actividad hay alto riesgo de blanqueo de capitales por bienes, valores o derechos obtenidos a través de infracción penal, y aun así crea instrumentos que le impidan tener una imagen real del origen ilícito de los mismos, sabiendo que esos mecanismos sirven para disminuir la presencia de operaciones de blanqueo, y si hay elementos objetivos de que existe blanqueo de capitales, habrá el delito a título de dolo eventual por la “ceguera deliberada”⁶⁷¹. De hecho, la teoría de la ceguera deliberada parte de premisas que pueden encuadrarse como dolo eventual, porque para su caracterización es “necesario que el autor tenga conciencia de que con su conducta puede efectivamente lesionar o poner en peligro un bien jurídico y que actúe con indiferencia delante de tal posibilidad, de modo que implique aceptación de ese resultado”⁶⁷². La voluntariedad a la hora

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁷¹ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 158-159; SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal*, p. 51; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de Dinheiro, A tipicidade do crime antecedente...*, p. 145; PODVAL, Roberto. “Lavagem de Dinheiro”. En *Legislação Penal Complementar Interpretada...*, p. 2.103; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações civis correlatas...*, pp. 62 y ss.; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 100; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 96; FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Capitais: crime econômico da pós-modernidade...*, pp. 165 y ss.

⁶⁷² MORO, Sérgio Fernando. “Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem”..., p. 101.

de generar la apariencia de una hipótesis de desconocimiento sobre el origen espurio del capital representa en sí misma un riesgo de que el capital utilizado en operaciones económico-financieras haya sido originado en un delito y, por tanto, autoriza la imputación, en teoría, del delito de blanqueo de capitales.

Filippetto sostiene que, en las hipótesis de ceguera deliberada, el incumplimiento de las políticas de *compliance*, unido a la no adopción de procedimientos de *KYC*, puede generar el propio dolo directo del tipo penal de blanqueo de capitales, y no el dolo eventual, pues la realización de transacciones financieras carentes de sintonía con la actuación del agente evidencia operaciones sospechosas que deben ser comunicadas⁶⁷³. A nuestro entender, la “ceguera deliberada” autoriza la caracterización del dolo directo, porque la colocación voluntaria en situación de ignorancia o desconocimiento genera una hipótesis semejante a la *actio libera in causa*, pues, con su desinterés voluntario en no informarse, el agente actúa dolosamente para que no pueda saberse que el capital era espurio y no ser responsabilizado posteriormente de blanqueo de capitales.

Así pues, debe sucumbir el argumento de que la Ley de blanqueo de activos encaró la incidencia del dolo⁶⁷⁴ eventual, aunque la dicción legal no presente prohibición legal, y que no hay óbice a su consideración dentro del tipo penal, y mucho menos en el sistema. Este se limitó a la forma imprudente, porque el dolo eventual sirve como elemento político-criminal para punir conductas que tengan que ver con personas ubicadas en posición de garante, en vistas a evitar la creación de lagunas de punibilidad y porque la exigencia del dolo directo sería razonable solamente en relación al autor del delito antecedente y blanqueador. Y cuando se refiere a la tercera persona –lo que generalmente ocurre en fases posteriores del procedimiento–, existe la asunción de riesgo referente a los bienes, derechos y valores, pues no ha participado del proceso

⁶⁷³ FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Capitais: crime econômico da pós-modernidade...*, pp. 164). Genericamente: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 422.

⁶⁷⁴ Por razones evidentes se reconoce la imposibilidad de responsabilidad criminal en los casos de dolo subsecuente, o sea, el descubrimiento del origen ilícito del activo ‘lavado’ tras la realización de las conductas previstas en la Ley 9.613/98, incluso conforme al Código Penal, que adoptó la teoría de la actividad en cuanto al tiempo del delito en su artículo 4.º CPb (COUTO DE BRITO, Alexis. *Crimes de 'Lavagem de ativos' (Lei 9.613-98)*..., p. 338; PODVAL, Roberto. “Lavagem de Dinheiro”. En *Legislação Penal Complementar Interpretada...*, p. 2.102).

de obtención del recurso ilícito y excepcionalmente se tiene el conocimiento directo del origen espurio de los bienes, valores o derechos.

3.2.2. Error de tipo

Como hemos visto, en función de que “infracción penal” sea elemento normativo de valoración jurídico-penal presente en el tipo del blanqueo de capitales, se tiene que el agente debe tener el pleno conocimiento del procedimiento u operaciones de blanqueo del capital y tener consciencia de que el capital advenido de un injusto penal⁶⁷⁵, una vez que la ausencia de uno de ellos hace con que el error, caso existente, sea evaluado bajo los preceptos del artículo 20 del Código Penal, esto es, que sea considerado vencible o invencible, y caso el agente incurra en error que vuelva el hecho antecedente atípico o encubertado por alguna causa de exclusión de la ilicitud quedará caracterizada la presencia de error de tipo.

3.3. Tipos agravados

Las causas de aumento de la pena se aplican al tipo incriminador del artículo 1.º, *caput*, y sus párrafos, incrementándose la pena de uno a dos tercios (1/3 a 2/3) cuando el crimen es reiterado o practicado por intermedio de organización criminal (art. 1.º, § 4.º, Ley 9.613/98).

3.3.1. Organización criminal

La Ley 12.683/12 promovió una modificación en la primera redacción de la Ley 9.613/98, con objeto de ampliar la agravante para todos los delitos de blanqueo de capitales. A tal fin, insertó la expresión “de forma reiterada”,

⁶⁷⁵ Bajo el prisma de la ley previa defendiendo que era necesario la plena consciencia de la caracterización de uno de los delitos anteriormente capitulados: CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...* p.77 *et seq.*; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...* p.116. En el Derecho Penal argentino confiérase: CESANO, José Daniel. *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fascículo 2, Buenos Aires, fev.2007, p.226/236.

mientras que la antigua redacción se limitaba a incluir los delitos del artículo 1.º, *caput*, adoptando la expresión “de forma habitual”.

De la lectura de la disposición de la Ley podemos concluir que el legislador penal deseó trazar una diferencia entre la agravante relativa a la organización criminal y la referente a la reiteración delictiva, aunque haya adoptado la conjunción alternativa.

Por un lado, el aumento de la pena con amparo en la criminalidad organizada se justifica, desde la perspectiva criminológica, por la mayor magnitud del injusto, ya que la conducta de asociarse a otras personas y organizar una actividad delictiva revela un mayor desvalor de la acción, a semejanza de las reglas del Código Penal, que incrementan la pena en concurso de agentes, pandilla o banda (*v. g.*, entre otros, arts. 146, § 1.º; 155, § 4.º, IV; 157, § 2.º, II; 159, § 1.º). A pesar de esa línea argumentativa, antes de la nueva Ley de blanqueo de capitales no había mayoración de la pena basado en la prohibición de la organización criminal, pudiéndose adoptar criterios aplicados a sociedades de tipo empresarial de alta complejidad⁶⁷⁶ o los provenientes de la Convención de Palermo. No se estaba, por tanto, bajo el rigor de la regla acuñada en la delimitación por la Ley de los delitos precedentes, ni era novedosa la adopción de elementos normativos en la delimitación del significado y alcance de causas de aumento o disminución de pena.

La causa de aumento de pena es la realización del blanqueo de capitales por intermedio de organización criminal⁶⁷⁷, aunque debemos reconocer la radical imposibilidad de establecerla como crimen previo al blanqueo. En efecto, la legislación penal, pese a haber tratado en el modelo inaugurado con la Ley 12.683/12 –que revocaba en este sentido la Ley 9.034/95– el crimen organizado en el país, no recoge un crimen relativo a organización criminal, sino que únicamente la conceptúa. Recordemos que, con anterioridad, el concepto de

⁶⁷⁶ Mendroni apunta como requisitos estructura jerárquico-piramidal, división direccionada de tareas, miembros restringidos, agentes públicos participantes o involucrados, orientación para obtención de dinero y de poder, dominio territorial, diversificación de las actividades, mezcla de actividades lícitas e ilícitas y uso de violencia (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 108-113).

⁶⁷⁷ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cíveis correlatas...* p. 201; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p. 420; MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 39-40.

organización criminal en Brasil era el establecido en la Convención de Palermo, debidamente incorporado al derecho interno; pero en 2012 vio la luz la Ley 12.694/12, que presentó una modificación en la referida Ley de lucha contra el crimen organizado para definir la organización criminal⁶⁷⁸.

Así pues, la jurisprudencia brasileña antes de la modificación de la Ley 9.034/95 por la Ley 12.694/12 se orientaba a reconocer el concepto de criminalidad organizada existente en la Convención de Palermo, porque el tratado internacional ya había sido incorporado siguiendo las reglas previstas en la Constitución Federal⁶⁷⁹. Entre la doctrina existía una fuerte resistencia a la utilización del concepto del referido tratado internacional, parapetada tras el principio de legalidad, conforme al cual, para la definición de la criminalidad organizada, era necesaria una disposición o un tipo penal. Argumentaba la doctrina que el concepto traído por la referida Convención era un mero referente teórico para aplicación del propio documento internacional, y que debía ser reglamentariamente adecuado y adaptarse a las realidades criminológicas de cada país⁶⁸⁰. Otros autores, por su lado, se inclinaban por permitir adoptar ese concepto tan solo para los delitos de blanqueo de capitales de carácter transnacional⁶⁸¹.

La Ley 12.694/12 incorporó un concepto de organización criminal y resolvió así parte de las críticas destinadas a la mayorante. Por lo que respecta a la Convención de Palermo, las críticas señalaban cómo le incumbió presentar

⁶⁷⁸ El art. 2.º de la Ley 12.694/12 establece: "A los efectos de esta Ley, se considera como organización criminal la asociación de tres (3) o más personas, estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea de manera informal, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, una ventaja de cualquier naturaleza, a través de la comisión de delitos cuya pena máxima sea igual o superior a cuatro (4) años o que tengan carácter transnacional".

⁶⁷⁹ STJ, HC 171912/SP - 2010/0083490, Rel. Min Gilson Dipp, 5.ª T, j. 13/09/2011.

⁶⁸⁰ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 158-159.

⁶⁸¹ Barros defiende ese entendimiento con amparo en el artículo 5.º, § 2.º, de la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB), en concordancia con la Convención de la ONU sobre Crimen Organizado Transnacional (Convención de Palermo, Decreto 5.014/05). Sostiene este autor que el blanqueo de capitales transnacional se configura cuando sea cometido: "a) en más de un Estado; b) en un sólo Estado, pero con la condición de que una parte sustancial de su preparación, planeamiento, dirección y control tengan lugar en otro Estado; c) en un solo Estado, pero implicando la participación de un grupo criminal organizado, que practique actividades criminales en más de un Estado; d) en un solo Estado, pero produciendo efectos sustanciales en otro Estado" (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis correlatas...*, pp. 141-142).

un concepto de crimen organizado aplicable en el ámbito nacional y transnacional, según verifica el artículo correspondiente del referido tratado; pero al margen de ello, la existencia de un concepto de delincuencia organizada en ley, aplicable a los delitos de jurisdicción nacional, debería invalidar, respetuosamente, cualquier cuestionamiento. A fines de reglamentación de Derecho penal intertemporal, esta discusión quedó aclarada con la llegada de la nueva Ley de criminalidad organizada (Ley 12.850/13), que acogió un concepto de organización criminal⁶⁸² y un tipo penal específico⁶⁸³ que preveía la posibilidad expresa de responsabilidad penal por los delitos llevados a efecto por la organización, así como por el hecho de participar de algún modo en esa organización criminal.

Luego, si el blanqueo de activos tiene por base una organización criminal, no será posible la incidencia simultánea de esa agravante con el tipo penal del artículo 2.º de la Ley 12.850/13, so pena de violación al principio *ne bis in idem*⁶⁸⁴. Con la configuración de los elementos del delito de organización criminal se posibilita a la perfección el concurso de delitos con el blanqueo de capitales *ex vi legis* del artículo 2.º de la Ley 12.850/13, aunque no será posible aplicar dicho concurso vinculado a la causa de aumento de pena en virtud del debilitamiento del principio *ne bis in ídem*, porque existiría una doble punición⁶⁸⁵ por la organización criminal.

⁶⁸² Artículo 1.º, § 1.º, Ley 12.850/13: “Se considera como organización criminal la asociación de cuatro (4) o más personas, estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea de manera informal, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, una ventaja de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a cuatro (4) años, o que sean de carácter transnacional”.

⁶⁸³ El tipo penal del artículo 2.º de la Ley 12.850/13 establece: “Promover, constituir, financiar o integrar, personalmente o por persona interpuesta, organización criminal: Pena - reclusión, de tres (3) a ocho (8) años, y multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan a las demás infracciones penales practicadas”.

⁶⁸⁴ Zugaldía Espinar explica que “un principio básico del poder sancionador del Estado es el respeto al principio *ne bis in idem*, según lo cual nadie puede ser sancionado más de una vez por el mismo hecho, en base al mismo fundamento”; y prosigue apuntando que, “desde un punto de vista material, el principio *ne bis in idem* impide que un mismo hecho pueda ser valorado dos veces a efectos agravantes de la responsabilidad penal (aplicación de circunstancias agravantes que ya han sido tenidas en cuenta en la aplicación del tipo penal) o que un mismo hecho pueda ser tomado en consideración con plurales efectos fundamentadores de la responsabilidad penal” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, pp. 145-146).

⁶⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. “Não se aplica a majorante em lavagem de dinheiro”. *RCJ* (Disponible en internet en: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/cezar-bitencourt-nao-aplica-majorante-crime-lavagem-dinheiro>. Fecha de acceso: 09/09/2013). Al detalle, admitiendo el concurso de delitos y rechazando la aplicación que admita el *bis in idem*, afirmamos en otro

3.3.2. Reiteración delictiva

Volviendo a las causas de aumento de la pena, tenemos que la segunda de ellas consiste en la reiteración delictiva, resultado de la modificación de la antigua redacción de la Ley 9.613/98, que, como ya hemos dicho, se refería a la “habitualidad”. Este término conducía a una equivocada visión del fenómeno⁶⁸⁶, máxime si consideramos que el legislador de la época recogió esta expresión en el sentido de ‘reiteración de la conducta’, razón por la cual la posterior alteración legislativa corrigió la cuestión.

La causa de aumento de la pena se basa en una mayor facilidad para delinquir por parte del blanqueador contumaz, pues el desconocimiento del ilícito penal convierte al delincuente en un profundo conocedor de los mecanismos de reciclaje de capitales, lo que posibilita su mayor operatividad en el seno del sistema financiero y la consiguiente burla de las instituciones fiscalizadoras. En esta agravante el agente se especializa en las conductas de practicar secuencialmente tales delitos y se vuelve un delincuente habitual⁶⁸⁷, justificándose el aumento de la pena por la adopción del reciclaje de activos como un estilo de vida, un medio de obtener sus rendimientos y de obtener el sustento.

trabajo que: “Otra ley que fue afectada con la alteración legislativa fue la Ley de Blanqueo de Dinero, puesto que, si el delito es cometido por intermedio de organización criminosa, incide la agravante del art. 1.º, § 4.º, de la Ley n.º 9.613/98, con redacción dada por la Ley n.º 12.683, de 2012. Con la configuración de los elementos del delito de organización criminosa, hay la perfecta posibilidad de concurso de delitos con el blanqueo de capitales, ex vi legis del art. 2.º de la Ley n.º 12.850/13, pero no será posible la aplicación de la regla concursal vinculada a la incidencia de la causa de aumento de pena en virtud de la debilitación del principio del ne bis in idem porque habría la punición en duplicidad por la organización criminosa” (MARETTI SGRILLI SIQUEIRA, Flávio Augusto. “A Lei 12.850/13 e a criminalidade organizada: Impressões iniciais de seus aspectos penais”. *RPJ*, n.º 14. Consulex: Brasília. [2013], p. 14).

⁶⁸⁶ Explica Prado que “delito habitual es aquel en que el tipo penal demanda la práctica reiterada de la misma conducta para la consumación de un único delito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 308).

⁶⁸⁷ A favor de la causa de aumento de pena: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 384; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 338; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e prática...*, p. 42; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 58-59; SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...*, pp. 106-107.

No obstante, un sector de la doctrina se oponía a esta previsión⁶⁸⁸, puesto que no existen criterios para medir la reiteración y porque la previsión del delito continuado supliría la necesidad de la agravante. Se refuta asimismo la validez de ese agravamiento merced a una interpretación amparada en normas de Derecho comparado, como el Código Penal italiano, el portugués y el francés, que exigen, respectivamente, la comisión “en el ejercicio de una actividad profesional” (art. 648 bis), “practicar las conductas de forma habitual” (art. 368-A.6) y su comisión “valiéndose de las facilidades que procura el ejercicio de una actividad profesional” (art. 324-2)⁶⁸⁹.

Tomados en consideración tales planteamientos, debemos concluir que la agravante de la reiteración delictiva encuentra respaldo político-criminal para su incidencia, aunque, como la cuestión no es relevante para la Ley, esta nada dice en cuanto al ejercicio profesional para fines de blanqueo de capitales. Esta conducta se da independientemente de la formación profesional del agente, en la medida en que este pueda tener conocimientos empíricos y contactos con otros facilitadores de los mecanismos de blanqueo. Por otro lado, en función del conflicto aparente de normas, la Ley especial deroga la Ley general; por tanto, la aplicabilidad de la agravante de la Ley 9.613/98 sobre el artículo 71 del CPb es evidente dado ese principio de especialidad, al tiempo que se evita el *bis in idem* basado en el principio de la valoración global del hecho⁶⁹⁰, con la agravante de la reiteración delictiva y el delito continuado en el mismo contexto.

La opinión no es unánime entre los penalistas, pues hay voces que se levantan en contra del agravamiento de la reiteración delictiva, sosteniendo que, en los casos en que haya un nexo de continuidad entre los delitos de reciclaje de capitales y las circunstancias de medio de ejecución, lugar, tiempo y otras semejantes, incidirá el artículo 71 del Código Penal, obviándose la regla especial

⁶⁸⁸ En sentido contrario: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civis correlatas...*, p. 198; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 103-104; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 154 y ss.; SILVA, Cesar Antônio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal...*, pp. 128-129; CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 164.

⁶⁸⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 154.

⁶⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., pp. 184 y ss. y 287 y ss.; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 385; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 154.

del artículo 1.º, §4.º, de la Ley 9.613/98⁶⁹¹. Si no se da la concurrencia de los requisitos del delito continuado, incidirá la agravante de la Ley de blanqueo de capitales, pues, cuando no existe el “nexo de continuidad, será reconocida la acumulación propia del concurso material, sin la aplicación de la agravante respecto al *ne bis in idem*”⁶⁹².

A nuestro entender, ampara la razón a la segunda corriente, pues de hecho la ley penal nada dijo sobre cuántos delitos, cuál ha de ser el medio de ejecución, o las circunstancias de modo, tiempo y lugar necesarias para caracterizar la reiteración delictiva, dejando abierto el elemento. El principio de la especialidad de las leyes penales no proporciona carta blanca para que el legislador cree preceptos que discrepen de las reglas esenciales del sistema jurídico-penal, y en concreto la norma del artículo 1.º, § 4.º de la Ley 9.613/98 acaba por vulnerar el principio de la proporcionalidad.

Otro punto criticado es la ausencia de criterios objetivos que delimiten la cantidad de pena que se incrementa en el caso de validez de la mayoración. La falta de parámetros podría motivar, en efecto, la discrecionalidad del juzgador, el cual podría elevar la pena careciendo de referencias, lo que explica por qué merecen ser amparados⁶⁹³ los argumentos que nutren la hipótesis según la cual se adoptaría el criterio de agravamiento del delito continuado. Es cierto que la mínima estabilidad en lo tocante al incremento de la pena estaría asegurada por lo dispuesto en el artículo 71 del CPb, asentado en criterios estrictamente objetivos que podrían ser aplicados al autor del blanqueo que actuase reiteradamente. No obstante, surge la duda de si se estaría empleando indebidamente la analogía *in malam partem*, esto es, si se negaría el hecho de que llenar esa ‘laguna’ confiere mayor seguridad jurídica y refrena el poder punitivo, además de no poseer el carácter de agravar la situación del acusado.

⁶⁹¹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 155.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 156. En sentido similar: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cívicas correlatas...*, p. 173.

⁶⁹³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas correlatas...*, pp. 172-173; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 384-385.

3.4. Antijuridicidad

El CPb contempla en su artículo 23 las causas que excluyen la antijuridicidad, y que son el estado de necesidad, la legítima defensa, el estricto cumplimiento del deber legal y el ejercicio regular de un derecho. Para el delito, solamente consideramos susceptibles de análisis las dos últimas.

3.4.1. *Accesoriedad administrativa en materia penal económica*

El Derecho penal supraindividual realiza una interconexión entre el Derecho penal y otras ramas del Derecho, además incluso de ciencias extrapenales, con el objetivo de realizar un acompañamiento jurídico-penal de hechos sociales marcados por una intensa complejidad y conflictividad, y que exigen por tanto una reglamentación penal de intereses difusos y colectivos. Así, la tutela penal de los intereses metaindividuales entre las áreas ambiental, financiera y económica pasa necesariamente por una intersección entre elementos de otras ramas del Derecho, en especial del Derecho administrativo, así como de otras áreas del saber humano; sin embargo cabe resaltar asimismo los marcos limitadores de la adopción de estos postulados, bajo pena de subversión de los principios penales fundacionales del Estado democrático y social de Derecho.

La accesoriedad administrativa es importante en la utilización, por el Derecho penal, de elementos provenientes de otras áreas del Derecho, especialmente del administrativo, económico y ambiental, para que integren las figuras típicas como elementos normativos del tipo de injusto. La complementación legislativa promovida por los elementos provenientes del campo administrativo es sustancial para un tipo penal más adecuado a la realidad, aunque se precisa de precaución para evitar una excesiva invasión de los parámetros de legalidad estricta descritos en la Constitución.

Así, la primera e intrincada cuestión sobre la accesoriedad administrativa reside en su adopción o no, aunque podría imprimir un carácter demasiado abierto al Derecho penal, lastrando al juzgador con una excesiva concentración de la determinación de la existencia de delitos y sometiendo el Derecho penal a

elementos de conveniencia y oportunidad⁶⁹⁴, lo que provocaría el fenómeno que Palazzo denomina “administrativización del Derecho penal”⁶⁹⁵. En compensación, hay una corriente que defiende la presencia del Derecho administrativo en el Derecho penal, con contorno subsidiario, no obstante, y limitando su ingreso en el tipo objetivo a la descripción de la conducta típica, aunque por otro lado permite presentar elementos o circunstancias que imprimen vivacidad a la incriminación y evitan una laguna en la descripción del tipo criminalizador⁶⁹⁶.

Dentro de los parámetros de la controversia, entendemos que no habrá vulneración de la carga de los principios del Derecho penal si la adopción del Derecho administrativo tiene por base elementos periféricos del tipo penal, a saber, aquellos que no se correlacionan con la determinación del injusto penal, aunque sí con elementos y circunstancias al margen de ese punto. La adopción de las reglas de Derecho administrativo es una urgente necesidad, siempre que se limite a los aspectos mencionados respecto de los parámetros de ilícito que el Derecho penal busca reglamentar, pues de lo contrario debilitaría esta rama del Derecho y perdería su legitimidad social para tutelar bienes jurídicos constitucionalmente trascendentes.

La interconexión entre Derecho penal y Derecho administrativo permite amplios márgenes, conforme al rigor acerca de la validez de las garantías fundamentales que permean el Derecho penal. En este sentido, la intensidad de la dependencia del Derecho penal puede ser en verdad amplia, pudiendo definirse desde esta rama del Derecho el contenido del injusto; por otro lado, el

⁶⁹⁴ Contra esa argumentación se levanta Reale Júnior, quien apunta: “La administrativización del Derecho Penal vuelve a la ley penal un reglamento, sancionando la inobservancia de reglas de conveniencia de la Administración Pública, materias antes de carácter disciplinar. En su base está la concepción por la cual la ley penal busca antes ‘organizar’ que proteger, siendo, por lo tanto, destituida de la finalidad de consagrar valores y tutelarlos. Por otro lado, en un Estado de derecho democrático, la configuración penal –por constituirse en forma más gravosa de interferencia, con costos elevados al infractor y también a la sociedad– debe atenerse a los hechos que afecten a valores por vía de una conducta efectivamente lesiva de estos valores. La intervención penal debe ser la necesaria, como único medio, fuerte, pero imprescindible, para la afirmación del valor violado y para su protección, buscando el mantenimiento de la paz social” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, vol.1. Forense: Río de Janeiro, 2004, pp. 21-22).

⁶⁹⁵ PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal...*, p. 26.

⁶⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...*, p. 98 y ss.

Derecho administrativo se adopta solamente para aprovechar algunos de sus conceptos clásicos; mientras que finalmente, están los sistemas jurídicos que no admiten tal tipo de correlación. La accesoriedad puede abarcar elementos estrictamente conceptuales, amparados en conceptos propios del área administrativa, ya sea fundándose en actos administrativos, ya sea haciendo alusión a otros actos normativos y remitiendo a leyes.

Si adopta el modelo de la intervención relativamente dependiente con cariz intermedio, evitando que exista una creación del injusto por medio de elementos exclusivamente provenientes del área administrativa, so pena de vulneración de la legalidad penal. En este escenario se inserta el Derecho penal económico, que depende de la interacción con áreas dependientes de licencia o autorización del Estado para el ejercicio de la actividad.

La Ley 9.613/98 unió el aspecto penal y el administrativo, pues en el reciclaje de capitales es importante la interconexión entre ambas instancias, por el hecho de que la legislación es eminentemente preventiva⁶⁹⁷. En su texto crea el Consejo de Control de las Actividades Financieras (en adelante, COAF), al que se le atribuye la fiscalización del espacio económico nacional con vistas a establecer parámetros mínimos para la realización de determinados negocios jurídicos, como el poder de policía (art. 14), la conminación de penas administrativas por violación de tales normativas (art. 12), además de la identificación de actividades sospechosas de blanqueo de capitales (art. 15) y su comunicación, si es el caso, a las autoridades competentes –que oportunamente trataremos en su momento para el caso español con mayor detenimiento.

3.4.2. Estricto cumplimiento del deber legal

La sociedad vive en la actualidad intensas transacciones comerciales que involucran riquezas necesarias para que la cadena económica impulse la circulación del capital. Entre ellas aún se mantienen las formas más antiguas de comercio, aunque últimamente se le han sumado otras que han ido surgiendo

⁶⁹⁷ CASTALDO, Andrea. *Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero...*, p. 59; MOCCIA, Sergio. *Impiego di Capitali Illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano...*, p. 730.

con el paso del tiempo y con el avance tecnológico. El mercado financiero es de hecho fundamental para la circulación de riquezas y para mantener en movimiento la economía, lo que se viene potenciando con la actual celeridad en las transacciones de capitales, sin que por ello se deban descuidar otras actividades.

En este escenario es preciso que el Estado intervenga para fiscalizar los comportamientos que implica tan intensa mutación comercial y social, y contener la posible utilización de la economía para fines de acumulación ilegal de riquezas, pues eso subvertiría las funciones de la economía. De ahí la necesidad de participación de entes de la Administración Pública para delimitar marcos de tolerancia a determinadas actividades y grados de intervencionismo, así como para fiscalizar con poder de policía, porque en el blanqueo de capitales la información⁶⁹⁸ pasa a ser un factor imprescindible para identificar áreas, sectores y conductas típicas.

La Ley de blanqueo de capitales recoge también, en sus artículos 10 y 11, un deber inherente a determinadas personas físicas o jurídicas⁶⁹⁹, a quienes incumbe identificar las conductas susceptibles de implicar operaciones sospechosas⁷⁰⁰ o aquellas actividades que movilicen elevadas cantidades de activos, las cuales deben ser objeto de continuo control por las autoridades estatales, para evitar una manipulación indebida del mercado. Dichas personas jurídicas, que se relacionan en el artículo 9.º, presentan como rasgo fundamental su involucración con negocios jurídicos que ocasionan el tráfico rápido de capitales, ya sea en especie u obtenidos mediante complejas y sucesivas transacciones financieras, y de ahí que la legislación instituya la obligación de comunicar informaciones relativas a estos actos.

⁶⁹⁸ FLICK, Giovanni Maria. "Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio". *RS*, fasc. 2.º y 3.º, año 36 (mar./jun.1991), p. 446.

⁶⁹⁹ Apunta Salazar: "La esfera de aplicación es, como se ve, demasiado amplia; la idea que, de hecho, prevaleció, evidentemente, es aquella según la cual la exclusión de disciplina de cualquier sector de relieve inevitablemente habría creado un vacío por el cual se podrían canalizar las actividades de blanqueamiento eventualmente alejadas de los sectores objeto de un control más riguroso" (SALAZAR, Lorenzo. "Blanqueamiento de Capitais: Directiva comunitária e legislação italiana". *BDDC* [1996], pp. 22-23).

⁷⁰⁰ A título ilustrativo, cfr. el concepto y rol de operaciones sospechosas en la Carta Circular 2.852/98 del Banco Central de Brasil. (Disponible en internet en: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1998/pdf/circ_2852_v1_O.pdf. Fecha de acceso: 15/07/2014)

En la actualidad, sin embargo, sigue indagándose si este deber viola el derecho a los secretos bancario y fiscal, previsto con fuerza constitucional en el artículo 5.º, X y XII de la CRFB, como también se cuestiona la validez de la intermediación del COAF conforme al artículo 11, § 3.º de la Ley 9.613/98, puesto que no existe excepción constitucional que admita la quiebra del sigilo. Un sector de la doctrina nacional defiende que la intervención del COAF para tener acceso al secreto bancario y fiscal es inconstitucional, aunque la Constitución Federal estableció en el artículo 192 que el sistema financiero nacional será reglamentado por leyes complementarias, siendo la Ley 9.613/98 una ley ordinaria. Además, la Ley es imprecisa al tratar de actividades sospechosas y no apunta indicios⁷⁰¹, razón por la que estos dispositivos legislativos ordinarios serían formalmente inconstitucionales.

Junto a tantos representantes de la doctrina, nos posicionamos en defensa de la constitucionalidad de la antedicha dicción legal⁷⁰², puesto que en sentido alguno implica averiguación de elementos de la vida privada. La comunicación de informaciones sospechosas es competencia de las autoridades públicas, que tienen el deber de controlar el justo funcionamiento de las diversas esferas del orden económico⁷⁰³, especialmente en lo tocante al principio de eficiencia y al ejercicio del poder de policía y administración pública, conforme al artículo 37.II de la Constitución Federal, y amparadas además en el principio de la proporcionalidad, que demanda el análisis fáctico en el caso concreto. Además, y por lo que respecta a otro de los reparos expresados, cuando el

⁷⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. "Lei n. 10.701 de 9 de julho de 2003: análise inicial das alterações da Lei de lavagem de dinheiro". *Boletim IBCCrim*, v. 11, n.º 129 (ago. 2003), pp. 8-9; MARTINS, Ives Gandra da Silva. "A exdrúxula Lei de lavagem de dinheiro". *Revista CJP*, n.º 5, año 2 (1998).

⁷⁰² Cfr. BRANQUINHO P. MAMEDE NASCIMENTO, Raquel. "Aspectos investigativos dos crimes contra o sistema financeiro nacional, de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro". *BPR*, vol. 4, fascículo 42. São Paulo: ANPR. (oct. 2001)..., pp. 20 y ss.; WALD, Arnoldo. "A legislação sobre lavagem de dinheiro". *Revista CJP*, vol. I. Brasília: CJP. (1997)..., p. 9; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas correlatas...*, pp. 280 y ss.; DIAS, José Carlos. "Lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem tributária". *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.º 11, caderno 3. jun. São Paulo: IOB. (jun.1999), p. 279.

⁷⁰³ Ascensão dice que "el objetivo de la lucha contra el blanqueo de capitales prevalece siempre sobre el secreto profesional, notablemente el secreto bancario. Existe así una prevalencia de la lucha contra el blanqueo de capitales sobre la propia relación de lealtad que debe conectar al banco con su cliente" (OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Repressão à lavagem de dinheiro em Portugal...*, p. 52). En el mismo sentido: FARIA COSTA, José. *O branqueamento de capitais...*, pp. 77-78; PERRICONE, Sheila; BARBOSA, Darli. "A lei de lavagem de dinheiro e suas implicações às instituições financeiras". *RT/Fasc. Penal*, año 88, n.º 763 (may. 1999), p. 441.

artículo 174 CF traza los parámetros generales del intervencionismo estatal en el orden económico, en lo que se refiere a la fiscalización se limita literalmente a la “ley”, sin hacer referencia a elementos sobre la subespecie legislativa. Se entiende, por tanto, se que la ley puede ser ordinaria o complementaria.

En definitiva, la Ley 9.613/98 no padece de inconstitucionalidad, pues las obligaciones civiles a las que se somete a sujetos del orden económico están amparadas en la Ley Complementar 105/01, que trata de la quiebra del secreto financiero, cuya dicción menciona expresamente la posibilidad de intercambio de informaciones entre instituciones financieras y la comunicación a las autoridades de operaciones que involucren recursos provenientes de práctica delictiva, ex artículo 1.º, § 3.º Ley 9.613/98.

Los registros de estas operaciones deben conservarse con el fin de preservar las informaciones sobre actividades ilícitas. El plazo de conservación es de por lo mínimo cinco años; sin embargo, la Ley faculta a la autoridad competente (léase COAF, BACEN o CVM) a prorrogar el lapso temporal de la salvaguardia de estos datos y establece también el deber de atender las peticiones del COAF y cumplir las órdenes judiciales. El lapso temporal no es correcto, pues la delimitación debería darse con base en la prescripción del delito de blanqueo y en el antecedente, y no ser previamente delimitado por cinco años o establecido mediante acto administrativo que lo prorrogue.

El incumplimiento de estos deberes inherentes a la actividad explorada ocasiona sanciones de orden administrativo, previstas en el artículo 12 de la Ley 9.613/98, y que comprenden advertencia, multa pecuniaria de hasta 200% (doscientos por ciento) del valor del lucro resultante y hasta inhabilitación temporal para ejercer el cargo de administrador por hasta diez años o casación de la autorización para operación o funcionamiento. Cabe aquí recordar la independencia de las instancias, por la cual la sanción resultante del Derecho administrativo sancionador⁷⁰⁴ en nada se compensa con las penas conminadas en la vía penal, pese a la similitud existente entre ambas, por ejemplo en lo relativo a los efectos de la condena y la multa penal. La propia Ley, en los

⁷⁰⁴ Respecto a los aspectos administrativos de la Ley de blanqueo de capitales, en detalle cfr.: MEDAUAR, Odete; AMARAL, Marcos. “Responsabilidade administrativa e a legislação de ‘lavagem de dinheiro’”. *RDMIEF*, n.º 119, año XXXIX (jul.-sept. 2000), pp. 86-93.

parágrafos del artículo, formula las normas de aplicación de cada una de las penas, su idoneidad y las reglas que determinarán el proceso de su conminación, reglas que deben estar fijadas en decreto específico del Jefe del Ejecutivo –en el caso, Decreto 2.799/98 (Estatuto del COAF), que en sus artículos 11 a 23 traza las reglas del procedimiento administrativo.

El agente que cumple sus funciones de reportar operaciones que son sospechas de blanqueo de capitales no responderán por delito algún por estar en su favor la causa de justificación del estricto cumplimiento del deber legal (art. 23, III, CPb).

3.4.3. Ejercicio legal de un derecho

Las hipótesis de concurso de agentes dependen de la admisión de las modalidades de dolo, pues algunas especies de concurso de agentes son compatibles con el dolo eventual dentro del blanqueo de capitales.

El dolo eventual, según nuestra opinión⁷⁰⁵, es compatible con el delito de blanqueo de capitales; luego, si alguna de las personas está investida de la condición de garante en cuanto a lo evitable del resultado, o su conducta es causal dentro del procedimiento de reciclaje, podrá ser responsabilizada por tales conductas.

Por otro lado, hay quien cree que la Ley de blanqueo de capitales nada prevé pese a la forma imprudente y a la caracterización del dolo eventual como aspecto autorizador de una imputación, lo que permitiría la punición de una persona que está realizando su trabajo por haber obviado su deber de averiguación del origen lícito o ilícito de los bienes, y eso al margen de que la conducta del agente financiero sea adecuada socialmente, por mantenerse

⁷⁰⁵ Acerca del dolo eventual y del blanqueo de capitales en el Derecho penal brasileño, remitimos el lector al epígrafe 3.6.1 del Capítulo VI, referente al análisis de los tipos penales en especie. Por ahora, defendiendo con razón el dolo eventual, tenemos: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 318; CARDOSO PEREIRA, Flávio. "Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?". *RSDPPP*, v. 6, n.º 31 (abr./may. 2005), p. 40; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 79 y 81; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 360. En contra: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 61; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 94 y ss.

dentro de los marcos de libertad de acción social, como en efecto defienden la prohibición del regreso por no-violación de un papel social y que la realización de negocios estándar, rutinarios, adecuados socialmente, no puede motivar la caracterización del elemento subjetivo⁷⁰⁶.

El Consejo de Actividades Financieras (COAF) entendió recientemente del tema a través de la Resolución 24/2013⁷⁰⁷, donde se rechaza el deber del abogado de informar sobre sus clientes, porque la normativa contempló sólo profesionales que trabajen con bienes muebles de lujo o de alto valor. Aunque la materia sigue abierta, por tanto, dado el reciente carácter de la publicación, de antemano pensamos que no renuncia a que las determinaciones de la Ley 9.613/98 incidan sobre profesionales liberales. No obstante, por otro lado debemos consignar aquí la restricción de las leyes que rigen la categoría en cuanto al deber de confianza construido entre abogado y cliente: por ejemplo, artículo 7.º, XIX, de la Ley 8.906/94, Estatuto de la Abogacía y Orden de los Abogados de Brasil (OAB).

Planteada la cuestión, la primera conclusión a que se llega es que el concurso de agentes es admisible dentro del blanqueo de capitales y que, con la propia prohibición del regreso, se consigue delimitar qué conductas integran el procedimiento de blanqueo y limitan la incidencia de la autoría. La misma conclusión es aplicable a la cuestión del profesional liberal que acepta honorarios maculados, puesto que genera la colisión de diversos valores constitucionales, centrada en los límites del secreto profesional y en el margen entre la ilicitud o no al aceptar tales honorarios.

La aceptación de honorarios maculados no necesariamente comporta una conducta de blanqueo de capitales, pues una persona puede tener un capital elevado sin que el profesional liberal tenga el deber de investigar el origen o de

⁷⁰⁶ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 101-102 y 106-107. En el Derecho Penal español: BLANCO CORDERO, Isidoro. "Negocios ilícitos y acciones socialmente adecuadas". *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. I (1997), pp. 271 y ss.

⁷⁰⁷ Art. 1.º Resolución 24/2013 COAF: "La presente Resolución tiene por objeto establecer las normas generales para la prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, sujetándose a su cumplimiento las personas físicas o jurídicas que no están sujetas a regulación por el propio órgano regulador que presten, incluso eventualmente, servicios de consultoría, contabilidad, auditoría, asesoría o asistencia de cualquier tipo [...]". Disponible en: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-coaf-24-2013.htm>. Fecha del acceso: 11/05/2014

comunicar operaciones al COAF, conforme a los artículos 9.º a 11 de la Ley 9.613/98. También milita en favor del profesional la presunción de inocencia⁷⁰⁸ del acusado de blanqueo de activos, evitando enriquecimiento sin causa del acusado que recibiría un servicio⁷⁰⁹ y no cancelarían los préstamos en una relación marcada por la fiducia. Sin embargo, la admisión liberalizada de tal postulado conduciría a impedir la defensa del acusado⁷¹⁰ y la subversión del principio de la presunción de no culpabilidad.

Por otro lado, se considera que la Constitución prevé la libertad profesional y que mantener tal concepción causaría una limitación al ejercicio de la profesión⁷¹¹, lo cual no encontraría amparo en las obligaciones civiles de la Ley de blanqueo, y mucho menos en el Estatuto de la OAB; por tanto tendríamos una violación al principio de la proporcionalidad. No obstante, el principio puede servir de motivo para andar el camino opuesto, argumentando que esos honorarios excesivamente elevados, muy superiores al valor de mercado, pueden dar oportunidad al dolo eventual para configurar el hecho como delictivo. De ahí la necesidad de establecer un parámetro para delimitar las fronteras ilícitas de la conducta, o sea, para conocer los diversos grados de ilicitud del origen de los capitales.

Al respecto, existe desacuerdo con un sector de la doctrina italiana que elude la responsabilidad del profesional liberal cuando materializa el acto de forma documentada y transparente⁷¹², pues poco importa, en verdad, la forma concreta del acto, sino el grado del conocimiento del origen del capital. La

⁷⁰⁸ SCHORSCHER, Vivian C. “A Responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações”. *RT*, Fasc. Penal, año 96, v. 863 (sept. 2007), pp. 446-447; HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, Diana. “La conducta típica y el sujeto activo del delito de lavado de dinero en el derecho comparado”. *Vd*, vol. 2, n.º 4 (jul/dic. 2005), p. 167.

⁷⁰⁹ Schorscher apunta que en otros países, por ejemplo, en Alemania, se sugiere que solo los defensores públicos patrocinen la defensa de acusados de blanqueo, para que se contenga una de las formas de prevenir el delito a través de la conducta de “aislar al delincuente de sus ganancias, de forma tal que su actividad ilícita deje de ser rentable, admitir el pago de honorarios con tales recursos es contrario a los esfuerzos por combatir tal delito” (SCHORSCHER, Vivian C. “A Responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro...”, p. 447). Se señala que tal idea funcionaría en Brasil, porque la Defensa Pública hace la defensa criminal de todos los ciudadanos que no contratan un abogado privado, porque la defensa criminal es indisponible aunque su función sea preponderantemente la defensa de los hiposuficientes.

⁷¹⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana María. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo código penal español...*, p. 269.

⁷¹¹ SCHORSCHER, Vivian C. “A Responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro”..., p. 448.

⁷¹² Por todos que piensan así: ZANCHETTI, Mario. *Reciclagio di denaro...*, p. 212.

cuestión aquí no es si se trata de una conducta socialmente neutra, o sea, exenta de carga valorativa por ser normalmente acatada como rutinaria, sino si falta el elemento subjetivo del tipo, que en nada se relaciona con la valoración de la conducta (aunque, en verdad, toda conducta humana conlleva una valoración, un espectro anímico, el cual es desvelado por esta teoría).

De ese modo, el profesional liberal que acepta honorarios maculados provenientes del blanqueo de capitales no responderá, como se suele hacer, por el delito de la Ley 9.613/98. Su responsabilidad será excepcional y su integración en el proceso de reciclado dependerá de prueba, que no puede vulnerar el deber funcional de confidencialidad (art. 7.XIX Ley 8.906/94) para incriminar a su cliente o a sí mismo⁷¹³, conforme a la regla “*nemo tenetur se detegere*”, aunque podrá ser demostrado por fuente independiente que rechace la ilicitud, conforme al artículo 157, § 2.º, del Código de Proceso Penal, en la redacción dada por la Ley 11.690/08.

3.5. Culpabilidad

3.5.1. Gatekeepers, compliance officers, whistleblowers, error de prohibición e inexigibilidad de conducta diversa

El punto nodal y complejo de la cuestión reside en la posibilidad del agente financiero de ser *o no* sujeto activo del delito en un crimen comisivo por omisión, caso en que habría el deber jurídico de impedir el resultado, así como el de prestar informaciones a las autoridades financieras y comunicar operaciones sospechosas al COAF por parte de las personas para las cuales así lo establecen los artículos 9.º a 11 de la Ley 9.613/98.

El deber de comunicación de esas operaciones se inserta entre las reglas de *compliance (corporate governance)*, e implican determinaciones referentes a la adopción de comportamientos preventivos que evidencian buenas reglas de gobernanza corporativa empresarial, o sea, conllevan un mandamiento ético de buena gestión económico-financiera, actuación preventiva con fin de

⁷¹³ MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. “O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito”. *Notícia do Direito brasileiro*, nova série, n.º 8 (2001), pp. 239-247.

evitar ilícitos por intermedio de la empresa y en su seno, así como la facilitación de los métodos de control y relación en el mercado y con sus socios (*KYC*).

Así, el programa de *compliance* implica en un análisis *ex ante* “de los controles internos y de las medidas que pueden prevenir la persecución penal de la empresa o institución financiera”⁷¹⁴, con la consiguiente evaluación de conductas potencialmente causantes de infracciones penales, y todo ello con la finalidad de promover su detección, control interno y comunicación a las autoridades competentes⁷¹⁵. El Derecho penal, por su lado, incide en el “análisis *ex post* de delitos, o sea, en el análisis de conductas comisivas u omisivas que ya violaron, de forma directa o indirecta, algún bien jurídico digno de tutela penal”⁷¹⁶.

El *compliance* criminal puede basarse en normas de *soft law*, o sea, reglamentos internos de la empresa para fines de auditoría, control y prevención de responsabilidad jurídica en sentido amplio; o en directivas supranacionales incorporadas por las legislaciones penales y que determinan la estandarización de ciertos comportamientos empresariales (*self compliance*)⁷¹⁷.

El fundamento de la adopción de las reglas de buena gobernanza corporativa, según Nieto Martín y Foffani, responde a un modelo de ética empresarial basado en el compromiso de las empresas de respetar la legalidad (*compliance*), así como a la necesidad de adoptar criterios como buenos ciudadanos (*good citizen corporation*)⁷¹⁸. Hay que tener en cuenta, además, la

⁷¹⁴ Exponen Coimbra y Manzi: “*Compliance* es el deber de cumplir, de estar en conformidad y hacer cumplir leyes, directrices, reglamentos internos y externos, buscando mitigar el riesgo vinculado a la reputación, al riesgo legal/regulador. La expresión *riesgo de compliance*, a su vez, se define como el riesgo legal de sanciones reguladoras, de pérdida financiera o pérdida de reputación que una organización puede sufrir como resultado de fallos en el cumplimiento de leyes, reglamentaciones, códigos de conducta y de las buenas prácticas” (AGUIAR COIMBRA, Marcelo de; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance: Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. Atlas: São Paulo, 2010, p. 2).

⁷¹⁵ Destaca con razón Roetsch que quien pretende garantizar que decisiones empresariales no corresponden a formas de comportamiento penalmente relevantes se ve obligado a anticipar la responsabilidad penal en procedimientos de alta complejidad que no necesariamente están permeados de seguridad en cuanto a los resultados (ROETSCH, Thomas. “Criminal compliance”. *Revista InDret* 1-2012[2012], p. 6).

⁷¹⁶ SAAVEDRA, Giovani A. “Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*”. *Boletim IBCCrim*, año 18, n.º 218 [ene. 2011] pp. 11-12.

⁷¹⁷ NIETO MARTIN, Adán. ¿*Americanización o europeización del Derecho Penal Económico?*..., p. 132.

⁷¹⁸ NIETO MARTIN, Adán; FOFFANI, Luigi. “*Corporate Governance* y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo”. *RP* n.º 17 (2006), p. 112.

fuerte presión ejercida por el gobierno y mercado estadounidenses para que quienes deseen explotar aquel mercado adopten las reglas motrices determinadas por los el país como forma de contención de graves escándalos financieros que en su día generaron efectos devastadores en la economía estadounidense⁷¹⁹.

Hay voces que proclaman otros fundamentos, en concreto que las reglas de *compliance* produjeron efectos en el Derecho penal por razones como la sustitución de la función fiscalizadora del Estado por el particular; la inestabilidad normativa, que produce elevados costes financieros a los agentes que explotan el mercado económico; la violación del principio de impedir la autoincriminación, por el deber de comunicar operaciones equivocadas que causen la atribución de responsabilidad penal de la propia empresa o de sus funcionarios; además de problemas nacidos de la creación de delitos por mera infracción de deber⁷²⁰, así como razones de utilitarismo ético⁷²¹.

⁷¹⁹ Nieto Martín apunta que son tres factores los que promueven la americanización del Derecho penal económico en Europa, y quizá en el mundo, a saber: en primer lugar, la fuerte presión internacional de los Estados Unidos de América para que la comunidad internacional adopte un modelo uniforme de legislación; en segunda lugar, la incorporación de nuevas estrategias político-criminales que pueden ser objeto de cuestionamientos, como la autorregulación empresarial, la aparición de autoridades administrativas con altos poderes sancionadores o el papel policial que se establece a autoridades públicas no policiales y a profesionales liberales como abogados, contables, bancarios, etc.; y por fin, en tercer lugar, el que las organizaciones internacionales recomienden en convenios y acuerdos la adopción de modelos legislativos estadounidenses basados en el miedo de que el mercado global desorganizado demande una intervención del Derecho penal como norma estricta de control (MARTÍN NIETO, Adán. *¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico?...*, pp. 121-124).

⁷²⁰ En síntesis, véanse las críticas de: MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de; SAAD-DINIZ, Eduardo. "Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro". *RDBMC* n.º 56 (2012), pp. 294-335.

⁷²¹ Cabette y Nahur destacan: "Se quiere edificar la hipótesis de que el hecho de que una empresa se preocupe por adecuarse para el debido cumplimiento de las leyes y reglamentos, pudiendo 'endurecer' la actividad empresarial, es lo mismo que admitir que esa actividad deba necesariamente procesarse total o al menos parcialmente al margen de la legalidad, so pena de desfuncionalizarse. Someter el cumplimiento de las leyes, incluso penales, a un cálculo de costos y beneficios es lo mismo que legitimar un procedimiento de evaluación para llegar a la conclusión de si el crimen vale literalmente la pena que se le atribuye. En ese contexto, incluso cuando una empresa venga a adoptar la *Criminal Compliance*, estará haciendo la cosa cierta por el motivo equivocado. Eso en la mejor de las hipótesis, pues [...] la *Criminal Compliance* y sus *compliance officers* pueden no pasar de ser una fachada de *marketing*, y aún peor, un medio de crear responsables profesionales para que sean encubridores y 'testaferros' o convenientes 'chivos expiatorios' en aras de la impunidad de los verdaderos infractores personas físicas y/o jurídicas. Puede la *Criminal Compliance* configurar la institucionalización de una oficina de negocios para la compra en forma salarial y laboral de las responsabilidades morales criminales de las personas" (SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz; MACIEL NAHUR, Marcius Tadeu. "*Criminal Compliance*" e ética empresarial. *Novos desafios do Direito Penal Econômico*. Nuria Fabris Editora: Porto Alegre, 2013, p. 81).

Por lo que respecta a la crítica de la sustitución del poder-deber de fiscalización del Estado en el segmento económico⁷²², ella no merece ser acogida, puesto que no hay propiamente una sustitución, sino que se concentran en manos del Estado los poderes de investigación, aunque generándose un deber de cooperación calcado sobre el deber de transparencia y solidaridad, por lo que, en caso de que se desee explotar la economía, se estará sujeto a sus reglas de explotación y fiscalización⁷²³. Hay que añadir que la CFRB, según vimos en el primer capítulo, tiene como fundamento el principio de la libertad económica, aunque atemperado por la función social de la propiedad y de la empresa⁷²⁴, lo que permite una más adecuada gestión empresarial y represión de la criminalidad económica⁷²⁵.

Luego, si la explotación económica posee límites constitucionalmente trazados, la empresa tiene naturalmente el deber de actuar de forma transparente y de evitar que sus relaciones jurídico-económicas sean empleadas para finalidades contrarias a la ley. El deber de informar operaciones económicas no comporta el quebrantamiento de la fiscalización estatal, que persistirá mediante los respectivos órganos competentes.

En lo que atañe a la inestabilidad normativa de las reglas de *compliance* y de sus elevados costes, Brasil ya poseía anteriormente reglas comunes de

⁷²² De acuerdo con esa crítica tenemos: “la transferencia, al sector privado, de la responsabilidad del Estado en prevenir el blanqueo de dinero, lo que, para nosotros, es inapropiado; el deber de policía cabe al Poder Público y no al particular” (RAHAL BENEDETTI, Carla. “*Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência da responsabilidade penal*”. *Revista de Direito bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 59 [2013], p. 314).

⁷²³ Desde la perspectiva del delito de administración desleal, pero con fundamentos válidos en el caso en cuestión, Nieto Martín y Foffani afirman que hay una tutela penal de la transparencia empresarial y un aumento cuantitativo y cualitativo en las obligaciones de transparencia. Respecto de la primera, porque hay una mayor gama de aspectos que necesitan volverse públicos, sobre la forma de organización de la empresa, procedencia, capacidad y remuneración de consejeros y altos cargos, la existencia de un sistema de control de riesgos, la adopción de códigos de buen gobierno; y respecto del segundo, porque no se trata de informar más, sino de informar mejor, con el objetivo de incrementar obligaciones de accesibilidad y claridad en la información (NIETO MARTÍN, Adán; FOFFANI, Luigi. “*Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo*”..., p. 111).

⁷²⁴ Desde el prisma político-criminal Brandão defiende que, “ante un fenómeno en que una respuesta puramente represiva está inevitablemente dirigida al fracaso, es absolutamente necesario un enfoque preventivo del problema” (BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: O sistema comunitário de prevenção...*, p. 31).

⁷²⁵ SANTOS LIMA, Carlos Fernando dos. “O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*”. En *Lavagem de Dinheiro: Controle e Prevenção Penal* [Org.: Carla Veríssimo di Carli]. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011, p. 53.

buena gobernanza empresarial, previstas en leyes y en actos infralegales provenientes de autoridades federales (BACEN, INSS, CVM, etc.) u órganos del gobierno. Todo lo cual, además, no es óbice para que cada empresa estableciese con carácter autónomo una normativa interna de *compliance específica*, lo cual es muy rutinario y común.

Sí merece ser considerado el argumento referente al costo financiero del mantenimiento de ese sistema⁷²⁶, como contrapunto que instrumentaliza una adecuada política empresarial con la posibilidad de promover más inversiones de terceros, mayor credibilidad en el mercado y menor probabilidad de riesgos empresariales que dañen la imagen de la empresa por la concurrencia de ilícitos civiles o penales que involucren a directores, consejo de administración, etc.

La fundamentación referente al deber de no autoincriminarse posee amparo constitucional y asegura a todos incondicionalmente el derecho de no producir prueba contra sí mismo (“*Nemo tenetur se detegere*”). Al respecto, hay que recordar que el ordenamiento jurídico-penal brasileño solo admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental, según previsión constitucional, y en la Ley de delitos ambientales (Ley 9.605/98), aunque haya divergencia en la dogmática y jurisprudencia sobre el tema⁷²⁷. Así pues, en la hipótesis de que el deber de *compliance* sea de la sociedad que

⁷²⁶ Roetsch destaca que, cuanto más altas se fijan las normas de adecuado comportamiento empresarial en hipótesis no reglamentadas, más difícil es su cumplimiento, existiendo el riesgo de autoincriminarse por parte de la propia empresa. Destaca también que lo más sensato sería elaborar un sistema de *compliance* que involucrara a todos los empleados de la empresa (ROETSCH, Thomas. *Criminal compliance*, pp. 6-7). Por otro lado, señalan Souza y Ferreira: “De entre las diversas dificultades que se afrontan, destacan los costes que deberán ser emprendidos con tecnología y trabajo humano para cumplir la obligación de comunicación, pues la adopción del modelo mixto en las legislaciones como, por ejemplo, en el art. 11, III, de la Legislación de Blanqueo de Dinero, abarca no sólo actividades aparentemente ilícitas realizadas, sino también la obligación de dar conocimiento a las autoridades de propuestas y transacciones no emprendidas. Se suma a eso el exceso de informaciones innecesarias que recibirá el Coaf, revelando que esa iniciativa, que tendría por finalidad auxiliar en la identificación de irregularidades, podrá volver inviable el conocimiento por las autoridades...” (SOUZA, Luciano Anderson; CIRINO ALVES FERREIRA, Regina. “*Criminal compliance e as novas feições do Direito Penal Econômico*”. *RDBMC*, n.º 59 [2013], p. 297).

⁷²⁷ Por todos, en sentido contrario: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., pp. 530 y ss.; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral...*, pp. 378 y ss.; y en la jurisprudencia, cfr. STJ, REsp 622.724-SC, Rel. Min. Félix Fischer. Favorablemente: SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais Especiais*, vol. II. 7 ed. RT: São Paulo, 2013, pp. 512 y ss.; en la jurisprudencia, desde la adopción de la teoría del hecho de referencia a la persona jurídica y a la persona física: STJ. EDcl en el REsp 865.864-PR, Rel. Ministro Adilson Macabu; STF. HC 101851, Rel. Min. Dias Toffoli. Recientemente, en el Supremo Tribunal Federal permitiendo, en teoría, la discusión constitucional de la materia: RE 548181 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Dju: 14-05-2013.

explote actividad económica (persona jurídica), no habrá autoincriminación para fines de blanqueo de capitales, aunque se deberá atender a la obligación legal, sin repercusiones penales para la empresa y los *compliance officers* o *gatekeepers*, pudiendo eventualmente ser responsabilizados los agentes de *compliance* u otros empleados de ella. Es evidente que, en la hipótesis de que el deber de comunicar colisione con el derecho a no autoincriminarse, preponderará el segundo.

La idea del deber de evitar el resultado viene descrita claramente en la ley de reciclaje de capitales, según la cual, si las obligaciones fueron trazadas en sede de ley y los agentes de *compliance* con su comportamiento anterior asumen contractualmente el deber de evitar el resultado⁷²⁸, el requisito del artículo 13, § 2.º, incisos a) y b)⁷²⁹, del Código Penal está satisfecho y la

⁷²⁸ Silva-Sánchez expone: “En concreto, dicho sujeto asume frente al entorno de su ámbito organizativo, un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que se encuentren sometidos a su dirección. Tal control se refiere, obviamente, sólo a la realización de actividades propias de la empresa y a hechos que él pueda evitar, haciendo uso, asimismo, de los mecanismos propios de su posición de competencia en la empresa”. Y prosigue: “La posición de garantía reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza mucho más específica. Aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencia las que delimitarán los riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo equivalente a la comisión. El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo, traslada al sujeto la competencia, que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad. Solo tal compromiso, en virtud del cual se asume la correspondiente competencia, tiene la virtualidad de producir en el hecho una identidad estructural en el plan normativo con la comisión activa” (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho Español”..., pp. 371-372).

⁷²⁹ En ese sentido, la jurisprudencia en el voto del Ministro del Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes en la sentencia de la Acción Penal 470: “Todos los acusados eran responsables por el Comité de Prevención del Blanqueo de Dinero y por las áreas de *compliance*, contabilidad, jurídica y tecnológica de la institución financiera. A pesar de la relevancia de todas las áreas referidas, merece especial realce el área de *compliance*. En un concepto sintético, puede ser definida como el sector responsable del cumplimiento de las obligaciones impuestas a la institución financiera para evitar justamente la práctica de blanqueo de dinero. Teniendo como base exclusivamente las operaciones delictivas descritas en la denuncia, fueron demostradas a lo largo de la instrucción 48 (cuarenta y ocho) operaciones distintas que comprobadamente fueron hechas con la utilización del específico esquema de blanqueo de dinero ofrecido por el Banco Rural. Los informes de *compliance* apuntan varios fallos operativos en las agencias del Banco Rural que desautorizan acoger la tesis de la defensa de que realmente había un control documental riguroso. Además, subvierte el sistema y la lógica sencilla alegación de la defensa de que los documentos *siempre han estado accesibles* al Banco Central y al COAF, como si con el simple hecho de mantener la guarda documental (obligación legal) se eludiera la obligación de informar correctamente las operaciones, señálese, en conformidad con los respectivos papeles que le dan soporte. Y la *aparente formalidad*, reclamada por la defensa como prueba de la

presencia o no de la imputación de la práctica delictiva dependerá de la presencia del dolo⁷³⁰, como se verá más adelante, aunque la posición de garante esté fijada de modo seguro y concreto en la Ley 9.613/98 y de conformidad con la ley que reglamenta la materia.

No obstante, hay quien defiende que no sería posible la imputación del resultado lesivo al agente económico cuyo deber resida en la dicción legal antes mencionada, puesto que su acción no está dotada de relevancia penal, sino de una valoración neutra, con fundamento en la teoría de la acción socialmente neutra de Günther Jakobs, que Greco define como aquellas “contribuciones al hecho ilícito ajeno que, a primera vista, parezcan completamente normales”⁷³¹ y en las que confluyen aspectos de carácter objetivo, valorativo y subjetivo orientados por criterios de imputación objetiva en la evaluación de la conducta.

atipicidad de la conducta, en verdad, como destaca por el Ministro Relator, denota el dolo, la voluntad libre y consciente de ocultar y disimular los beneficiarios de las disposiciones. Conscientes de la efectiva operación bancaria y de sus beneficiarios, los dirigentes del Banco Rural encubrieron las transferencias de recursos intermediadas por las empresas de Marcos Valério. Y es obvio que no se trata de «*informar en duplicidad*» a las autoridades, sino de informar la real y efectiva operación, o sea, transferencia de recursos en especie a personas físicas previamente indicadas (disposiciones en metálico). No basta el volumen de las operaciones (valor y periodicidad), la inequívoca identificación previa del beneficiario –contrariando las informaciones prestadas por la empresa en el formulario–, la no utilización de expedientes comunes y más seguros (TEDs, DOCs), se muestra inexcusable la conducta de los dirigentes del Banco Rural siendo manifiestas, claras y evidentes las señales de anormalidad. Además, revela total desprecio a los principios de la actividad financiera y menoscabo a la inteligencia admitir que la responsabilidad del agente financiero se agota en la forma pactada entre él y su cliente, para conferir «legitimidad» a las operaciones bancarias. Explico: no es el hecho de que cliente y banco tengan por convención que el cheque sería endosado y por el cliente informado –sabiéndose de antemano que no es verdad– en formulario el «pago al proveedor» que la *forma legal* está satisfecha. *Se olvidan los agentes financieros que se trata, en el caso, de típico deber legal de actuar, en que la institución financiera actúa como garante, en los términos del art. 13, § 2.º, a, del CP. Es sabido que, tras la promulgación de la Ley n.º 9.613-98, el Banco Central editó una serie de normas estableciendo procedimientos, para ser observados por las instituciones financieras, dirigidos a los controles internos de identificación de clientes, su capacidad económica y movilización financiera, con la obligación de los registros de las operaciones y la comunicación de operaciones tomadas por sospechas*” (STF, Acción Penal 470, voto del Ministro Gilmar Mendes, p. 3384 - g.n).

⁷³⁰ En esa línea también: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 108 y ss.

⁷³¹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação*. Renovar: Río de Janeiro, 2004, p. 110. MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de; SCHORSCHER, Vivian Cristina. "A Lavagem de Dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória"..., pp. 150 y ss.

Este posicionamiento incide en error desde el momento en que no inicia la evaluación de un curso causal en el elemento subjetivo, al que relega a un segundo momento, y así acaba por crear situaciones de raíz valorativa y fluida que dejan en un segundo plano la conducta y el hombre como ser consciente y responsable, pasando a insertar elementos interpretativos ajenos al dolo y al nexo de causalidad.

Por otro lado, hay quien entiende que el agente que ocupa ese puesto, *compliance officer*, no tendría el deber de comunicar delitos porque “en el derecho brasileño nunca se impuso al particular la comunicación de crimen, tratándose de una mera facultad. Así, puesto que no existe disposición específica alguna destinada a esa figura, se debe trabajar con la inexistencia de tal obligación”⁷³². Pero, frente a lo que propugnan las autoras, la Ley de blanqueo de capitales impone en su artículo 11.II.b) y en su inciso la comunicación de operaciones sospechosas de generar delitos, por lo que, aunque la ausencia de comunicación por sí sola no genera el delito, puede dar motivo al tipo penal arriba apuntado, al existir la caracterización del dolo eventual o directo.

De acuerdo con Costa y Coelho Araújo, el *compliance officer* no asume el deber jurídico de evitar todos y cada uno de los delitos empresariales, pero sí “de establecer reglas, fiscalizar su aplicación y comunicar problemas a aquellos que detentan en la empresa los poderes de administración”⁷³³. El poder de evitar el resultado emergerá cuando ese agente detente capacidad de administración y decisión en la estructura empresarial.

Analizando este posicionamiento, creemos que, aunque no haya poder de administración o decisión, el delito podrá tener lugar, porque se puede incidir en el artículo 9.º, XIV, de la Ley 9.613/98, o sea, aunque con carácter eventual presten actividad de asesoría, consultoría, auditoría, consejería o asistencia a los diversos sectores enumerados en la dicción legal. La situación descrita abarca al *compliance officer*, que podrá ser responsabilizado si cumple los requisitos. Se une a ello el elemento de organización empresarial, pues no raras

⁷³² LOBO DA COSTA, Helena Regina; PINHÃO COELHO ARAÚJO, Marina. “*Compliance e o julgamento da APn 470*”. *RBCcrim*, n.º 106 (2014), p. 228.

⁷³³ *Ibidem*, p. 226.

veces el *compliance officer* acumula, por delegación⁷³⁴, la función de informar a las autoridades públicas en nombre de las empresas, de modo que los límites de la delegación deberán orientar la tipicidad de la conducta o no.

Distinta es la situación cuando existen dudas en cuanto a la constitucionalidad del deber impuesto en el artículo 11 de la Ley 9.613/98, por razones de secreto profesional tutelado en la CRFB y en las leyes de categorías profesionales⁷³⁵, o por falta de claridad de la obligación impuesta. En esos casos puede invocarse el error de prohibición indirecto, motivado por la duda respecto a la validez o incidencia del deber que afecta a la interpretación de la causa de justificación.

Tomando en consideración ese aspecto atinente a la culpabilidad, se cree que puede ser evitada por inexigibilidad de conducta diversa ante el conflicto de deberes, aunque el Cpb adopte la teoría unitaria, caracterizándose el estado de necesidad solo como causa justificante de la ilicitud. En realidad, a pesar de la omisión legislativa, la doctrina penal ha sido prácticamente unánime al acoger la inexigibilidad de conducta diversa como caracterizadora de causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad⁷³⁶ a través del estado de necesidad

⁷³⁴ La materia relativa a la delegación en el Derecho penal español será objeto de análisis en presente tesis, en el epígrafe 2.2 del Capítulo VIII.

⁷³⁵ Por ejemplo, con relación al contable tenemos el artículo 2.º, II, de la Resolución 803-96 del Consejo Federal de Contabilidad que dice: “Art. 2.º Son deberes del Profesional de la Contabilidad: [...] II – Mantener la confidencialidad sobre lo que sepa en razón del ejercicio profesional lícito, incluso en el ámbito del servicio público, a salvo los casos previstos por la ley o cuando se lo soliciten las autoridades competentes, entre ellas los Consejos Regionales de Contabilidad”. Esta dicción fue sustituida en la Resolución CFC 1.445-13 que determina la comunicación de operaciones conforme a la Ley 9.613-98, por parte del abogado (“El secreto profesional es inherente a la profesión, imponiéndose su respeto, salvo grave amenaza al derecho a la vida, al honor, o cuando el abogado se vea afrontado por el propio cliente y, en defensa propia, tenga que revelar secreto, sin embargo siempre restringido al interés de la causa” [art. 25]; “El abogado debe guardar el secreto, incluso en testimonio judicial, sobre lo que sepa en razón de su oficio, cabiéndole rehusar a comparecer como testigo en proceso en el cual funcionó o deba funcionar, o sobre hecho relacionado con persona de quien sea o haya sido abogado, incluso autorizado o solicitado por el constituyente” [art. 26]). También por parte del administrador de empresas, a través de la Resolución Normativa 353-08, del Consejo Federal de Administración: “Art. 1.º Son deberes del Administrador: [...] II - mantener el secreto sobre todo lo que sepa en función de su actividad profesional”.

⁷³⁶ Véase: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 486; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*, vol. I..., p. 366; ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal...*, pp. 170-172; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed. Freitas Bastos: Río de Janeiro, 2002, pp. 267 y ss.

exculpante⁷³⁷ cuando haya peligro actual y de daño, inevitabilidad de la lesión al bien de otro, existencia de conflicto entre bienes reconocidos, ponderación de los bienes y deberes en conflicto y elemento subjetivo del agente de actuar para salvar el bien amenazado⁷³⁸.

Por un lado, hemos de tener en cuenta la dicotomía existente en el *compliance officer* entre el cumplimiento del deber profesional de preservación de secreto previsto en las leyes y actos normativos de diversas categorías profesionales, además del deber contractual con la empresa y el consiguiente riesgo de ser despedido; y el de la obligación de comunicación de operaciones financieras establecido en la Ley 9.613/98, cuando esa operación es sospechosa de caracterizar el delito de blanqueo de capitales y, por tanto, la infracción penal.

Y, por otro lado, tenemos la hipótesis del *whistleblower* que incumple el deber contractual de *compliance officer*, o legal de secreto previsto en los códigos éticos de las respectivas categorías profesionales, para comunicar una operación financiera determinada por la Ley 9.613/98, causando de ese modo el descubrimiento del delito de blanqueo de capitales.

En esos conflictos está presente el choque entre el deber y el derecho al secreto de las operaciones financieras, la protección de la intimidad, el mantenimiento del vínculo laboral, la atención a los deberes contractuales profesionales y el interés público subyacente a la comunicación de la infracción penal; y en todas estas hipótesis hay que tener presentes las consideraciones anteriormente expuestas.

La caracterización de la causa de exclusión de la culpabilidad del *compliance officer* que es contable/administrador por adoptar una de las posturas legalmente permitidas al agente que destacó ser preponderante el atendimento al deber de informar al COAF que es previsto en ley y superó, en su entender, las normativas infralegales de los contables y administradores y con

⁷³⁷ Prado afirma que, “en cualquier caso, si el deber cumplido es de nivel *inferior* al infringido, la conducta será ilícita (de acuerdo con el principio del interés preponderante). No obstante, aquel que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico de nivel *superior* o *igual* al de omitir la acción prohibida o de realizar la acción ordenada, actuará de forma lícita” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 451).

⁷³⁸ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal...*, pp. 170-172.

relación a aquel deber de sigilo legalmente previsto como el abogado el menor sacrificio vendría con la quiebra del sigilo para la revelación de un delito.

La quiebra del secreto para la revelación de un delito constituiría la causa de exclusión de la culpabilidad del *compliance officer* que es contable-administrador y que adoptaría así una de las posturas legalmente permitidas al agente, en este caso entendiendo como preponderante su atención al deber de informar al COAF, conforme se prevé en la Ley, y que supera, a su entender, las normativas infralegales de los contables y administradores⁷³⁹ y con relación al deber de secreto legalmente previsto. Se rechaza el encuadramiento jurídico-penal en el delito de violación de secreto profesional (art. 154 CPb), porque no puede ser considerado contrario a Derecho el comportamiento del agente que revela una operación ilícita.

Ahora bien, quien tenía el deber de comunicar la operación sospechosa y no lo hace para preservar el secreto profesional, atendiendo a las normas ético-profesionales, por vía reglamentaria, responderá por el delito de blanqueo de activos, que solo se podría cuestionar con relación a la infracción administrativa prevista en la Ley 9.613/98, porque en el campo penal, en teoría, podrá militar en su favor el estado de necesidad exculpante⁷⁴⁰.

Sin embargo, si se rigiera por el deber jurídico de conocimiento y la observancia de los artículos 9.º a 11 de la Ley 9.613/98, en especial el deber de comunicar operaciones financieras al órgano competente del Ministerio de Justicia (a saber, el COAF), y aun así no lo hizo, si hay conocimiento efectivo o

⁷³⁹ Ragués i Vallès destaca: "En principio no debe existir la menor duda de que la conducta del informante está plenamente justificada por el *estado de necesidad* (art. 20.5.ª, CP) en aquellos casos en que se incumple sus deberes de buena fe o lealtad de forma penalmente relevante con el objetivo de evitar un perjuicio para los bienes jurídicos más elementales de otras personas" (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal". *Revista InDret* 3-2006 [2006], p. 13).

⁷⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 486; y afirma Bitencourt: "en la llamada *colisión de deberes*, donde el agente debe optar por una alternativa, esto es, por el cumplimiento de un deber en detrimento de otro, su elección puede no recaer exactamente en la más adecuada a los fines del Derecho, pero en tales circunstancias, por razones personales de tal significación, sería imposible exigirle un comportamiento diverso, a no ser que se le exija un acto de heroísmo" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*, vol. I..., p. 366). La cuestión se contempla dentro del *compliance* bajo el prisma de la inexigibilidad de conducta diversa, optando por una visión no tan "legalista de las causas de exclusión de culpabilidad, verificándose, en aquel contexto concreto, si habría sido exigible que el agente actuara de modo distinto" (LOBO DA COSTA, Helena Regina; PINHÃO COELHO ARAÚJO, Marina. "*Compliance e o julgamento da APn 470*"..., p. 226).

potencial del carácter ilícito de los bienes, valores o derechos, incidirá el dolo directo o eventual por la representación del peligro de ocurrir el blanqueo por la actividad sospechosa, con asunción del riesgo de acometer el delito y quedará caracterizada su autoría en un delito comisivo por omisión en virtud del artículo 13, § 2.º, I, del CPb, por tener la posición de garante⁷⁴¹.

Al respecto, es pertinente la observación de Saavedra cuando dice que existe la posibilidad de crear una responsabilidad penal en cadena, porque “las atribuciones que han sido conferidas a los *Compliance Officers* acaban por colocarlos en la posición de garantes (responden, por tanto, como si hubieran

⁷⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 384; SAAVEDRA, Giovani A.; "Reflexões iniciais sobre compliance"..., p. 3. Abordando la potencial responsabilidad por el funcionamiento inadecuado del programa de *compliance* en el Derecho penal económico: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo. "O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal?" *RCJ* (disponible en internet en: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30-direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Fecha de acceso: 31/05/2013). En igual sentido en la jurisprudencia brasileña: STF, Acción Penal originaria 470, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, como ya se dijo antes; en sentido contrario, cfr. en la jurisprudencia: TRF 4ª Região (EMBARGOS INFRACTORES Y DE NULIDAD. 200770000265650. 4ª Sessão. Rel. Des. Fed. Paulo Affonso Brum Vaz. DJE: 24-06-2011). "PENAL. EMBARGOS INFRACTORES. LAVADO DE DINERO. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO Y DEL CONTABLE. INEXISTENCIA DE DEBER DE COLABORACIÓN. AUSENCIA DE CIRCUNSTANCIAS FACTUALES OBJETIVAS. ABSOLUCIÓN. RECURSO PROVISTO. 1. Los artículos 9.º y 10 de la Ley 9.613-98 no incluyen el contable y el abogado entre los profesionales que poseen deber de colaboración (*compliance*) con la represión al blanqueo de dinero (identificación de clientes, conservación de registros y comunicación de operaciones financieras con serios indicios de blanqueo de dinero). 2. El propio Consejo Federal de Contabilidad no exige del contable la obligación de fiscalizar la veracidad de las informaciones que le son pasadas por sus clientes, conforme muy bien observó el ilustre Juez Federal Eduardo Gomes Philippsen en la sentencia dictada en la AP n.º 2007.71.04.004606-0-RS. Evidentemente, eso no significa que un profesional de la contabilidad jamás podrá ser responsabilizado criminalmente. Con ocasión de la sentencia de la ACR n.º 2004.04.01.025529-6, Rel. Juez Federal ELOY BERNST JUSTO, D.E. 28-06-2007, el Octavo Grupo de la Corte tuvo la oportunidad de mantener la condena por evasión de impuestos de un contable que trabajaba en un departamento de contabilidad exclusivo de la aludida escuela de informática, el cual controlaba directamente todas las falsedades fiscales que propiciaron voluminoso crimen contra el orden tributario. 3. Además, la simple prestación de servicios de abogado por el acusado (contable y abogado) con ocasión de la constitución de la empresa utilizada para la ocultación de capital proveniente de tráfico internacional de drogas no es, por sí solo, suficiente para justificar su condena, porque la acusación no tuvo éxito en indicar en la denuncia y comprobar a lo largo de la instrucción que el reo habría incurrido en el tipo penal del artículo 1.º, inciso I, § 2.º, I y II de la Ley 9.613-98, esto es, que sepa de los propósitos oscuros de la /aludida persona jurídica. 4. Por tanto, si es verdad que abogados y contables también pueden practicar el blanqueo de capitales cuando las circunstancias factuales objetivas preconizadas por el artículo 6.º, ítem 2, f, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (v. g. pago de honorarios en especie, valores fraccionados, en joyas) demuestran que hubo subversión de su actuación profesional, orientando y auxiliando, directa o indirectamente, a sus clientes en el deseo de ocultar o disimular valores provenientes de los delitos precedentes, también es cierto que esos profesionales liberales no pueden ser incriminados por el simple contacto que tuvieron con los autores de los crímenes antecedentes cuando el órgano acusatorio deje de demostrar, con seguridad, como en el caso en cuestión, los aspectos que denotan la consciencia de los fines ilícitos de la asesoramiento prestado. 5. Embargos infractores provistos [...]".

actuado positivamente en las situaciones en que vengan a omitirse)⁷⁴². Y prosigue diciendo este penalista que “pueden ser considerados garantes también los integrantes del Consejo de Administración, pues, según doctrina mayoritaria, tienen el deber de supervisión de los *Compliance Officers*”⁷⁴³, en lo que estamos de acuerdo.

**SECCIÓN 2.ª LOS INJUSTOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITAL DE
LA LEY 9.613/98: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, ETAPAS DE REALIZACIÓN
DEL DELITO, CONCURSO DE DELITOS Y TIPOS PENALES DE LOS
ARTÍCULOS 1.º, § 1.º, 2.º, I Y II, DE LA LEY N.º 9.613/98**

1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el presente apartado, el objetivo es analizar el concurso de agentes, tomando en consideración el límite de la imputación en los delitos de reciclaje de activos y estudiando la posibilidad o no de las diversas modalidades de concurso de personas.

1.1. Autoría inmediata

El autor del delito de blanqueo de capitales será el agente que, de forma voluntaria y consciente, haya ocultado o disimulado bienes, valores o derechos obtenidos en infracción penal previamente cometida. Con relación al artículo 1.º, § 1.º, realiza los actos de escamotear; o en los términos del § 2.º, utiliza los bienes provenientes de infracción penal.

De forma idéntica, el agente que realiza junto a otro el verbo núcleo del tipo objetivo descrito en el párrafo arriba mencionado, será responsabilizado como coautor del delito. Una cuestión que podría surgir sería la delimitación del

⁷⁴² SAAVEDRA, Giovanni A.; *Reflexões iniciais sobre compliance...*, p. 3.

⁷⁴³ *Ídem*. Rotsch explica que la creación del *compliance criminal* fue una reacción formal de la jurisprudencia alemana a la imputación penal ‘*top down*’, porque solamente con “la equiparación normativa entre la responsabilidad societaria o incluso simplemente entre la responsabilidad por la gestión societaria con la responsabilidad penal se posibilitó el acceso directo a los altos cargos empresariales, surgiendo entonces la necesidad de librarse de dicha responsabilidad” (ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance...*, p. 7).

comportamiento del agente, para ajustarlo como autor o partícipe conforme a su efectiva actuación en las distintas fases del blanqueo de capitales, a saber, ocultación, disimulación e inserción. Sin embargo, la ley penal dice “ocultar o disimular”, siendo la inserción la extinción del delito, sin necesidad de su consumación. Si tal idea fuese suscrita, deberíamos forzosamente entender que el delito de blanqueo de capitales es delito de resultado cuando, en verdad, se trata de delito de peligro abstracto⁷⁴⁴, como se explicará en detalle más adelante.

1.2. Autoría mediata y teoría del dominio funcional del hecho en estructuras empresariales jerarquizadas

El Código Penal brasileño adoptó la teoría objetivo-formal del autor, según la cual para la delimitación de la autoría de un delito sería suficiente la realización por el autor de la conducta típica prevista en la ley penal.

La ley penal presenta un concepto de autor bastante amplio, posibilitando, en teoría, la gradación del comportamiento y la clasificación de la conducta de acuerdo con el comportamiento del agente⁷⁴⁵, lo que permite la inclusión de la categoría de la autoría mediata⁷⁴⁶ y de la imputación de ‘hombre de atrás’ o

⁷⁴⁴ De forma correcta, Prado afirma que se trata de delito de peligro abstracto, “que se consuma con la simple realización de la conducta típica, sin necesidad de obtener un resultado posterior. Es suficiente la práctica del comportamiento descrito en el tipo objetivo. De lo contrario, se disgregaría el efecto mismo de la incriminación, ya que el lavado de dinero es un proceso siempre en perfeccionamiento, por lo que es difícil afirmar de modo absoluto que un bien haya sido definitivamente blanqueado, porque cada conducta de reciclado implica un mayor *distanciamiento* del bien en relación con su origen ilícito” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380). En sentido opuesto, Maia argumenta que se trata de delito de peligro concreto, puesto que “será necesario que estas conductas típicas acaben efectivamente con la administración de justicia, dificultando la identificación del origen de los objetos materiales del delito, obstaculizando el descubrimiento de los autores principales de los delitos originarios y permitiendo el disfrute del producto del delito” (MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 82).

⁷⁴⁵ La afirmación de Schünemann es aplicable al Derecho penal brasileño, cuando dice que la conceptualización legal de autor debe ser hecha por medio de un concepto-tipo (*Typus*), o sea, “en el sentido precisado por primera vez en la Teoría del Derecho más moderna, es decir, de un concepto con varios elementos graduables (dimensiones), que no puede ser definido en el sentido clásico, sino sólo puede ser concretizado a través de las reglas de aplicación a casos similares en las que las diferentes dimensiones se representan con distintas intensidades” (SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 18).

⁷⁴⁶ El Código Penal brasileño adoptó la autoría mediata en cuatro hipótesis: error determinado por tercero (art. 20, § 2.º), coacción moral irresistible (art. 22), obediencia jerárquica (art. 22) e instrumento no punible (art. 62.III) por condición o cualidad personal (BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 3 ed. Lumen Juris: Niteroi, 2005, pp. 135 y ss.). A su vez, existe una sector de la doctrina que incluye la coacción física irresistible, a lo que se objeta correctamente que “en la

‘agente de oficina’, puesto que no hay previsión expresa en el Código Penal de esa figura, tal cual hay en la legislación penal española.

Ha existido, pues, una evolución dogmática sobre la autoría y la superación de la visión arriba apuntada, en razón de las lagunas de punibilidad que genera cuando se considera que personas que no realizaban el verbo típico previsto en el delito, aunque tuvieran una posición de preponderancia en cuanto a la realización o no del hecho, quedaban al margen de la incidencia del Derecho penal.

Con la finalidad de corregir las fallas de las teorías sobre la autoría en los delitos dolosos, y más aún en las hipótesis de autoría mediata, identificación correcta del autor y coautoría⁷⁴⁷, fue alumbrada la teoría del dominio del hecho, iniciada por Hans Welzel y desarrollada por Claus Roxin como dominio funcional del hecho. De este modo, la necesidad de responsabilidad penal de los sujetos arriba mencionados ha motivado la aparición de la idea de que “es autor mediato quien realiza el tipo penal de manera que para la ejecución de la acción típica se sirve de otro como ‘instrumento’”⁷⁴⁸ que actúa atípicamente, sin dolo, de acuerdo con el derecho, inculpable, con error de prohibición invencible, coaccionado sin libertad o sin intención.

Roxin defiende que en esas hipótesis habría por parte del instrumento dominio de la acción, careciendo el mismo de dominio de la voluntad⁷⁴⁹, a lo que se objeta con razón que la persona que tiene el dominio de la acción posee el dominio de la voluntad, puesto que ésta configura y dirige la acción⁷⁵⁰; además de que, en las hipótesis de falta de voluntad, habrá autoría directa o inmediata porque “el cuerpo humano es utilizado como cualquier otro tipo de

coacción física absoluta, el instrumento no manifiesta conducta jurídicamente válida y, en realidad, ocurre una autoría directa del coautor” (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 5 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 519).

⁷⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. I..., p. 548.

⁷⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. 4 ed. Comares: Granada (Trad.: José Luis Manzanares Samaniego), 1993, pp. 604 y ss. En Brasil, destacan que el instrumento no comete el injusto por estar actuando sin dolo, justificado o atípicamente: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 669.

⁷⁴⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Marcial Pons: Madrid, 1998, p. 269.

⁷⁵⁰ CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, parte general*, t. III. Tecnos: Madrid, 1982, p. 211.

instrumento⁷⁵¹. Según el penalista alemán, el dominio funcional del hecho podría ser por la acción en los casos de autoría inmediata, voluntad cuando ocurra autoría mediata y funcional en los casos de coautoría⁷⁵², cuando nos encontramos con delitos que ocurren en un aparato organizativo de poder.

Apunta Prado que esta teoría generó “el amparo de un concepto mixto, esto es, un objetivo-formal, como impone la estricta legalidad penal, siendo autor aquel que realiza la conducta típica, complementado por un criterio material, representado por el concepto finalista de autor, con algunas correcciones”⁷⁵³.

El fundamento de la teoría de Roxin se da a partir de tres elementos que posibilitarían la responsabilidad penal del ‘hombre de atrás’ como autor inmediato: el dominio de la organización⁷⁵⁴, la fungibilidad del ejecutor⁷⁵⁵ y la limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho⁷⁵⁶, que posteriormente fue asimilada como abarcadora de aparatos de poder incrustados en altas y complejas estructuras empresariales o criminalidad organizada⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 570.

⁷⁵² FARALDO CABANA, Patricia. “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”. En *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico* (Dir.: José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo). Colex: Madrid, 2008, p. 92.

⁷⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 569.

⁷⁵⁴ Sostiene Roxin que “de modo general se puede decir: quien está conectado a un aparato organizativo en cualquier lugar y de manera que pueda dar órdenes a sus subordinados es autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene; emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles, siendo irrelevante que actúe por iniciativa propia o interés o por orden de las más altas instancias. Para su autoría lo importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin que tenga que confiar a otros la realización del delito” (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal...*, p. 273).

⁷⁵⁵ Afirma el penalista alemán que “en ese grupo de casos no falta la libertad y la responsabilidad al ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor culpable por sus propios actos. Pero esas circunstancias son irrelevantes para el dominio del ‘hombre de atrás’, porque desde su posición de ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura modificable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda estar desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esa perspectiva es lo que hace que el ‘hombre de atrás’ ocupe también junto a él el centro del suceso” (*Idem*).

⁷⁵⁶ Apunta el profesor de la Universidad de Múnich que “de la estructura de la organización se deduce que ésta solamente puede existir donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues a la medida que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados al Ordenamiento jurídico independientemente de ellos, no se puede tener el orden de realizar acciones punibles en el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en un caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con él el poder configurador de la voluntad del ‘hombre de atrás’” (*Ibidem*, p. 274).

⁷⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?”. *RP*, n.º 6 (2000), pp. 109 y ss.

La idea del penalista muniqués encontró respaldo en buena parte de la doctrina y jurisprudencia mundiales, aunque sea objeto de cuestionamiento en cuanto a algunos de sus elementos.

Inicialmente, la cuestión referente a la fungibilidad del ejecutor merece una reflexión, porque si existe una negativa en el cumplimiento de la orden dada por el detentor del dominio de la organización, el agente que rehúsa será sustituido por otro que prontamente ocupa el puesto que sería destinado a aquél. Se tiene, por tanto, que no es instrumento, puesto que posee libertad para alejarse del cumplimiento de la orden, lo que desnaturaliza la imposición del autor.

La teoría del dominio funcional del hecho solamente podría ser aplicada en la hipótesis de que el instrumento efectivamente fuera utilizado como tal cuando “los propios ejecutores no puedan ser considerados como autores plenamente responsables”⁷⁵⁸, lo que anularía su manifestación de voluntad, actuando en situación de error de prohibición, y contaría con causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, además de anular asimismo su capacidad de acción. Si hay resquicios que autoricen la manifestación de la voluntad y el agente efectivamente decide realizar el comportamiento contrario a la ley penal, habrá simple caso de coautoría⁷⁵⁹, siendo el agente que detente el dominio de la organización el autor mediato y quien realiza el comportamiento será autor inmediato o partícipe, dependiendo del grado de relevancia para el *iter criminis*.

Schünemann sostiene que la inexistencia de mutuo acuerdo para la realización del delito, defendida como crítica a la tesis de la coautoría, se ve aminorada por la estrecha vinculación objetiva entre los comportamientos del ejecutor y del mandante, punto donde podemos hallar una determinación propia del órgano directivo al subordinado, cuya posición de garante y su control tan intenso sobre el hecho, dada la relevancia de su contribución al delito, le

⁷⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general...*, p. 611.

⁷⁵⁹ En ese sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general...*, p. 611; MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?”..., pp. 112-113; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. (Trad.: José Luis Serrano; Joaquín Cuello Contreras). Marcial Pons: Madrid, 1997, pp. 740 y ss.

condicionan a cumplir la coautoría⁷⁶⁰. Además, si existe la negativa del designado para ser el ejecutor de la conducta y no hay una sustitución automática del mismo, estaremos ante el mero acto de preparación, sin que exista la caracterización de ofensividad en el comportamiento. Así pues, la conducta queda como atípica, algo que subrayan asimismo la ausencia de unidad de designios y el ajuste de voluntad.

El contrapunto a esa crítica proviene del fundamento de que el 'hombre de delante' determina la realización o no de la infracción penal que pretende llevar a efecto por el dominio de la organización, sin ser obstaculizado por la negativa de una persona a ejecutar la orden, ya que encontrará dentro de su estructura otra persona más dispuesta. Por tanto, puede confiar en que la orden será cumplida, importando poco por quién⁷⁶¹.

En los delitos empresariales, la autoría es una cuestión merecedora de ser destacada, especialmente en las complejas estructuras empresariales, con el autor limitado a determinadas personas que tengan relación material inmediata con el bien jurídico, el dominio social típico⁷⁶², lo que de por sí también funciona eficazmente para restringir la flexibilidad de la cadena causal en determinadas hipótesis.

Faraldo Cabana señala que, dentro del ámbito del Derecho penal empresarial, siempre habrá la posibilidad de fungibilidad, dado que, aunque exista especialización por los conocimientos específicos del mercado y de la empresa, los profesionales involucrados pueden ser sustituidos por otros ya existentes en la organización o que pasan a integrarla en virtud de la negativa del primer agente a cometer la infracción penal⁷⁶³.

⁷⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación"... , p. 19.

⁷⁶¹ FARALDO CABANA, Patricia. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa"... , p. 101.

⁷⁶² GRACIA MARTÍN, Luis. "Instrumentos de imputação jurídico-penal na criminalidade de empresa e reforma penal. *Revista de Ciências Jurídicas do Curso de Mestrado em Direito da UEM*, n.º 1 (1998), pp. 28 y ss.

⁷⁶³ FARALDO CABANA, Patricia. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa"... , p. 102. Admitiéndola en Brasil en estructuras empresariales: BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*..., p. 138. La profesora de la Universidad de A Coruña defiende que: "Además, aunque en la empresa no pueda afirmarse la existencia de relaciones jerárquicas de la misma naturaleza que las existentes en la Administración Pública o en las Fuerzas Armadas, lo cierto es que un deber de obediencia incondicionada no existe en

Prosiguiendo con la crítica, se apunta que el creador de la teoría analizada propone su aplicación, en un momento inicial, solo a los aparatos de poder al margen del Derecho, sin que se admita su incidencia en el ámbito empresarial, porque las empresas no trabajan desvinculadas del Derecho⁷⁶⁴; y se defienden como alternativa los delitos resultantes de la infracción de un deber con amparo en la posición de garante para salvaguardia de la legalidad⁷⁶⁵.

En ese paradigma, la idea de Ambos es que la empresa busca como finalidad legalmente reconocida y admitida la ganancia de lucro, siendo regla general la no comisión de infracciones penales y procediéndose, ocasionalmente, a la práctica de los aparatos de poder como práctica empresarial, sin que por ello se formen los presupuestos del dominio por organización⁷⁶⁶. No hay por qué hablar de fungibilidad o sustitución automática de los ejecutores, además de que no se puede equiparar el poderío de una estructura empresarial ilícita con un aparato estatal ilícito en que la substitutividad puede ser automatizada. La teoría del dominio del hecho mediante un aparato organizativo de poder, a nuestro entender, puede aplicarse dependiendo de la estructura empresarial⁷⁶⁷ que se pretende imputar a los delitos.

ninguno de estos ámbitos. El deber de obediencia del trabajador puede no haber tenido la entidad suficiente para dar lugar a la aplicación de la eximente de obediencia debida cuando existía esta eximente, pero ese aspecto no es relevante en el tema que nos ocupa. Tampoco es aceptable la posición de quienes afirman que el deber de obediencia se relativiza en este ámbito porque al fin y al cabo el trabajador siempre puede despedirse, ya que la misma posibilidad de separarse del grupo existe en otras organizaciones que hemos calificado como aparatos de poder” (FARALDO CABANA, Patricia. *La responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004, p. 133).

⁷⁶⁴ En palabras de Roxin, “no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad [*Austauschbarkeit*] de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario” (ROXIN, Claus. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”. *REJ*, n.º 7 [2006], p. 21).

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁶⁶ AMBOS, Kai. “Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições”. *RBCrim*, n.º 37, año 10 (ene./mar. 2002), p. 65.

⁷⁶⁷ Señala Faraldo Cabana: “Tampoco puede negarse la fungibilidad de los miembros aludiendo simplemente a que en determinados delitos contra el orden socioeconómico el ejecutor material

Faraldo Cabana y Martínez-Buján sustentan que, si la empresa se dirige al acometimiento de ilícitos penales, cabrá la posibilidad de aplicación de la teoría del dominio por organización, diferente de aquella en que eventualmente se cometan delitos⁷⁶⁸.

Apunta la doctrina que si la estructura de poder se calca sobre una actividad ilícita, aunque el ejecutor no tenga conocimiento de cada actividad singularizada de blanqueo de capitales, habrá autoría mediata al haber un dominio sobre la actividad delictiva como un todo, independientemente del desconocimiento de esas diversas conductas de blanqueo dispersas en el tiempo.

Por otro lado, en caso de que el reciclaje de activos se dé en una estructura notablemente lícita, como una empresa, no habrá autoría mediata, puesto que pertenecer a una estructura lícita confiere al agente un margen mayor de libertad para rehusar participar de los delitos, transformando la orden del dirigente en mera participación⁷⁶⁹, por no poseer el dominio del hecho. En el delito de blanqueo de capitales, la corrección propiciada por la teoría mencionada evitaría la punición de este agente como mero partícipe por complicidad, puesto que su conducta se limitó a determinar cómo se daría la consumación del delito, pero sin cualquier acto de ejecución del mismo.

necesita especiales conocimientos de ingeniería financiera u ocupar cierta posición en la entidad, por lo que no resultaría fácil sustituir a un miembro de la organización por otro. Más en general se niega la fungibilidad porque en el actual mundo laboral los trabajadores deben realizar labores muy concretas que exigen una fuerte especialización, lo que a juicio de este sector doctrinal supone la imposibilidad de sustitución. Esta objeción se relaciona con la división del trabajo característica no sólo de la organización empresarial, cuya eficacia depende de que cada uno de los miembros de la cadena de producción cumpla su función específica en el momento adecuado, sino de toda organización burocrática. Pero a mi juicio de nuevo se hace necesario atender al número de trabajadores a disposición de quienes ocupan el vértice de la organización, puesto que ni siquiera un experto contable o un técnico altamente cualificado son irremplazables por principio. Además, de hecho el que no se tome en cuenta a las personas concretas es la consigna del mercado y, generalmente, de toda consecución de intereses exclusivamente económicos"; y prosigue defendiendo que, "sin embargo, lo cierto es que la mayoría de las empresas, y no necesariamente sólo las calificables de grandes, disponen de las estructuras organizativas jerárquicas propias de los aparatos de poder. Las empresas modernas se caracterizan por la descentralización y división del trabajo en un sistema de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, pero también por el principio de jerarquía" (FARALDO CABANA, Patricia. *La responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas...*, p. 132).

⁷⁶⁸ FARALDO CABANA, Patricia. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa"..., p. 102; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa, parte general...*, p. 497.

⁷⁶⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 120.

Así, se vuelve posible la responsabilidad de agentes que en muchas ocasiones no tienen ningún contacto con el capital que va a ser blanqueado, pero que poseen vínculos dirigentes del curso causal y operativo de la limpieza del capital, con intermediarios financieros fundamentales para el éxito de la actividad delictiva –por ejemplo, dueños de casa de cambio, bancarios y corredores⁷⁷⁰– o contacto con personas que, aunque no compongan una tela compleja de operaciones financieras, con su actividad tiene el poder de reciclar capitales. En la misma línea, cabe recordar que esas personas determinan cómo se dará la distribución del capital, qué mecanismos se adoptarán, cuánto será dispuesto en cada actividad y cómo se dará la consumación.

Tengamos en cuenta que la criminalidad económica está caracterizada por constituirse merced a estructuras de poder organizadas, que echan mano de la ingeniería financiera y del dominio funcional del hecho, desdoblándose entre los agentes –pertenecientes o no a una empresa–, de modo que determinado sector determina cómo se dará el reciclaje de activos, sin que la cúpula tenga conocimiento directo de cada uno de tales actos. La responsabilidad penal de los directores y administradores se dará en tanto que autores mediatos o coautores, dependiendo de las circunstancias fácticas, conocimiento de la conducta, extensión del deber de garante para evitación del resultado típico.

Bolea Bardón apunta, siguiendo a Roxin, que, al cuidarse de los mandantes intermediadores, “la participación ha de quedar relegada a las actividades no relacionadas de por sí con el poder o la capacidad de dictar órdenes”⁷⁷¹. La conducta del superior jerárquico intermediador en una organización que opera de acuerdo con el ordenamiento jurídico es de inductor, toda vez que no es posible hablarse de fungibilidad o automatismo cuando el sujeto se ve obligado a convencer a otro sujeto de que lleve a cabo el hecho⁷⁷². La autora apunta que es inductor aquel superior jerárquico que, en una organización lícita, determina al subordinado a cometer una acción, siempre que la autoría mediata no quede amparada en otros fundamentos.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 118.

⁷⁷¹ BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2000, p. 373.

⁷⁷² *Ídem*.

Como contrapunto a esa idea, están quienes atinadamente consideran, como Fernández Ibáñez, que “no hay ningún inconveniente a [que] la figura del autor detrás del autor pueda ser reconocida en los diferentes niveles del sistema”, desde el momento que en la estructura jerárquica el agente intermediador en la esfera de competencia y distribución del poder no sea solamente el emisor de la orden, sino también su receptor⁷⁷³.

La actitud de adjudicar automáticamente a esos agentes el rótulo de partícipes es objeto de crítica por la doctrina española, que desde el prisma político-criminal considera insuficiente la punición del comportamiento a título de participación. Y argumentan que, cuando se aprovechan las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, con división de funciones, con roles a la hora de planificar el delito, transmitir la información y ejecutar el tipo objetivo, conscientes de que cada conducta traerá lesión al bien jurídico en cuestión, cada una de las fases contendrá el dominio del hecho⁷⁷⁴, debiendo hablarse de múltiple coautoría.

⁷⁷³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Comares: Granada, 2006, pp. 166 y ss.

⁷⁷⁴ Zugaldía Espinar y Marín de Espinosa afirman: “En definitiva, cuando se aprovechan las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, con división de funciones, teniendo unos el papel de diseñar el delito, otros de transmitirlo y otros de ejecutarlo, cada uno cumpliendo su rol o función dentro de la estructura organizada, con conocimiento de que con su conducta se producirá la lesión al bien jurídico, es difícil negar, en cada una de esas fases, el dominio del hecho y que el mismo se ha realizado ‘conjuntamente’ (art. 28, 1, CP). En la realización de delitos de modo fraccionado, el hombre de atrás o dirigente que planifica y emite la orden domina el hecho porque *configura su ejecución* (dominio material del hecho como dominio de la decisión y configuración del delito), igual que el que la transmite, siempre que tenga mandato de decisión o funciones directivas (dominio del desarrollo del hecho), porque ambos determinan el desarrollo del hecho desde el inicio de la acción hasta su consumación. Finalmente, el que ejecuta el hecho, cumpliendo la orden emitida por directivo y con conocimiento de su ilicitud, también tiene el dominio formal del hecho (dominio de la ejecución). Por consiguiente, en las estructuras jerárquicamente organizadas, si concurren las características señaladas, todos deberían responder como coautores (la división de funciones determina la coautoría aunque el dominio de la decisión, de la configuración o de la organización se ejerza en el estadio de la preparación del hecho configurando su ejecución): no se trata de que los intervinientes tengan el dominio funcional del hecho de la coautoría clásica, sino de que tienen el dominio de la organización...” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al. Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010, p. 431; vid. además ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 44). En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho Español”. En *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal* (Coords.: Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias y Jesús-María Silva-Sánchez). J.M. Bosch Editor: Barcelona, 1995, p. 371; MUÑOZ CONDE, Francisco. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la

Otra línea de pensamiento encuadra la situación como participación por instigación o complicidad por parte del director de la empresa, respondiendo el ejecutor de la orden como autor del delito⁷⁷⁵, pues no se atiende a coautoría cuando hay una vinculación vertical en la realización de hechos en lugar del otro. La estructura jerárquica no asegura el cumplimiento automático de órdenes y el co-dominio positivo de los directores se limita a la fase preparatoria, poseyendo posteriormente un dominio negativo para impedir la realización del delito. Este posicionamiento encuentra resistencia en la doctrina, bajo la consideración de que causaría perplejidad considerar que quien domina el acontecer típico respondiese como una persona que tuvo contribución menor para la realización del delito, porque “posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión de un delito tiene lugar y los cauces y medios del mismo”⁷⁷⁶.

Sopesados los argumentos referentes a la aplicabilidad de la autoría mediata por la teoría del dominio funcional del hecho –en especial, referente a dominio por organización–, la coautoría o la responsabilidad penal como partícipe del director en delitos económicos, tenemos en primer lugar que la teoría de Roxin es aplicable al ordenamiento jurídico-penal en función de su compatibilidad con el artículo 29 del CPb, que reglamenta el concurso de agentes independientemente de la laguna referente a la previsión de la autoría ‘de oficina’ u ‘hombre de atrás’. Sin embargo, cuando se atiende a delitos socioeconómicos, no estamos de acuerdo con la posibilidad de su aplicación, porque la construcción originaria de la teoría del automatismo y la celeridad de la fungibilidad del ejecutor existe dentro de la estructura estatal o al margen de la ley, pero no en la criminalidad de empresa. Aun sin descuidar el poder financiero de la criminalidad empresarial, la sustitutividad no consigue sustentarse con la misma facilidad que se daría en una estructura apartada del Derecho.

realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”. *Revista Penal*, n.º 9 (2002), p. 95.

⁷⁷⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”. *RP*, n.º 9 (2002), pp. 120 y ss.

⁷⁷⁶ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho Español”..., p. 369. Igualmente: FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder...*, pp. 369 y ss.

En abono de esta consideración tenemos que la persona que cumple la orden en una estructura jerárquicamente lícita dispone, en las diversas hipótesis, de su libre albedrío, sin prosperar en su favor, al menos en teoría, ninguna excluyente de las categorías del delito o situación que la vuelva instrumento penalmente irresponsable. De modo que la adopción de un comportamiento delictivo presenta reprochabilidad penal, no siempre como mero partícipe, dependiendo el grado de responsabilidad del análisis de la relevancia de la contribución para el plan delictivo⁷⁷⁷ en el desarrollo del *iter criminis*, pudiendo ser hipótesis de coautoría con el autor de la orden, autor mediato con el dominio negativo o el positivo, y el ejecutor autor inmediato o partícipe, con estos últimos poseyendo el dominio positivo sobre la suerte del evento.

De otra banda, la consideración de que la persona que dicta el mandato o el agente intermediador es partícipe desconsidera la relevancia causal efectiva de su conducta para la actividad delictiva llevada a efecto.

Se señala también de que no evaluar la circunstancia de que aunque la otra persona tuviese libertad para realizar o no la infracción penal el control positivo y negativo del hecho pertenece al otro agente que controla la situación pudiendo valerse de la relación de ascendencia funcional en la estructura empresarial o por la confiabilidad depositada en él por el simple conocimiento de los rasgos del delito, lo que lo coloca en nivel de preponderancia en el *iter criminis*, luego, se descarta la idea de que habría simple participación, en los límites del artículo 29, § 2.º, del CPb.

El Supremo Tribunal Federal, la alta corte constitucional de Brasil, conoció recientemente en la Acción Penal Originaria 470 las premisas de la teoría del dominio funcional del hecho dentro del delito de blanqueo de capitales. En ella admitió, en teoría, su incidencia en delitos económicos y la coautoría, autoría mediata o participación de acuerdo con la conducta cometida y grado de

⁷⁷⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General...*, p. 403.

conocimiento del hecho⁷⁷⁸, existiendo en cada uno de los núcleos de la cadena delictiva un dominio del hecho⁷⁷⁹, incluso en estructuras empresariales.

La hipótesis de agente que echa mano de la actuación de otro como instrumento para realizar el blanqueo de los capitales dependerá, en suma, del análisis de su dolo. El desconocimiento del carácter ilícito del capital obtenido con la infracción penal anterior o la falta del deber de cuidado objetivo generarían la forma imprudente del delito en estudio, alejando la tipicidad de la conducta por error de tipo (art. 20 CPb), en razón de que no se contempla la figura imprudente de este delito⁷⁸⁰.

En la hipótesis arriba descrita, puede cometerse el delito de blanqueo de capitales, pues, como se verá con detalle más adelante, los tipos penales son compatibles con el dolo eventual. Luego, finalizando la cuestión, si el ‘hombre de atrás’ tenía el conocimiento de que el capital está ‘manchado’ por provenir de una infracción penal, y utiliza a otra persona integrante de un sistema económico lícito, responderá como autor mediato del delito, por tener el dominio funcional del hecho dentro del *iter criminis*; mientras que quien realiza la conducta de ocultar o disimular responderá por autor inmediato o partícipe del blanqueo de capitales, de acuerdo con su culpabilidad, grado de conocimiento de la ilicitud del capital y conducta.

⁷⁷⁸ El voto del Ministro Joaquim Barbosa, del STF, destacó: “Si la prueba de los autos es indicativa de que, al cumplir la orden recibida, tenían efectiva consciencia de su carácter ilegal, independientemente de que ese carácter esté oculto o manifiesto, habrán actuado con dolo. Puede, aun así, incidir la atenuante del art. 65, III, c, del Código Penal –crimen cometido bajo coacción resistible o cumplimiento de orden de superior jerárquico. Del punto de vista del concurso de agentes, se habrían adherido, en ese caso, a la voluntad delictiva y actuado, por tanto, en coautoría (si compartían el dominio del hecho) o como partícipe/cómplice. Pero si la participación es tenida como de menor importancia, la pena puede ser reducida en los términos del art. 29, § 1.º, del Código Penal” (STF, APO 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, p. 1247). “El núcleo de la responsabilidad penal reside en la demostración de su adhesión individual a la voluntad delictiva de los demás reos, encuadrándola como instrumento partícipe o coautora. Según hemos visto, el hecho de tratarse de empleada y, como tal, de trabajadora subordinada, y de no disponer de poderes sobre el patrimonio de la sociedad empresaria no aleja, aisladamente, el dominio del hecho delictivo, elemento de la culpabilidad, cuya presencia debe ser contrastada teniendo en cuenta la prueba producida en relación a la real naturaleza de su participación en el ilícito, tomándose en cuenta su conocimiento de los hechos y la unidad de designios y voluntades con los demás agentes” (STF, APO 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, p. 1255).

⁷⁷⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2008, p. 101.

⁷⁸⁰ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 118.

1.3. Participación

El Código Penal brasileño en su artículo 31 trajo la cuestión referente a la participación que puede ser a través de la determinación y del auxilio. La regla general que fue adoptada por el CPb fue la teoría unitaria templada con la ley penal trayendo puntuales excepciones dualistas, además de traer grados de participación en homenaje al principio de la individualización de la pena y de la culpabilidad⁷⁸¹.

La participación moral puede darse a través de la inducción cuando el agente presenta al tercero la idea de acometimiento de una infracción penal no pensada por este último, por ejemplo, contable sugiere a empresario que deje de recoger tributos mediante la falsificación de balancetes y utiliza los valores resultantes de la evasión fiscal para la adquisición de nuevos bienes inmuebles, lo que caracteriza blanqueo de activos.

De la misma forma, la participación moral puede darse mediante instigación en una situación en que el agente, de modo voluntario y consciente, refuerza en otro idea ya pre-existente de violar la ley penal, *exempli gratia*, corredor de bienes raíces consciente de que hubo la evasión fiscal por parte del agente y sugiere a ese que ya deseaba reutilizar su capital en la economía instile en él la idea de comprar inmuebles con ese capital.

En ambas las hipótesis para que haya punición es necesario que haya, por lo mínimo, la tentativa, siendo cierto incluso que en ese caso que la sugerencia será punida aunque resultante de acción socialmente neutra⁷⁸² como en los ejemplos fornecidos arriba. La razón de esa postura es que “hay una determinación directa a la práctica delictiva, con consciencia del contexto y voluntad de crear un movimiento delictivo. Habrá, por tanto, *participación punible en el blanqueo de dinero*, desde que esa comience a ser ejecutada”⁷⁸³.

⁷⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, vol. I...* p.567.

⁷⁸² BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p.121/122.

⁷⁸³ *Ibidem...*, p.122.

El Derecho Penal no puede coadunar con comportamientos que traigan el deber ético que cada hombre posee dentro de sí, desde que ese comportamiento sea pasible de adecuación dentro de una de las especies de concurso de agentes, además del hecho de que ese apoyo psicológico necesariamente debe poseer relevancia causal para el reciclaje de capitales.

El auxilio también es modalidad de participación, pero aquí el agente fornece los medios necesarios para que tercera persona cometa el delito sin, no obstante, realizar la conducta prevista en el tipo objetivo, por ejemplo, agente que es operador de bolsa de valores fornece informaciones privilegiadas sobre acciones con bajo riesgo de perjuicio y *low profile* para fines de adquisición consciente de la voluntad de escamotear el bien, valor o derecho proveniente a través de actividad delictiva o meramente intermediar negociación para fines de reciclaje de activos.

2. ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO

El reciclaje de capitales es un delito de mera actividad, como ya hemos expuesto, así que la consumación del delito no depende de la efectiva reinserción del capital en la economía lícita, sino que basta la ocultación o disimulación⁷⁸⁴ de los bienes, valores o derechos de origen oscuro. Tengamos en cuenta que el blanqueo de activos es extremadamente fluido y mutable, y la exigencia de un resultado comprobable, que agote el efectivo enriquecimiento ilícito del agente, podría volver su persecución tremendamente ardua frente a las facilidades del mercado financiero y de los avances tecnológicos, además de admitir algo no exigido en la norma penal inculpatória⁷⁸⁵. De modo que el delito se perfecciona con la práctica de cualquiera de las conductas de ocultar o disimular, por tratarse de delito de contenido variado o tipo mixto alternativo

⁷⁸⁴ Cfr. FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Capitais: crime econômico da pós-modernidade...*, p. 145; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 326; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 82; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 43-44; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 67; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 82

⁷⁸⁵ En sentido opuesto: BITENCOURT, Cezar Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. "Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual"..., p. 185.

unido por una conjunción. No es necesaria la concurrencia de ambos verbos, y la conducta puede hacerse de las más variadas maneras, por tratarse de delito de forma libre.

Cabe señalar también que para la consumación del delito de blanqueo de capitales poco importa el grado de consumación del delito antecedente, pues el blanqueo de capitales es delito autónomo, como hemos visto, y eso es igualmente aplicable si el delito antecedente es practicado en el extranjero, por expresa dicción legal del artículo 2.º, II, de la Ley 9.613/98.

Para algunos autores, la conexión entre la consumación del delito de blanqueo de capitales y las fases del procedimiento de su aclaración es necesaria para que se obtenga una visión correcta del fenómeno⁷⁸⁶. No obstante, por adoptarse su calificación como delito de mera conducta, la consumación se da con el primer acto de ocultación y prosigue hasta la disimulación, dispensándose la integración, porque esta se configura como un *post factum* no punible. Por nuestro lado, creemos que la adopción de las fases de evolución del blanqueo de activos no serviría obligatoriamente como un indicador para la configuración de la tentativa⁷⁸⁷ y consumación del blanqueo de capitales, y no vincularía la interpretación del *iter criminis*. Esto se debe al hecho de que las fases no responden a un orden cronológico, ya que los bienes, valores y derechos existentes en la economía no necesariamente pasan por la secuencia para su aclaración, además de que muchos de esos activos ya están en la economía ilícita y, por tanto, ocultos y al margen del Estado. En esta línea, debemos recordar que, cuando los activos se enajenan a la economía controlada por el Estado, ya están ocultos, de modo que no podrán encuadrarse en el término “ocultar”, siendo esa conducta atípica o un delito imposible, por no haber

⁷⁸⁶ SANCHEZ VILARDI, Celso. “O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução”. *RBCrim*, v. 12, n.º 47 (mar./abr. 2004), p. 17. En sentido opuesto, dispensando correctamente el *paper trail* y el agotamiento del procedimiento trifásico de ocultar, disimular e integrar, y bastando la presencia de una de ellas: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 82.

⁷⁸⁷ Sanchez Vilardi entiende: “Realmente, ocultar el producto del delito contra la Administración Pública no es, por sí, un acto ejecutivo de blanqueo de dinero, de la misma forma que comprar un inmueble con el dinero del tráfico tampoco es, por sí, blanqueo de dinero. De esta forma, para que la mera ocultación del producto del crimen antecedente sea considerado como acto ejecutivo inicial del proceso de blanqueo, se debe verificar si esta mera ocultación se inserta en el proceso de blanqueo y si es susceptible de producir el resultado deseado, pues así se podrá decir que el bien jurídicamente tutelado fue afectado” (*Ibidem*, p. 23).

formalización del activo en la economía legal. En ese caso, solo se conceptuaría como blanqueo de activos cuando se iniciara la disimulación.

Conviene, por otro lado, recordar la divergencia doctrinaria existente en cuanto a la clasificación del delito, que afecta a la configuración de la consumación y de los institutos jurídicos relacionados. Están por un lado aquellos para quienes el delito es permanente⁷⁸⁸ y su consumación se pospone en el tiempo mientras dure la ocultación o disimulación; y por otro, quienes sustentan que puede ser instantáneo o permanente⁷⁸⁹, dependiendo del análisis del medio adoptado en el caso concreto para el acometimiento de los dos actos antes mencionados. Una tercera vertiente de la doctrina sustenta que el tipo penal del *caput* es instantáneo de efectos permanentes, porque “el acto de *ocultar* o *disimular* consuma el delito en el instante de su práctica. El mantenimiento del bien *oculto* o *disimulado* es mera resultante o desdoblamiento del acto inicial. Se trata de delito *instantáneo de efectos permanentes*, en el cual la consumación

⁷⁸⁸ Por todos, véase: MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 44; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 67; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. "Lavagem de Dinheiro: crimes permanentes" (Disponible en internet en: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=738. Fecha de acceso: 14-09-2013); MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 84; DE CARLI, Carla Veríssimo. "Dos crimes: aspectos objetivos". En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal* (Org. Carla Veríssimo De Carli). Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011, p. 198, SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais Especiais...*, p. 829.

⁷⁸⁹ FERNANDES GOMES, Abel. "Lavagem de Dinheiro: notas sobre consumação, tentativa e concurso de delitos". En: *Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp...*, pp. 78 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 83-85; COUTO DE BRITO, Alexis. *Crimes de 'Lavagem de ativos' (Lei 9.613-98)...*, p. 334. Bitencourt y Oliveira Monteiro defienden que “la interpretación más razonable, a nuestro entender, es la de que se trata de delito permanente mientras el proceso de blanqueo esté en progreso conforme al plan del agente, y no haya finalizado. De esa forma, mientras el producto de la infracción penal antecedente esté siendo reciclado, estaremos delante del mismo y único crimen de blanqueo de dinero, cuya ejecución se prolonga en el tiempo hasta que no sea finalizado o interrumpido. Consecuentemente, los intervinientes en las diferentes fases del proceso de blanqueo deberán ser tratados de acuerdo con las normas que disciplinan el concurso de personas en el crimen. Sin embargo, solamente cuando se inicie un *nuevo proceso de reciclado* para la ocultación o disimulación de bienes, derechos o valores provenientes de otra infracción penal, será posible caracterizar un nuevo hecho punible autónomo, constitutivo de otro delito de blanqueo de dinero. Cabe, por último, aclarar que la permanencia se ajusta a los casos más sofisticados de blanqueo de dinero, siendo posible la caracterización instantánea de esa especie delictiva cuando se realiza en modalidades más elementales, sin refinamiento de ingeniería financiera”. (BITENCOURT, Cezar Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. "Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual"..., pp. 190-191).

cesa en el instante del acto, pero sus efectos perduran en el tiempo”⁷⁹⁰; además de considerar que el bien jurídico protegido es la administración de la justicia.

El reciclaje de capitales siempre configurará delito permanente, pues la conducta de ocultar o disimular no hará desaparecer de la cadena económica el activo (bien, valor o derecho), que permanecerá en su estado latente, apegado a los trazos iniciales de ilicitud y manteniendo su persistencia delictiva a través de la ocultación y la disimulación. A ello se une el fundamento de que, en delitos de peligro abstracto de mera conducta, son perfectamente compatibles con la naturaleza permanente, como acontece en otros tipos penales, en la ley penal brasileña –cuando los tipos penales ofrecen el verbo “ocultar” (arts. 180, 211 y 305 CPb)–, además de en la jurisprudencia patria, que ha consagrado el blanqueo como delito permanente⁷⁹¹.

En otra línea, el delito en análisis no es instantáneo de efectos permanentes, porque en estos el resultado es duradero y no depende de la voluntad del agente⁷⁹²; mientras que en el blanqueo de capitales, la ocultación y la disimulación implican que los actos de “ocultar” y “disimular” se alargan en el tiempo por el tiempo que desee el agente. O sea, la voluntad del agente es factor decisivo para mantener o no el bien, valor o derecho oculto o disimulado. Consecuencia lógica de esa idea es que, como a todos los delitos permanentes, la nueva Ley de blanqueo de capitales es aplicable a los procedimientos de ocultación y disimulación llevados a efecto bajo la Ley antigua en los términos

⁷⁹⁰ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 76.

⁷⁹¹ Acerca de la jurisprudencia, cfr. los precedentes: “...teniendo el delito de blanqueo de dinero naturaleza de delito permanente, aunque los bienes hayan sido adquiridos antes de la vigencia de la Ley n.º 9.613/98, pues han sido utilizados permanentemente, dirigidos al blanqueo (ocultación y disimulación)” (TRF 5.ª REGIÓN. ACR 5502 RN 2007.84.00.006633-0. Relator(a): Desembargador Federal Cesar Carvalho (Substituto) Sentencia: 26-06-2008. Órgano Juzgador: Primeira Turma. Publicación: Fuente: *Diário da Justiça* - Fecha: 18-08-2008 - Página: 754 - N.º: 158 - Año: 2008); y en el mismo sentido: TRF 2ª REGIÓN. Proceso: HC 6009 RJ 2008.02.01.015580-1. Relator(a): Desembargadora Federal MARCIA HELENA NUNES/no afast. Relator. Sentencia: 19-11-2008. Órgano Juzgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA Publicación: DJU - Fecha: 19-12-2008 - Página: 64; TJSP. Proceso: CJ 1097972820118260000 SP 0109797-28.2011.8.26.0000. Relator(a): Presidente de la Sección de Derecho Privado. Sentencia: 29-08-2011. Órgano Juzgador: Cámara Especial. Publicación: 31-08-2011; TJPR – 5.ª C. Criminal - CC - 918399-5 - Foro Central de la Comarca de la Región Metropolitana de Curitiba - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unánime - J. 05.07.2012.

⁷⁹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*, vol. I..., p. 308.

del Expediente 711 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que dice: “La ley penal más grave se aplica al crimen continuado o al crimen permanente, si su vigencia es anterior a la cesación de la continuidad o de la permanencia”.

La tentativa es posible, a pesar de que sea difícil la configuración. Para eso la conducta del agente debería ser obstada por circunstancias ajenas a su voluntad, una vez iniciada la fase de ocultación, pues, una vez consumada la disimulación, ya se habrá pasado por la fase preexistente de la colocación, que es requisito para escamotear la naturaleza u origen de los activos que se pretende blanquear. Así, entendemos que la tentativa normalmente sería posible en la conducta de ocultar, por representar la primera fase dentro del proceso de blanqueo de capitales. No obstante, nada impide que eso ocurra en el procedimiento de disimular, porque, por vía normativa, para que se consiga transmutar como ‘limpio’ el capital, lógicamente se debería esconder su fuente ilícita, sin que nada impida que el capital ya esté en la economía ilícita de forma oculta; por tanto, estaría directamente disimulado, siendo en este instante posible la configuración de la tentativa de disimulación.

La disimulación puede dar ocasión a la capitulación del delito en la modalidad consumada, cuando el *iter criminis* del blanqueo de activos sea descubierto en la fase de la transformación de la naturaleza de ilícita en lícita, y el capital esté previamente en la economía informal, o ya efectivamente en la fase de inserción.

El artículo 1.º, § 3.º, de la Ley 9.613/98 prevé que la tentativa será punida en los términos del artículo 14 del Código Penal, pero esa previsión es innecesaria, y solo dejaría de serlo si se presentase un precepto distinto del reglamento fundamental del Código Penal, como se infiere del artículo 12 del Código Penal. Así pues, los niveles de reducción de la pena serán los indicados en aquella codificación.

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz son posibles en los delitos de blanqueo de capitales; sin embargo, persistirá la punición por el delito antecedente para el agente que, habiendo participado de aquellos delitos, venga a desistir de la labor delictiva. Tal comportamiento en la fase de ocultación genera la atipicidad de la conducta, pero la disimulación depende del análisis del

caso concreto. Aunque se evidencie que el agente siguió las fases del procedimiento de blanqueo, responderá por el verbo “ocultar”; mientras que, si el capital emana de la economía informal, no habrá ocultación, sino disimulación directa, en cuyo caso la renuncia o arrepentimiento generará la atipicidad de la conducta.

En lo que atañe al arrepentimiento posterior, se tiene inicialmente que es una modalidad de comportamiento post-delictivo positivo⁷⁹³, o sea, una conducta llevada a efecto por el autor del delito después de su consumación; afecta, por tanto, a la punibilidad de la conducta, pero no el dolo, que es dimensionado en momento previo y cuyos reflejos de signo político-criminal conducen a una aminoración en la sanción penal o a la extinción de la punibilidad.

La conducta de reparar el daño o restituir la cosa objeto del delito antecedente importaría en la incidencia de arrepentimiento posterior; sin embargo, el problema residiría en la determinación del provecho proveniente del delito antecedente, puesto que en la mayoría de los casos los activos quedan ocultos desde el inicio. Por tanto, solo en aquellas hipótesis en que quede exactamente determinado el beneficio agregado por el delito antecedente será posible comprobar si la reparación o restitución ha sido correcta a los fines de aplicación de la causa de disminución de pena, o si admitirá el reconocimiento de atenuante del artículo 65 del Código Penal.

3. CONCURSO DE DELITOS

Los diversos tipos penales de la Ley 9.613/98 responden a una elección de orden dogmático y criminológico, cuyo fin es combatir el delito de blanqueo de capitales. Con vistas a la materia de Derecho intertemporal y sucesión de leyes penales, haremos una valoración de la antigua redacción, que incorporaba un catálogo cerrado de delitos merecedores de análisis, pues no en balde la Ley 12.683/12 representa una *novatio legis in peius* en su ampliación del alcance de los tipos penales. Aprovecharemos asimismo para analizar elementos de concurso de delitos entre esos tipos penales y el blanqueo de capitales.

⁷⁹³ En detalle sobre la cuestión, cfr. en este mismo Capítulo el epígrafe 2 de la Sección 3.ª.

3.1. Delitos contra el orden tributario

Conforme a la antigua redacción del tipo penal de la Ley 9.613/98, el delito de blanqueo de capitales no toleraba la consideración de la evasión fiscal como delito antecedente, porque, de acuerdo con lo expuesto, el sistema de tipificación era cerrado y solamente las infracciones penales enumeradas en el listado eran consideradas susceptibles de generar el blanqueo.

Ciertamente la evasión de impuestos genera enriquecimiento ilícito para el contribuyente o responsable que deja de tributar al fisco por los activos correspondientes, reteniéndolos para emplearlos en su provecho en detrimento del erario. Por eso resultaba injustificable que no estuvieran insertos los delitos contra el orden tributario⁷⁹⁴ entre los susceptibles de configurar el reciclaje de activos, lo que fue corregido con la nueva redacción del artículo 1.º de la Ley 9.613/98, que adoptó la legislación de tercera generación.

Ahora, con la nueva legislación antiblanqueo la adopción de un sistema abierto pasó a admitir que los delitos tributarios sean considerados delitos antecedentes para los fines del tipo penal de blanqueo de capitales⁷⁹⁵, debiéndose llevar en consideración algunas cuestiones puntuales.

La primera de ellas es la relativa a la necesidad o no de que el crédito tributario ya esté debidamente constituido en la vía administrativa. Los delitos contra el orden tributario de la Ley 8.173/90 demandan la constitución del crédito tributario para que pueda presentarse una cuota tributaria, conforme al artículo 142 del Código Tributario Nacional brasileño.

En este punto conviene aclarar, como se verá, que en algunos delitos antecedentes la extinción de su punibilidad puede afectar al blanqueo de

⁷⁹⁴ Adoptan un posicionamiento similar: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. "Crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal". *Boletim IBCCrim*, vol. 9, n.º 107, pp. 19-20 (oct. 2001); CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 47 (mar./abr. 2004), pp. 52 y ss.; DIAS, José Carlos. "Lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem tributária". *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.º 11, cuaderno 3 (jun. 1999), pp. 279-281.

⁷⁹⁵ De acuerdo con esa línea de pensamiento: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 273; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas...*, p. 149; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12...*, pp. 70 y 85.

capitales; por ejemplo, al haber un delito de resultado involucrando evasión de impuestos o contra la previsión social, el fraccionamiento de la deuda genera la suspensión del derecho de punir del Estado, que termina con el pago integral de la deuda.

La regularización tributaria no produce efectos en la caracterización del blanqueo de capitales, ya que si adopta la teoría de la accesoriedad limitada, hipótesis que afecta a la punibilidad, manteniéndose incólume el injusto penal.

Bitencourt y Monteiro apuntan que “el hecho de pago del tributo extingue la punibilidad del delito contra el orden tributario, [pero] no significa que el blanqueo no haya sido practicado, sino solamente que el provecho inicialmente obtenido fue transferido a la Hacienda Pública, que ostenta la legítima pretensión de lograrlo”⁷⁹⁶.

El acto de haber causa que obstaculice el lanzamiento tributario genera la inexistencia de delito material contra el orden tributario del artículo 1.º, I a IV, de la Ley 8.137/90, en concordancia con el Sumario Vinculante 24 del STF⁷⁹⁷.

Por supuesto, si el delito contra el orden tributario de resultado material se sitúa en un valor considerado insignificante por fuerza del artículo 20 de la Ley 10.522/02 y conforme a una firme jurisprudencia⁷⁹⁸ –esto es, por debajo de R\$ 10.000,00–, como no hay tipicidad del delito antecedente, no habrá blanqueo de capitales⁷⁹⁹.

De otro lado, en ocurriendo la falsificación de un documento con fines de obtener el impago del tributo por la simulación de alguna causa de extinción del crédito tributario cuyos valores queden con el contribuyente habrá blanqueo de

⁷⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. “Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual”. *RBCrim*, n.º 102 (2013), p. 186. Contrario a la cuestión del pago, por implicar una puerta abierta a la impunidad del blanqueo, véase BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas...*, p. 131.

⁷⁹⁷ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro, Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12...*, p. 72

⁷⁹⁸ Por todos: STF. HC 100942, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Sala Primera, juzgado en 09/08/2011, DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 EMENT VOL-02582-02 PP-00235; STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.748 - TO, Rel. Min. Felix Fischer.

⁷⁹⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro, Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12...*, p. 72.

capitales⁸⁰⁰ en concurso material de delitos en habiendo actos distintos, pero si los actos fueren los mismos ocurrirá concurso formal impropio⁸⁰¹.

3.2. Tráfico de sustancias estupefacientes

El delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas y afines fue el primero de los que aparecían en el Capítulo I, en el inciso I del artículo 1.º de la Ley 9.613/98. Y no es de extrañar, puesto que el narcotráfico es la fuente primordial de ingresos de la macrocriminalidad⁸⁰², ya que el comercio ilegal de estupefacientes mueve una elevada cantidad de capital, hecho propiciado por el intenso consumo de estos productos, en los que confluye una alta ganancia con un extenso mercado.

La Ley 11.343/06 es la que reglamenta el tratamiento de la materia en el país. Contiene diversas disposiciones que presentan medidas de profilaxis del problema, procediendo a establecer normas programáticas que fijen las metas de la política nacional antidrogas, tratamiento de los usuarios y, por fin –lo que es más importante– presenta un capítulo destinado a tipificar las conductas de tráfico de estupefacientes.

En el Capítulo II del Título IV, artículos 33 a 47, la Ley antidrogas presenta las disposiciones relativas al tratamiento penal de la materia, en especial los delitos en los artículos 33 a 39, presentando los demás artículos aspectos

⁸⁰⁰ Batlouni Mendroni señala: “Véase que la práctica del delito de blanqueo de dinero proviene no de la mera evasión del pago al Fisco, sino de la practica criminal anterior de falsificación documental, que sirve –o mejor, cuando sirve– de ‘ocultación’ o ‘disimulación’ de un derecho a extinción del crédito tributario, siendo, por eso mismo, forma más grave de conducta. Entonces, para la configuración del delito es necesario que el contribuyente efectivamente presente al Fisco, por sí o por persona interpuesta, el/los documento(s) falso(s), anexados al requerimiento (petición) de extinción de cualquiera de las modalidades previstas en los incisos del art. 156 del CTN” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 273).

⁸⁰¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9 ed. Saraiva: São Paulo. 2014, p. 1.128.

⁸⁰² Según datos del FMI y del Banco Mundial, el volumen de recursos utilizados en el blanqueo de capitales se aproxima de US\$ 500 billones (casi un 5% de la economía global), de los cuales US\$ 400 billones (el 80%) provienen del narcotráfico. En Brasil, el tráfico aparece como una oportunidad de vida para los jóvenes de las favelas, donde los traficantes son vistos como bienhechores sociales, ocupando un espacio que el Estado no atiende en la prestación de los servicios públicos esenciales, lo que hace que aquellos adquieran respetabilidad en el seno de una comunidad que tolera el tráfico como una actividad normal (CUREAU, Sandra. “Lavagem de Dinheiro”. *RPGR*, n.º 6 [1994], pp. 191 y ss. [pp. 187-209]).

referentes a la pena. Para un sector de la doctrina⁸⁰³, estos artículos 33 a 39 tipifican los delitos susceptibles de configurar el tipo antecedente para la caracterización del blanqueo de activos, conforme a una concepción que implica todos los tipos penales de la Ley 11.343/06. Existen, sin embargo, otras líneas de pensamiento que rompen esta concepción y admiten solo algunas especies de tipos penales. Hay quien sustenta que solo los tipos de los artículos 33 a 37 de la Ley 11.343/06 son susceptibles de caracterizar el delito antecedente⁸⁰⁴; para otros, solamente los artículos 33, § 1.º, 34 y 35 de la Ley 11.343/06⁸⁰⁵ configuran el tipo de tráfico para fines de blanqueo; y hay, al fin, una vertiente más restrictiva⁸⁰⁶ que admite únicamente el artículo 33, *caput*, como delito precedente.

Por nuestro lado, adoptamos un posicionamiento diferente al del resto de la doctrina nacional, excluyendo los delitos de los artículos 33, §§ 2.º y 3.º; y 38 y 39 de la Ley 11.343/06, pues hay que atenerse a la potencialidad del blanqueo de capitales en las actividades delictivas, y entendemos que en tipos imprudentes hay una incompatibilidad lógica (debiendo abarcar los “hediondos” y asemejados) con el elemento subjetivo “dolo” de la Ley 9.613/98, aunque no es por su ubicación por lo que se renuncia a ellos como delitos antecedentes.

Las tipos penales recogidos arriba no tienen como objetivo primordial combatir el narcotráfico, sino crear una figura intermedia entre el tráfico y el uso, para evitar distorsiones en la dosimetría de la pena, en relación con los tipos derivados del artículo 33. Por otro lado, por lo que respecta al tipo penal del artículo 38, la infracción penal tiene que ver con la culpa en la prescripción de sustancias estupefacientes, la cual se alinea con delitos contra la salud pública,

⁸⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 2 ed. RT: São Paulo, 2007, p. 413; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 40. Ante la ausencia de posicionamiento expreso, se puede entender que adoptan esa línea de pensamiento: MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...* pp. 53 y ss.; COSTA JR., Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabete, MACHADO, Charles. *Crimes de Colarinho Branco...*, p. 196.

⁸⁰⁴ SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais e Processuais Comentadas...* p. 717.

⁸⁰⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...* pp. 70-71. En sentido similar, analizando a la luz de la antigua Ley antidrogas (Ley 6.368/76), cfr.: SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...*, pp. 74 y ss.

⁸⁰⁶ CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais*. p. 330; GODINHO DA COSTA, Gerson. “O tipo objetivo da lavagem de dinheiro”..., p. 41.

sin consecuencias para el *iter criminis* del blanqueo de capitales. En el artículo 39, por su lado, el legislador se equivocó incluso en cuanto a su inserción en la Ley antidrogas, por lo que su ubicación como causa de incremento de pena en hechos que sean correlatos sonaría como más apropiada. Esos tipos excluidos tienen como núcleo la intención de servir como instrumento de política criminal en el Derecho penal, evitando la formulación de lagunas de punibilidad, así como una excesiva punición de conductas que no guardan el debido nexo con la actividad de blanqueamiento de capitales.

Así, en definitiva, tendríamos los artículos 33, *caput*, § 1.º, 34, 35, 36 y 37 de la Ley 11.343/06 como los tipos penales susceptibles de ser considerados delitos antecedentes; de modo que, dándose la obtención de capital ilícito, será posible la caracterización del delito de blanqueo de capitales en concurso material de delitos, incluso en la financiación del tráfico, si los valores que son utilizados provienen de otro delito de tráfico.

3.3. Delito de terrorismo

El inciso II del artículo 1.º de la Ley 9.613/98 presentaba como delito previo el de terrorismo, cuya introducción dentro de la gama de delitos antecedentes es justificable, ya que quienes ejercen esta actividad obtienen un producto de las actividades ilícitas y precisan emplear de nuevo ese capital en la economía lícita para proseguir con ellas dentro de complejas y sofisticadas redes de organización.

No obstante, y aunque justificada, tal previsión es ampliamente criticada dada la ausencia de una norma que reglamente y tipifique el delito, toda vez que el artículo 20 de la Ley 7.170/83 (Ley de Seguridad Nacional) viola profundamente el principio de taxatividad. La doctrina nacional se pronuncia unánimemente en el sentido de que hay una laguna de punibilidad⁸⁰⁷ y de que el

⁸⁰⁷ En ese sentido: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 414, MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 72-73, BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações civis correlatas...*, pp. 85 y ss., PODVAL, Roberto. *Legislação Penal Especial e sua Interpretação Jurisprudencial...*, p. 2101; SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 4 ed. RT: São Paulo, 2007, p. 109; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO Fábio. *Leis Penais Especiais...*, p. 556; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de lavagem de capitais...*, p. 330; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 73 y ss.; SILVA, Cesar Antônio da.

tipo penal es inconstitucional, al margen de que la descripción típica es excesivamente amplia y no encuadra precisamente un concepto de terrorismo.

Costa apunta, acertadamente que el legislador: "...al contrario de preocuparse por finalmente tipificar el terrorismo, acrecentó circunstancialmente el inciso II, que nació muerto. También pasa a ser punible el *blanqueo de dinero* resultante de la *financiación* del terrorismo. El problema será ahora cómo caracterizar la financiación de lo que es inexistente"⁸⁰⁸.

En este caso no será posible, por tanto, el concurso de delitos por la previsión insuficiente del delito antecedente.

3.4. Contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción

El artículo 1.º, inciso III, de la Ley 9.613/98 presentaba el tercer delito antecedente que integra la gama taxativa, a saber, "el contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción".

La inclusión de este delito es perfectamente justificable, ya que, junto al tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas es una de las actividades ilícitas preexistentes más utilizadas⁸⁰⁹ en la obtención de capital para movilizar la economía ilícita, con la consecuente corrupción en los sectores político y público.

Según un sector de la doctrina, los tipos penales son los de los artículos 17 (comercio ilegal de arma de fuego) y 18 (tráfico internacional de arma de fuego) de la Ley 10.826/03, llamada de Estatuto del Desarme, además del artículo 12 de la Ley 7.170/83 (Ley de Seguridad Nacional), en la hipótesis de uso exclusivo de las fuerzas armadas por el principio de especialidad⁸¹⁰. Otra línea de pensamiento, por su lado, entiende que los delitos son los de los

Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal..., p. 115; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 153. En sentido opuesto, defendiendo la validez del tipo penal de terrorismo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais Especiais...*, p. 717.

⁸⁰⁸ GODINHO COSTA, Gerson Godinho. "O tipo objetivo da lavagem de dinheiro"..., pp. 43-44.

⁸⁰⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. "Diritto penal 'minimo' e nuove formula de criminalità"..., p. 805.

⁸¹⁰ GODINHO COSTA, Gerson. "O tipo objetivo da lavagem de dinheiro"..., pp. 44-46. Con relación a la Ley 9.434/97, hay quien considera solo los delitos de la Ley 7.170/89: SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...*, p. 80.

artículos 17 y 18 de la Ley 10.826/03⁸¹¹, y quien piensa que lo es solamente el del artículo 18 de dicho texto legislativo⁸¹².

Frente a estos posicionamientos, otro sector de la doctrina opina que no hay ninguna figura típica en tal sentido y que se debe utilizar el artículo 334 del CPb⁸¹³. Y hay quienes conjugan el artículo 12 de la Ley 7.170/83 con el tipo criminalizador del artículo 334 del CPb, interpretación que suprimiría una laguna de tipificación⁸¹⁴, además de los que agregan también el artículo 18 de la Ley 10.826/03⁸¹⁵.

Acerca de esta pluralidad de concepciones sobre el tema, hay un último posicionamiento que defiende que los delitos antecedentes listados en los artículos 17 y 18 de la Ley 10.826/03, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 7.170/83, son los más adecuados al caso concreto para fines de contrabando de armas, municiones o material para su producción, idea que se debe principalmente a que el principio de la especialidad determina la coexistencia de los tipos penales, toda vez que la Ley 10.826/03 no incorporó ningún precepto sobre el origen de las armas, de uso restringido o permitido. Eso se hace expresamente en la Ley 7.170/83, que dispone como elemento el “armamento o material militar privativo de las Fuerzas Armadas”, siendo cierto que el material abarca solo aquellos correlatos a armas de fuego y que se excluyen, lógicamente, los pertrechos que no se relacionen con ellas, cuyo comercio ahora constituirá delito antecedente a los fines del reciclaje de activos, si bien en la antigua redacción no era considerado apto para ese último delito.

Las interpretaciones que dejan vacías las parcelas de los delitos arriba mencionados o que los hacen depender de los del artículo 334 del Código Penal, presentan una visión incompleta del fenómeno, además de no cotejar los tipos penales con el principio de especialidad

⁸¹¹ BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 43-44.

⁸¹² PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 414.

⁸¹³ SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 116.

⁸¹⁴ TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, pp. 330-331.

⁸¹⁵ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas...*, pp. 94-95.

Así, se comprende que los delitos afectan a bienes jurídicos ligeramente diversos, aunque en el Estatuto del Desarme se tutela la incolumidad pública, amparada igualmente por la Ley de Seguridad Nacional, sin perjuicio de los intereses tutelados en esta Ley; y así, admite el concurso del blanqueo de capitales y los delitos que implican armas, siempre que se obtengan dividendos con el comercio.

3.5. Delito de extorsión mediante secuestro

El siguiente delito antecedente que se preveía era la extorsión mediante secuestro (art. 1.IV Ley 9.613/98), en que se abarca solamente el tipo penal del artículo 159 del CPb, o sea, el delito de mera actividad en que el agente priva a una persona de su libertad, constriñéndola a cambio de una compensación económica, cuya recepción es irrelevante a efectos de consumación del delito.

Callegari destaca un punto relevante al afirmar: “Lo correcto es la desconexión entre el delito de blanqueo de bienes y el delito previo, de tal forma que el único hecho importante sea que el delito previo constituya uno de los delitos previos previstos en la ley brasileña, independientemente del desarrollo delictivo que alcance. Por lo tanto, la comisión del hecho previo en grado de tentativa también debe ser considerada como delito con relación al blanqueo”⁸¹⁶.

A pesar de que este posicionamiento sea válido y correcto, y aunque la ley nada dice, se exceptúa dentro del delito de extorsión mediante secuestro para fines de reciclaje de activos. Aunque ambos son delitos de mera conducta, no siendo indispensable la ventaja ilícita para fines de consumación del delito del artículo 159 del CPb, para fines de reciclaje de activos es preciso el agotamiento de la conducta; es decir, se precisa que ocurra el *post factum* delictivo, so pena de no existir el bien, valor o dinero, o sea, de faltar el objeto material del delito de la Ley 9.613/98 y haber delito imposible, aunque sea posible la punición del delito de extorsión mediante secuestro aisladamente.

La laguna de punibilidad existe en el caso, ya que la ley no había contemplado otros delitos patrimoniales que se prestaran al blanqueo de

⁸¹⁶ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 150.

capitales, por ejemplo, hurto, robo, apropiación indebida, y excluye correctamente infracciones penales como usurpación posesoria, daño y otras.

Por esta razón también se adopta la idea de que el primer modelo brasileño de lucha contra el reciclaje de capitales no era equivocado, aunque admite una antinomia sistémica y no sistematiza el trato de la materia por la Ley vigente, que ahora admite el concurso material de delitos entre el blanqueo y la extorsión, necesitando solamente de la existencia de la recepción del pago.

3.6. Delitos contra la Administración Pública nacional y extranjera

La antepenúltima clase de delitos prevista en el revocado artículo 1, V de la Ley de blanqueo de activos es la constituida por delitos “contra la Administración Pública, incluido el requisito para ellos mismos o para otros, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la realización de actos u omisiones administrativas”.

Además, por razones de concisión de nuestro trabajo, atenderemos en este apartado también al inciso VII, que trata del delito “practicado por particulares contra una Administración Pública extranjera (art. 337-B, 337-C y 337-D del Decreto-Ley n.º 2.848, de 7 de diciembre 1940 - Código Penal)”.

Se debe decir, en primer lugar, que es totalmente correcta la inserción de los delitos contra la Administración Pública nacional o extranjera, así como el requisito de condición o precio para la práctica u omisión de actos administrativos, ya que el blanqueo de capitales tiene como vertientes la facilitación de la corrupción, la indebida contaminación del sector público⁸¹⁷ y la inadecuada simbiosis entre servicio público y criminalidad.

⁸¹⁷ Al respecto, cfr. Decreto 5.687/06, que integró en nuestro ordenamiento jurídico interno la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 14 hace expresa alusión a la estrecha conexión entre blanqueo de activos y corrupción. Señala Mendroni: “Siendo los delitos de obtención de ganancias mayoritariamente destinados al blanqueo, no podían dejar de estar previstos. El dinero perdido a causa de la práctica de los delitos contra la Administración Pública afecta a las estructuras públicas del Estado, provoca que se apunte en dirección errónea en las cuestiones de administración de la justicia, causando irreparables injusticias y el descrédito de la justicia entre la población.” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 45).

Para un sector de la doctrina, las infracciones penales del tipo en cuestión son sólo las recogidas en los artículos 312 y siguientes del CPb⁸¹⁸, sin alusión alguna a la legislación especial. Hay también quien defiende la inclusión de los delitos descritos en la Ley de licitaciones (Ley 8.666/93), por la segunda parte del tipo penal; así como los de la Ley de parcelación del suelo urbano (Ley 6.766/79)⁸¹⁹. Sin embargo, el análisis de los delitos antecedentes desemboca en una reflexión sobre el sentido de excluir de la hipótesis de concurso de delitos aquellos que son eminentemente indiferentes al blanqueo⁸²⁰ –por ejemplo, artículos 329 a 331 del CPb–, pero también otros delitos importantes para la configuración del blanqueo de activos ‘sucios’, a salvo naturalmente los actos de deshonestidad administrativa (Ley 8.429/92)⁸²¹, ya que no configuran ilícito en la acepción penal, además de los crímenes de responsabilidad, aunque puedan presentar puntos de contacto con delitos contra la Administración Pública.

El artículo 1.V de la Ley 9.613/98 adolecía de una inadecuada redacción, y motiva una interpretación elástica de los preceptos penales, lo que es objeto de inúmeras críticas por la doctrina⁸²². No obstante, los principios penales que calca el sistema admiten, conforme a la proporcionalidad y a la relación de

⁸¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p.414; CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 331.

⁸¹⁹ Barros destaca los tipos penales del artículo 50, *caput*, y el párrafo único de la Ley 6.766/79 y apunta: “Todavía es costumbre tener la cautela de solamente admitirse la conexión con el blanqueo cuando haya ocultación de bienes, derechos o valores logrados ilícitamente. Luego, sin la ocultación o dolo de encubrir la ilicitud del dinero recibido por cuenta de las enajenaciones de los inmuebles ilegalmente subastados, no hay que hablarse de crimen de blanqueo” (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas correlatas...*, p. 118).

⁸²⁰ SILVA, Cesar Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...* p.118; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 81-84; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas correlatas...* pp. 115-118 y ss.; GODINHO COSTA, Gerson. “O tipo objetivo da lavagem de dinheiro”... pp. 44-46; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...* pp. 77-78.

⁸²¹ La Exposición de Motivos de la Ley 9.613/98 dice en su ítem 32: “Realmente, además de la improbidad administrativa, como género de una vasta gama de ilicitudes practicadas por el servidor, la ocultación o la disimulación del provecho logrado con el delito contra la Administración Pública (Cód. Penal, arts. 312 y ss.; Ley nº 8.666, de 21 de junio de 1993) deben ser reprobadas como especie de una delincuencia ingeniosa, aunque el infractor sea extraño a los cuadros administrativos. Así, el tráfico de influencia, la corrupción activa y el contrabando, por ejemplo, pueden y deben ser reconocidos como crímenes antecedentes, para la caracterización del *money laundering*”. En sentido opuesto, no admitiéndola: COSTA, Gerson Godinho. “O tipo objetivo da lavagem de dinheiro”..., pp. 47-48).

⁸²² Por todos, de modo más contundente: MAIA, Rodolfo Tigre *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 76-78.

causalidad, la exclusión de los delitos que no guarden vinculación con el reciclaje de activos. Y en cuanto a la crítica formulada respecto a la redundancia del dispositivo, merece ser considerada, pues la locución “contra la Administración Pública” ya abarcaría lógicamente a los demás delitos que hubieran atacado el mismo bien jurídico –en el caso, la Ley de licitaciones.

En los delitos contra la Administración Pública extranjera, por otro lado, la Ley fue totalmente taxativa y presentó los delitos susceptibles de caracterizar el reciclaje de activos, siendo su inclusión fruto de la Ley 10.467/02, que reconoció la necesidad de insertar estos delitos en el catálogo. Esto fue así por una razón de uniformidad del sistema, que necesitaba combatir tales infracciones aquí y en el extranjero. Conviene recordar que poco importa el grado de consumación del delito antecedente en el extranjero, pues la Ley nada dice a ese respecto; pero cumple resaltar que los delitos deben afectar al sistema financiero nacional, o sea, si la conducta ocurre en el extranjero, es preciso que tal conducta tenga consecuencias concretas en Brasil⁸²³ y que conduzca a la incidencia de alguno de los tipos penales referenciados.

3.7. Delitos contra el sistema financiero nacional

En cuanto a los delitos contra el sistema financiero nacional, conviene destacar, en primer lugar, el acierto de su anterior inclusión como susceptibles de generar el blanqueo de activos, pues es por medio del sistema financiero como se producen diversas operaciones monetarias que posibilitan la transformación de los activos en lícitos.

Aunque la Ley 7.492/86 presenta el reglamento jurídico penal de los delitos contra el sistema financiero nacional, no había acuerdo en la doctrina en cuanto al alcance del inciso: algunos autores vislumbraban solo los delitos encartados en esta Ley⁸²⁴, mientras que otros optaban por establecer una gama de delitos susceptibles de generar el blanqueo de capitales⁸²⁵, habiendo aún

⁸²³ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 150.

⁸²⁴ BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 46; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 415; SILVA, Cesar Antônio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal...*, p. 119; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 381.

⁸²⁵ MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Antecedentes dos crimes de lavagem de dinheiro e os crimes contra o sistema financeiro nacional”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. [Orgs.: José Paulo Baltazar

quien agregaba los delitos de la Ley de mercado de capitales de la Ley 10.303/01⁸²⁶.

Lo fundamental para el encuadramiento del delito contra el sistema financiero nacional como antecesor es la aptitud de aquella conducta de generar bienes, valores o dinero que puedan ser reutilizados en la economía lícita. El parámetro de análisis es, por tanto, el bien jurídico enfocado, la esencia de la tutela penal y no la clasificación amparada por rotulación legal del nombre del delito, pues, si así lo fuera, frustraría el objetivo de la ley penal de conferir protección al sistema financiero, limitándose a consagrar solo los delitos que violentan a los sectores afectados por la Ley 7.492/86, en detrimento de otra especie de ellos, a saber, la de los delitos de la Ley de mercado de capitales.

De ese modo, el sistema financiero nacional mencionado en la Ley de blanqueo de capitales no se ciñe a las infracciones penales anuladas por la Ley de delitos contra el sistema financiero nacional, sino que abarca también los tipos penales previstos en la Ley de mercado de capitales. Dichos tipos atañen no solo a tal mercado, sino también al de cambio y al monetario (Ley 6.385/76, en concordancia con la Ley 10.303/01), porque deben estar amparados en la interpretación del concepto de sistema financiero nacional adoptado por el artículo 1.º de la Ley 7.492/86, en concordancia con el artículo 1.º de la Ley complementar 105/01.

A continuación analizamos algunas situaciones especiales de concurso entre los delitos contra el sistema financiero nacional y el blanqueo de capitales.

Algunos defienden como compleja la punición del delito de blanqueo de capitales por los *gatekeepers*, porque estos desconocen la infracción penal antecedente, no tienen interés en saber del origen del dinero de su cliente y, en caso de que este sea un delincuente, no comunicarán al agente financiero el origen espurio del capital. Esto conduciría a una situación de distorsión de la tutela penal, puesto que el incumplimiento de los deberes de *good citizen corporation* es indicativo de una deliberada ceguera en cuanto al deber jurídico

Júnior e Sérgio Fernando Moro]. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 60; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 78.

⁸²⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas correlatas*..., pp. 121-139.

de colaboración recogido en la Ley 9.613/98, lo que, vinculado a la incompatibilidad del patrimonio movilizado con las condiciones personales del agente que introduce el capital para el agente que tiene la obligación de comunicar, rechaza la imputación arriba indicada. Al amparo de esa situación, se podría cuestionar el encuadramiento de la conducta del *compliance officer* o *gatekeeper*, en teoría, como delitos contra el sistema financiero nacional de los artículos 4.º, 16 y 22 de la Ley 7.492/86.

3.7.1. Gestión fraudulenta de institución financiera

La responsabilidad solamente por el delito de gestión fraudulenta es insostenible, porque el tipo penal del artículo 4.º de la Ley 7.492/86 necesita del ejercicio efectivo de funciones de gerencia de la institución financiera⁸²⁷, y la persona responsable del *compliance* y que incumple los deberes del artículo 9.º de la Ley 9.613/98 no necesariamente acumula la función de gestor y administrador con el deber de comunicar la operación, además de la dificultad de encuadramiento penal de la conducta, dada la amplitud del tipo penal y la diversidad de bienes jurídicos tutelados⁸²⁸. Si existe simultaneidad de la función de gerencia con el empleo de la institución financiera para blanqueo de capitales, habrá concurso de delitos.

3.7.2. Operación irregular de institución financiera

En lo que respecta a la previsión del artículo 16 de la Ley 7.493/86⁸²⁹, existe la posibilidad de responsabilidad conjunta por concurso de infracciones

⁸²⁷ El tipo penal del artículo 4.º de la Ley 7.492/86 prevé: “Gestionar fraudulentamente institución financiera: Pena - Reclusión de 3 (tres) a 12 (doce) años, y multa. Párrafo único. Si la gestión es temeraria: Pena - Reclusión de 2 (dos) a 8 (ocho) años, y multa”. MARCHIONATTI BARBOSA, Daniel. “Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir o descumprimento dos deveres de *compliance*”. En *Curso Modular de Direito Penal*, vol. II [Orgs.: Taadaqui Hirose y João Paulo Baltazar Júnior]. Conceito Editorial: Florianópolis, 2010, pp. 498 y ss.

⁸²⁸ El bien jurídico salvaguardado en el delito del artículo 4.º de la Ley 7.492/86 es “la salubridad de la gestión de las instituciones financieras y de las actividades de ahí resultantes, con la consecuente protección del patrimonio de la institución financiera y de los inversores” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 157). Así pues, es completamente insuficiente la tutela penal de los agentes que malversan la institución para fines de blanqueo de capitales.

⁸²⁹ Dispone el artículo 16 de la Ley 7.492/86: “Hacer operar, sin la debida autorización o con autorización obtenida mediante declaración (vetado) falsa, institución financiera, inclusive de

por ese delito, si se han realizado otras actividades financieras, y no solamente el blanqueo de capitales, sino operaciones normales con valores mobiliarios o de cambio ilegales, que no generen, sin embargo, reciclaje de activos, en razón de que el dolo sea diverso y haya bien jurídico distinto entre las conductas. Pero si las antedichas operaciones son destinadas al reciclaje de activos, el agente responderá solo por ese delito en la figura típica del artículo 1.º, § 4.º, de la Ley 9.613/98.

3.7.3. Evasión de divisas

Con referencia al delito de evasión de divisas previsto en el artículo 22 de la Ley 7.492/86, aunque haya opiniones contrarias⁸³⁰, creemos que el agente podrá responder⁸³¹ por el delito de blanqueo de capitales y evasión de divisas⁸³²,

distribución de valores mobiliarios o de divisas: Pena – Reclusión de uno (1) a cuatro (4) años, y multa”.

⁸³⁰ Batlouni Mendroni apunta que, “si el agente realiza operación de cambio con dinero sucio, esto, por sí solo, ya configuraría la ‘ocultación’ de su origen (aunque en operación autorizada), en la categoría de movimiento de dinero, configurando delito de blanqueo de dinero y *excluyendo por tanto la hipótesis de configuración de evasión*” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 275).

⁸³¹ BARBOSA, Daniel Marchionatti. “Ferramentas velhas, novos problemas...”, p. 507; MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 38.

⁸³² FERNANDES GOMES, Abel. “Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. [Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro]. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2007, pp. 88-89. En términos generales: PALITOT BRAGA, Rômulo Rhemo. *Lavagem de dinheiro: Fenomenologia, Bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes...*, p. 123; WELTER, Antônio Carlos. *Dos crimes de lavagem de dinheiro: dogmática básica...*, p. 163. En la jurisprudencia: STJ, REsp 1234097-PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTO GRUPO, juzgado en 03/11/2011, DJe 17-11-2011: “Se impone la responsabilidad criminal por los crímenes recogidos en los artículos 16 y 22, puesto que, además de la operación de institución financiera equiparada sin autorización para transferencias internacionales, quedó extensamente demostrado el firme propósito de promover una evasión millonaria de impuestos del país, mediante transacciones de ‘dólar-cabo’, efectuadas a partir de la *offshore* constituida en paraíso fiscal, practicando, incluso, la segunda figura delictiva del párrafo único del artículo 22 de la LCSFN, esto es, el mantenimiento de depósitos en el exterior sin declaración a la autoridad competente. 3. Los crímenes de operación de institución financiera sin autorización de la autoridad competente y evasión de impuestos constituyen, por sí solos, un nefasto instrumento para la ocultación de bienes provenientes de los más variados delitos, independientemente de averiguar si cada cliente del ‘cambiante’ ahora acusado transitó por el mundo del delito. 4. No quedando configurada la absorción del crimen de evasión de impuestos por el delito de blanqueo de dinero cuando el agente promueve, en la condición de ‘cambiante’, la evasión de impuestos para sus clientes y oculta la millonaria cuantía evadida en las cuentas bancarias mantenidas en el exterior, en nombre de *offshore* constituida en paraíso fiscal, se impone la aplicación del concurso material de delitos, consonante iterativa jurisprudencia de este Tribunal y del STJ (TRF 4.ª REGIAO Apelación Criminal N.º 0034208-37.2005.404.7000-PR, Rel. Juez Federal Sebastião Ogê Muniz) y del STJ: «No hay que hablar de consunción entre el crimen de evasión de impuestos y el de blanqueo de capitales, sino en conductas autónomas, caracterizadoras de blanqueo de dinero. VII. El blanqueo de dinero

con las reservas anteriormente expuestas, además de que el bien, valor o dinero provenga de infracción penal y se envíe el capital fuera del país, manteniendo los depósitos para reinvertir en actividades económicas. Téngase en cuenta que, si es de origen lícito, solo existirá el delito de evasión de divisas, por el principio de la especialidad; y si, aun siendo de origen ilícito, se ha procedido a efectuar operaciones de cambio para ‘limpiar’ el capital, responderá solamente por el delito del artículo 1.º de la Ley 9.613/98, con base en el principio de la consunción.

Baltazar Júnior dice que “...en la remesa de dinero al exterior con el fin de ocultación hay concurso formal impropio entre los delitos de blanqueo de dinero y evasión de divisas, pues los designios son los mismos, aunque los delitos sean consubstanciados en los mismos actos”⁸³³.

Se apunta también que los tipos penales de la Ley 7.492/86 presentan penas más blandas que los de la Ley 9.613/98, además de que poseen bien jurídico diferente, puesto que salvaguardan el buen funcionamiento del sistema financiero al tiempo que en el blanqueo de capitales hay pluriofensividad hacia los aspectos socioeconómicos, el ámbito macroeconómico y la administración de la justicia.

La reprochabilidad del comportamiento de aquellos que integran un sistema insuficiente de *compliance* puede ser recogida en el Derecho penal, pero siempre que haya dolo, y no culpa, en virtud de la inexistencia de blanqueo de activos imprudente en Brasil, puesto que la culpa genera la responsabilidad administrativa del agente.

En lo que se refiere a la responsabilidad del consejo de administración o dirección⁸³⁴, se debe observar si hay algún tipo de vinculación subjetiva que

presupone la ocurrencia de delito anterior, siendo propio del delito que esté consustanciado en actos que garanticen o lleven al provecho del resultado del crimen anterior, pero reciban punición autónoma. Conforme la opción del legislador brasileño, puede el autor del crimen antecedente responder por blanqueo de dinero, dada la diversidad de los bienes jurídicos afectados y la autonomía de este delito. VIII. Indubitable, en la presente hipótesis, la existencia del crimen de evasión de impuestos como crimen antecedente»”.

⁸³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais...*, p. 1.127. Admite el concurso de delitos BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de Capitais e obrigações civis acessórias...*, p. 131.

⁸³⁴ La cuestión será desarrollada con la debida profundidad cuando analicemos el delito de blanqueo de capitales en la legislación española, en razón de argumentaciones jurídico-penales que son más profundas en aquel país.

conecte el comportamiento penalmente relevante con el delito⁸³⁵ de blanqueo de capitales, pues se necesita que haya poder decisorio y de gerencia, y que se haya valido de sus poderes para cometer del delito, no siendo definitiva la mera ubicación privilegiada en la estructura empresarial. Se destaca la insuficiencia de la reprochabilidad penal del hecho por la mera ocupación del puesto de dirección o administración, sin que haya unión de ese factor al *iter criminis* realizado.

3.8. Criminalidad organizada

El último tipo de delitos presentados en la gama es el cometido por una organización criminal (art. 1.VII Ley 9.613/98), siendo este punto el más tormentoso dentro de la Ley.

La primera cuestión afecta directamente a la Ley de reciclaje de capitales, que en el caso del antiguo sistema anulado por la legislación, menciona la adopción de delitos específicos o la elección de determinados bienes jurídicos. Sin embargo, en la legislación vigente en la materia constan crímenes practicados por organización criminal, sin hacer las especificaciones que la Ley 9.613/98 realiza previamente.

⁸³⁵ En ese sentido, HC 201102332638 HC - HABEAS CORPUS – 220164. 5.º Grupo. Rel. Min. Jorge Mussi. DJ: 20-06-2012: “*HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. DENUNCIA. CRIMEN SOCIETARIO. ALEGACIÓN DE FALTA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS PACIENTES. CONDICIÓN DE SOCIOS. PIEZA INAUGURAL QUE ATIENDE A LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS Y DESCRIBE EL DELITO EN HIPÓTESIS. AMPLIA DEFENSA GARANTIZADA. INEPTITUD NO EVIDENCIADA.* 1. No puede ser tachada de inepta la denuncia formulada en obediencia a los requisitos trazados en el artículo 41 del Código de Proceso Penal, describiendo perfectamente las conductas típicas, cuya autoría es atribuida a los pacientes, debidamente cualificados, circunstancias que permiten el ejercicio de la amplia defensa en el seno de la persecución penal, en la cual se observará el debido proceso legal. 2. En los llamados *delitos* societarios, sin embargo la acusación inicial no pueda ser de todo genérica, es válida cuando, a pesar de no describir minuciosamente las actuaciones individuales de los acusados, demuestra una conexión entre su actuar y la supuesta práctica delictiva, caracterizada por la condición de *socios* o administradores de la *empresa*, estableciendo la plausibilidad de la imputación y posibilitando el ejercicio de la amplia defensa, caso en que se consideran cumplidos los requisitos del artículo 41 del Código de Proceso Penal. 3. Aun habiéndose eventualmente demostrado que uno de los *socios* denunciados no habría ejercido función de gerencia, administración, o probado que no detentaba poder decisorio dentro de la persona jurídica relacionado con el hecho delictivo, sería hipótesis de absolución, y no de ineptitud de la denuncia, tratándose de cuestión a dirimirse durante la instrucción procesal, y no en la vía estrecha del presente escrito, como pretende el suplico. 4. Orden denegada”. Igualmente, RHC 201202154313 RHC - RECURSO ORDINARIO EN *HABEAS CORPUS* – 34051, Rel. Min. Sebastião dos Reis Júnior.

El segundo y principal aspecto que debe ser sopesado es que la Ley 9.034/95 no presentava un concepto de lo que sería organización criminal; de ahí que para muchos la Ley de blanqueo de capitales no puede rellenar ese concepto casuísticamente, por vulnerar el principio de legalidad⁸³⁶. En otro extremo están quienes entienden que la organización criminal no podría ser incluida dentro de un tipo penal cerrado⁸³⁷, ya que naturalmente se diferencia de la pandilla o banda y del concurso de agentes, además de existir diversas formas de sociedad criminal que no podrían ser descritas en un tipo penal único. Este sector de la doctrina aduce que al rectificar la Convención de Palermo sobre crimen organizado a través del Decreto 5.014/04, suprimió tal laguna⁸³⁸, aunque su artículo 2.º define el concepto de organización criminal. Como complemento a este último posicionamiento, tenemos que la cláusula de la criminalidad organizada sería adoptada para suprimir la gama de delitos antecedentes, toda vez que la laguna del tipo antecedente sería sustituida por la cláusula general, donde estarían presentes los demás delitos no previstos en la gama anterior, como delitos electorales, contra la libre competencia, patrimoniales, tributarios, contra el sistema de pensiones, entre otros.

Sentadas estas premisas, creemos necesario prever el blanqueo proveniente de la delincuencia organizada dentro de una sociedad, como la presente, tecnológica y altamente compleja. Tengamos en cuenta que ese

⁸³⁶ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 381; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 415; GODINHO COSTA, Gerson. "O tipo objetivo da lavagem de dinheiro"..., p. 50; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...*, p. 118; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 175/177; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 153; PODVAL, Roberto. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 2101; ALTIERI DE MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 112.

⁸³⁷ MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Capitais...*, p. 57/58; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 78-79; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 47-51; FELDENS, Luciano. "Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista". *Boletim IBCCrim*, año 14, n.º 170 (ene. 2007), pp. 13-14; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e prática...*, p. 42; COSTA JR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabete, MACHADO, Charles. *Crimes de Colarinho Branco...*, p. 201; SCARANCA FERNANDES, Antônio. "O conceito de Crime Organizado na Lei 9034/95". *Boletim IBCCrim* (jul. 1995), p. 3.

⁸³⁸ El artículo 2.º del Decreto Ley 5.014/04 define: "Grupo criminal organizado es el grupo estructurado de tres o más personas, existente desde hace algún tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer una o más infracciones graves o enunciadas en la presente Convención, con la intención de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio material".

fenómeno asuela la sociedad⁸³⁹ y tiene como primordial vía de actuación el reciclaje de capitales, con el fin de que la organización tenga capital lícito para reutilizar en la economía.

La Ley 9.034/95 no precisaba un concepto de crimen organizado, ya que no era necesario, puesto que naturalmente se consigue distinguir una organización criminal de una asociación criminal conforme a la dicción del artículo 288 del Código Penal. En efecto, la organización criminal presenta unos elementos especiales intrínsecos, como el hecho de asumir una forma de empresa y extenderse a través de redes ilícitas, razón por la que su concepto debe ser formulado siguiendo criterios criminológicos, ante la pluralidad de tipos de organizaciones criminales posibles, dada la complejidad del procedimiento del blanqueo y de su actividad delictiva preponderante⁸⁴⁰.

Debe tenerse en cuenta, además, que la Convención de Palermo fue incorporada al ordenamiento jurídico según el molde constitucionalmente trazado, insertándose como ley ordinaria (artículo 49.I en concordancia con el artículo 84.VIII de la CRFB), de modo que formalmente cumple la legalidad, al incorporar el concepto. Por otro lado, y a pesar de estos argumentos, para un sector de la doctrina, la conceptualización del crimen organizado debe venir en ley como un tipo penal, según se da en el artículo 288 del CPb. Asimismo, y por otro lado, el artículo 1.º de la Ley 9.613/98 hace expresa alusión al crimen como elemento normativo jurídico, lo que le brindaba a la legislación brasileña entonces vigente la existencia de un tipo penal que incriminase o conceptuase el crimen organizado, razón por la cual la adopción de esta modalidad era posible independientemente de que no haya habido una alteración en el panorama legislativo.

A pesar de esos elementos, que reafirman nuestro posicionamiento sobre la no necesidad de un concepto de crimen organizado previsto en ley, la cuestión

⁸³⁹ Señala Hassemer: "...no es sólo una organización bien hecha, no es solamente una organización internacional, sino que es, en último análisis, la corrupción de la legislatura, de la Magistratura, del Ministerio Público, de la Policía, o sea, la paralización estatal en el combate a la criminalidad... es una criminalidad difusa que se caracteriza por la ausencia de víctimas individuales, por la poca visibilidad de los daños causados así como por un nuevo *modus operandi* (profesionalidad, división de tareas, participación de «gente insospechada», métodos sofisticados, etc.)" (HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Fundação Escola do Ministério Público: Porto Alegre, 1993, p. 85).

⁸⁴⁰ Por todos: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 47-51.

terminó siendo superada con la promulgación de la Ley 12.694/12, derogada por la Ley 12.850/13, cuyas alteraciones serán analizadas más adelante al tratar de la causa de incremento de pena del crimen organizado previsto en el artículo 1.º, § 4.º, de la Ley 9.613/98.

Finalmente, hemos de recordar que la antigua Ley de blanqueo de capitales no fue sistematizada de acuerdo con un catálogo de delitos, pues en determinados momentos apuntaba a un delito cierto, por ejemplo, extorsión mediante secuestro; mientras que en otras ocasiones el legislador lo hacía conforme a una clasificación atenta al bien jurídico salvaguardado, como en el delito de tráfico de estupefacientes o contra la Administración Pública; y cerraba el artículo incluyendo como cláusula abierta el delito de organización criminal. Y es que, como hemos dejado dicho más arriba, la legislación penal brasileña era de un género mixto, no encuadrándose en ninguna de las tres –por no ser abierta, no ser cerrada para un delito específico y no presentar un catálogo cerrado de infracciones. Por eso, no habría problema sistémico en la adopción del concepto de organización criminal y la posterior conceptualización de criminalidad organizada no alteraría el panorama interpretativo⁸⁴¹. Entendemos, en definitiva, que no había necesidad de presentar un concepto de organización criminal, toda vez que la Convención de Palermo ya lo había hecho.

3.9. Delito continuado y concurso formal

El concurso de delitos es una cuestión de gran relieve dentro del blanqueo de capitales, fundamentalmente por causa de la cuestión de los delitos que preceden el reciclado, el grado de conexión con el delito de blanqueo de capitales y la determinación de cuál sería la modalidad de concurso de delitos adoptada.

⁸⁴¹ La Ley de blanqueo de capitales pasó a adoptar el concepto abierto de infracciones penales con la Ley 12.683/12 y la alteración de la Ley de lucha contra el crimen organizado, pero la inclusión de un concepto de criminalidad organizada vio la luz con las Leyes 12.694/12 y 12.850/13.

A los delitos antecedentes se les aplican las reglas del concurso de delitos del Código Penal relativas, en conjunto, al blanqueo de capitales⁸⁴², lo que es posible porque los bienes jurídico-penales tutelados por los delitos involucrados son diametralmente diferentes. No obstante, hay una disonancia en cuanto a la modalidad de concurso aplicable, y divergencias sobre el concurso formal y el delito continuado, especialmente cuanto al primero. Hay quienes defienden que es posible, dada la unidad del elemento subjetivo del tipo⁸⁴³, mientras que los opositores sustentan la imposibilidad⁸⁴⁴ de que tales infracciones se den mediante una acción u omisión, y principalmente por la diversidad de designios.

En principio, el delito continuado con el tipo penal antecedente no puede ser caracterizado dentro del delito de blanqueo de capitales, puesto que no son delitos de la misma especie. Está, además, la cuestión de la diversidad de bienes jurídico-penales tutelados por la ley penal (art. 71 CPb), lo que también lo apartaría de un eventual y aparente concurso de normas, con el agente respondiendo por los dos delitos. Por tanto, si el agente participa del delito precedente y realiza el blanqueo de capitales, responderá por ambos delitos, según la regla del concurso material de infracciones, puesto que, a nuestro entender, los delitos son autónomos, a pesar del vínculo de hecho y la unión entre ambos.

La cuestión relativa al concurso formal merece un análisis más cauteloso y, dependiendo de la hipótesis fáctica, es posible que la conducta configure una infracción penal antecedente y simultáneamente oculte o disimule el origen de capitales ilícitos. Eso conformaría un concurso formal en la modalidad impropia, ante la disposición final de la dicción legal, según la cual no se hablaría de concurso formal propio, si la acción u omisión es dolosa y los delitos provienen

⁸⁴² En líneas generales, admite el concurso de delitos: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 380; y defiende el concurso material: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 147.

⁸⁴³ FERNANDES GOMES, Abel. "Lavagem de Dinheiro: notas sobre consumação, tentativa e concurso de delitos". En: *Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp...*, p. 86.

⁸⁴⁴ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civis correlatas...*, p. 61.

de designios autónomos (art. 70 *in fine* CPb), y en el caso del blanqueo de capitales existen dos elementos subjetivos –una dualidad de dolo⁸⁴⁵.

Por razones ya expresadas a lo largo del presente trabajo, si el hecho es atípico o si existe causa excluyente de la ilicitud, no podrá ser considerado consumado el delito de blanqueo de capitales⁸⁴⁶. En el caso concreto, dependerá de la consumación del delito antecedente, con la constatación del provecho o ventaja, o la presencia del agotamiento de la conducta⁸⁴⁷.

Podrán asimismo ser imputadas infracciones penales que, aun no habiendo sido utilizadas como formas de obtención del capital ‘sucio’, han sido cometidas durante el *iter criminis* del blanqueo de capitales. En atención a su autonomía, podrán ser imputadas conforme a la regla del concurso material de delitos, así como a lo dispuesto en los artículos 69 y siguientes del Código de Proceso Penal, siguiendo las reglas de concurso de delitos previstas en el CPb.

4. LOS DELITOS DE CONVERSIÓN, OPERACIÓN, INFRAVALORACIÓN O SOBREALORACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS DEL ART. 1.º, § 1.º, DE LA LEY N.º 9.613/98

Pasamos ahora al análisis de los tipos penales equiparados, evaluando en concreto los aspectos centrales de los delitos listados en el artículo 1.º, § 1.º, I a III, de la Ley 9.613/98.

⁸⁴⁵ Contrariamente al concurso formal, porque “el agente no comete las infracciones mediante una sola *acción u omisión*, y aunque esto se verifique como excepcionalidad del caso concreto, la acumulación de las penas ha de ser impuesta, porque los delitos antecedentes resultan de designios autónomos” (*Ídem*). En la misma línea: MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 61-70.

⁸⁴⁶ En este punto hay que admitir las razones del posicionamiento de Cruz, cuando apunta que, si no hay la constitución definitiva del crédito tributario, no se considera caracterizado el delito contra el orden tributario y, lógicamente, no hay que hablar de delito de blanqueo de capitales (BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 87).

⁸⁴⁷ El Supremo Tribunal Federal ya decidió que, “en esa línea, la utilización de un tercero para recibir el soborno –con intención de ocultar o disimular el acto, su objetivo y real beneficiario–, integra la propia fase consumativa del crimen de corrupción pasiva, núcleo recibir, y se califica como agotamiento del crimen de corrupción activa”. (STF. APn 470-MG, Ministra Rosa Maria Weber, pp. 950-954). En el mismo sentido, “la consumación del crimen de corrupción pasiva no depende del destino de la ventaja indebida, constituyendo este mero agotamiento del crimen”. (POGGIO SMANIO, Gianpaolo. “Análise da decisão da APn 470-MG por el STF referente aos crimes contra a Administração Pública - Corrupção Passiva e Ativa - Elementos do tipo penal”. RT 933 [jul. 2013], p. 205).

En primer lugar, destaca que el párrafo en cuestión vuelve a presentar los verbos “ocultar” y “disimular”, pero en el sentido de una intensificación en la lucha contra la reinserción de los bienes en la economía lícita, ya que se expresa en la norma prohibitiva la prohibición de alterar el origen del capital (conversión en activos lícitos); la adquisición, cambio, recepción, negociación, dar o recibir en garantía, guardar, tener en depósito, movilizar (operación con activos ilícitos); o transferir e importar o exportar bienes con valores no correspondientes a los verdaderos (sobrefacturación o superfacturación).

4.1. Tipo objetivo

El artículo 1.º, § 1.º, de la Ley 9.613/98 presenta otros delitos que pretenden complementar las normas incriminadoras del tipo-base. Los preceptos típicos presentan las conductas de ocultar (esconder, no demostrar) o disimular (esconder con astucia) bienes, valores o derechos; pero agregan la elemental utilización (uso, empleo), lo que se correlaciona con la fase de reinserción⁸⁴⁸ del capital en la economía.

Los delitos revelan puntos de similitud con la receptación y con el favorecimiento real, que son las fuentes de formulación de la esencia del tipo penal de reciclaje de capitales. Además, sus núcleos destacan conductas de personas que cooperan para el efectivo blanqueo de los capitales ‘sucios’ y que reciben en la cadena económica capitales maculados, los cuales realizan “típicas operaciones de blanqueo de dinero, representadas por negocios jurídicos de adquisición, cambio, guardia, movilización y transferencia, algunas veces en

⁸⁴⁸ El fundamento de los delitos contenidos en estas disposiciones se encuentra en la Convención de Viena, artículo 3.1.b), que exige a las Partes la adopción de medidas para tipificar: “i) 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 inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.”

relación al exterior, que acaban por generar riquezas de apariencia lícita y pronta disponibilidad”⁸⁴⁹.

4.1.1. Sujetos del delito

En lo relativo a los sujetos del delito, nuestros comentarios respecto al tipo penal recogido en el *caput* (apartado 1.1 de este mismo Capítulo) son suficientes para dirimir la cuestión; por tanto, por tratarse de delito común, el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso las personas obligadas por ley a comunicar determinadas operaciones y, dependiendo del caso concreto, indicar quiénes participan de ella y analizar el dolo en el evento, a causa de incidir en el deber jurídico del artículo 13, § 2.º del Código Penal en concordancia con los artículos 9.º a 11 de la Ley 9.613/98.

A su vez, el sujeto pasivo de los delitos es el Estado, por ser titular de los bienes jurídicos afectados y, subsidiariamente, el particular afectado por las conductas.

4.1.2. Conductas típicas

Los ilícitos penales de este párrafo tienen una mezcla de receptación y favorecimiento real, siendo su objetivo el de combatir la recepción del producto de delito, procurando con ello contener aportes económico-financieros que escamotean su origen oscuro y contribuyen a que los agentes obtengan provechos ilegales a través de los delitos antecedentes al blanqueo.

Antes de iniciar el análisis del tipo penal en cuestión, conviene traer a debate la cuestión atinente a la mezcla de capitales, o sea, el caso del empleo por el agente de capital lícito entreverado con el proveniente de infracción penal. En caso de que el agente adopte esa conducta, existirá blanqueo de capitales solo en relación con la parcela ilícita del capital, no hablándose de blanqueo de

⁸⁴⁹ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 335.

toda la masa de bienes, valores o derechos⁸⁵⁰, so pena de formular una presunción de culpa contra el autor del delito, generar un enriquecimiento sin causa del poder público contra el acusado e implicar en analogía *in malam partem*. No obstante, hay quien apunta que los bienes serán ilícitos siempre que una parte de ellos sea de origen ilícito, pues estos contaminarán el conjunto como una mancha de aceite⁸⁵¹. La descontaminación por mezcla o por bienes sustituidos con bienes lícitos no elimina su ilicitud, lo que Aránguez Sánchez ejemplifica con la combinación paulatina de vino (capital lícito) y agua (capital ilícito), de tal modo que no se consigue discernir la cantidad de vino o si solamente hay agua⁸⁵².

También hay que apuntar la existencia del blanqueo en cadena, que es el procedimiento por el que un agente oculta o disimula el origen ilícito a través de sucesivas operaciones de reciclaje del mismo capital, con la finalidad de volverlo exento de marcas de ilicitud⁸⁵³. Así pues, entendemos que es posible su punición, dado que hay sujetos diferentes actuando en las diversas fases del procedimiento, y si repiten los intervinientes en el blanqueo de activos originario, concluiremos que existe un delito único con incremento de la pena en los términos del artículo 59 del CPb. Además, ha de demostrarse indiciariamente que el capital blanqueado tuvo origen en una infracción penal antecedente que generó su inicial reciclado, lo que ni siquiera con la alteración de la Ley de blanqueo se consigue, ya que la propia Ley pone a salvo en algunos tipos

⁸⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. "*Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual*"...., pp. 185-186; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais*..., p. 107.

⁸⁵¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*..., p. 210; DE CARLI, Carla Veríssimo. "Dos crimes: aspectos objetivos". En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*..., p. 219.

⁸⁵² En sentido opuesto: DE CARLI, Carla Veríssimo. "Dos crimes: aspectos objetivos". En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*..., p. 219. En el primer caso, sustenta Carlos Aránguez Sánchez: "Quizá un buen criterio sea considerar que siempre que se pueda conocer que una parte de un bien tenga procedencia ilícita, entonces ese bien puede ser objeto material del blanqueo"; y prosigue: "la descontaminación por mezcla sólo tiene sentido cuando el bien tenga una unidad, de modo que la división de la parte contaminada suponga un menoscabo de su valía global superior al valor de la parte que se retira. Si un individuo quiere transformar todos los fondos de su cuenta corriente, mil millones, en lingotes de oro, y el vendedor del oro sabe que uno de esos mil millones procede de un delito grave, entonces habrá delito de blanqueo, pues cabía la posibilidad de fraccionar la operación hasta el límite del dinero lícitamente obtenido. Es decir, sí de un conjunto pueden separarse los bienes de ilícita procedencia, éstos no pierden tal condición, aunque supongan una parte insignificante del conjunto" (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*..., pp. 211-212).

⁸⁵³ La admite: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*..., p. 379.

penales bienes, valores o derechos directa o indirectamente obtenidos de delito o contravención penal antecedente.

Con relación al blanqueo de bienes sustitutivos igualmente se señala la posibilidad de su incriminación conforme al Derecho penal brasileño, porque “cualquier bien obtenido por sustitución del originalmente proveniente del delito quedará ‘marcado’, pudiendo constituir el objeto material del delito de blanqueo, y si dicho bien volviera a sustituirse también podría considerarse como de proveniencia ilícita”⁸⁵⁴. Cabe destacar al respecto que la desvalorización y la revalorización⁸⁵⁵ del objeto material del blanqueo de capitales no desnaturalizan el delito, y de hecho la valorización se contagia en el caso de aumento del valor del bien, objeto o valor, a los fines de la posterior evaluación de la proporcionalidad de la pena y pérdida del bien.

En otro punto, el artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98 recoge la expresión “directa o indirectamente”; sin embargo, nada dice al respecto su párrafo primero, lo que acaba generando la imposibilidad de adecuación típica de las conductas cuando el blanqueo de capitales recae sobre bienes derivados que se considera que han sido obtenidos indirectamente. En la doctrina, Cruz se manifiesta contrario a la posibilidad de reciclaje de activos obtenidos indirectamente conforme al precepto penal del artículo 1.º, § 1.º, de la Ley 9.613/98, y ejemplifica con la hipótesis del agente que recibe una motocicleta robada para guardar con el dolo de ocultar y posteriormente la vende depositando ese valor en su cuenta corriente. En ese caso, el agente debe responder por el artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98, pues a su entender se trata de crimen instantáneo de efectos permanentes y la prescripción correría desde la fecha del depósito⁸⁵⁶. El tipo penal poseería entonces una limitación en su espectro de incidencia, debida a la restricción del objeto material del delito a

⁸⁵⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 207.

⁸⁵⁵ Aránguez Sánchez aclara: “...el delito de blanqueo no determina un mínimo valor a partir del cual el objeto proveniente en su integralidad de un delito grave tenga que ser considerado como objeto material del delito de blanqueo, sino que pretende restringir la circulación de los citados bienes con independencia de su valía”; y sigue destacando que “la revalorización de la cosa no excluye su marca originaria de ilicitud” (*Ibidem*, p. 214). En sentido opuesto, por la contaminación parcial en la hipótesis de mezcla: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 70-71.

⁸⁵⁶ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 108.

los bienes provenientes de forma directa de infracción penal, obviándose los obtenidos indirectamente, que serían susceptibles de encuadrarse en el tipo base del artículo 1.º de la Ley 9.613/98. La diferenciación, a nuestro entender, no acarrearía ninguna diferencia práctica significativa, puesto que para tanto los verbos “guardar” como “tener en depósito”, además de los ya recogidos en el *caput*, expresarían delitos permanentes.

El primer tipo habla, respecto a las acciones de “ocultar o disimular”, de la utilización de bienes, derechos o valores mediante la conducta de convertirlos en activos lícitos (art. 1.1.I Ley 9.613/98). En efecto, el ciclo del blanqueo de activos pasa por la fase de refinamiento del capital, siendo cierto que se inicia, por regla general, con la ocultación, y que pasa por la disimulación rumbo al objetivo final, que es la reintegración del activo en la economía formal sin las marcas de ilicitud. En este sentido, el tipo penal sencillamente sanciona la infiltración de capital ilegal en la economía, en atención a los efectos corrosivos que causa a los bienes jurídicos tutelados por la Ley de blanqueo de dinero, los cuales afectan a una pluralidad de intereses macro y microeconómicos.

El acto de “convertir” alude a los comportamientos de alteración del patrimonio ilícito en lícito; o sea, los provechos del delito son transformados para que adquieran apariencia de legales y válidamente obtenidos. Por conversión se entienden todos los procedimientos que consiguen transformar el origen o la naturaleza de los bienes obtenidos con los delitos antecedentes, siendo, por tanto, un verbo que abarca otros comportamientos sumados al núcleo de “convertir” –por ejemplo, conversión de capital ilícito en moneda extranjera, acciones de la bolsa de valores.

El segundo tipo penal incriminador presenta las conductas de adquirir (obtener mediante pago, comprar); recibir (tomar, aceptar); cambiar (permutar, dar una cosa proveniente del ilícito previo por otro limpio); negociar (ajustar, vender, ejercer el comercio de bienes, derechos y valores de matriz ilegal por otros de carácter lícito); dar (ceder, donar) o recibir (aceptar en pago, obtener como recompensa) en garantía (acto de asegurar una obligación); guardar (vigilar con el fin de proteger, preservar); tener en depósito (recibir bienes, derechos o valores en confianza para guardarlos y retenerlos en nombre de

tercero mediante remuneración o no); movilizar (hacer circular los bienes); o transferir (transmitir, ceder a otro bienes, valores o derechos).

El tipo objetivo de adquirir, recibir o recibir en garantía es practicable por tercera persona, no pudiéndose incriminar aquí el agente que obtuvo el capital de origen delictivo, salvo si, en el caso de un mecanismo organizado y complejo de ingeniería financiera para el blanqueo de capitales, posteriormente él acabó por adquirir, recibir o recibir en garantía nuevamente los bienes inicialmente insertos en el proceso. A pesar de eso, en los verbos “cambiar” y “negociar”, y en la locución “dar en garantía”, existe la posibilidad de la imputación penal de quien obtuvo el capital ilícito y del tercer blanqueador⁸⁵⁷.

Siendo así, al equipararse con los comportamientos de adquirir, recibir o recibir en garantía practicados por el propio agente en procedimientos sin la antedicha complejidad, tendríamos una laguna de punibilidad, puesto que este no responderá por el tipo penal del artículo 1.º, § 1.º, II, de la Ley 9.613/98. En ese contexto, el encuadramiento jurídico-penal del comportamiento del agente que obtuvo el provecho de la infracción penal antecedente y busca reciclarlo mediante las conductas arriba mencionadas, será el del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98, porque el agente desea ocultar y disimular el capital obtenido con la infracción penal y está proporcionando el bien que el tercero adquirirá, recibirá o recibirá en garantía. Puesto que es imposible que él adquiera, reciba o reciba en garantía algo que emana de sí mismo, y a salvo la línea de la doctrina en el sentido de que exista una sistemática económico-financiera que admita posterior adquisición, recepción o recepción en garantía, la responsabilidad penal del autor del delito antecedente expresado conforme a estos tres verbos será la del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98⁸⁵⁸. No se trata de una excepción dualista a la teoría monista que orienta el concepto del CPb sobre concurso de agentes, pero sí de un encuadramiento de la conducta en una disposición diversa, por una

⁸⁵⁷ En ese sentido, con razón: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 107.

⁸⁵⁸ Mendroni apunta que el tipo penal básico buscó “punir la obtención del resultado del procesamiento directo de las ganancias ilícitas, se pretendió aquí punir el “medio” recorrido para lograrse el procesamiento de tales ganancias. Se utilizó, por tanto, el término *para* (que se puede sustituir por la expresión ‘*con la finalidad de*’...) – ocultar o disimular, demostrando la conducta indirecta y especificando las varias formas posibles” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 104-105).

cuestión de análisis de los tipos objetivos y de formación del juicio de adecuación típica.

Un sector de los penalistas patrios sustenta que, en los verbos “guardar” o “tener en depósito”, no es posible punir por autoblanqueo a la persona que obtuvo el activo espurio, porque esas conductas representan una consecuencia natural de la infracción penal antecedente⁸⁵⁹. El comportamiento revela un *post factum* no punible para fines del delito antecedente, aunque esa conducta puede generar el blanqueo de capitales en razón de que no es irrelevante frente a los tipos penales de la Ley 9.613/98, además de que guardar o tener en depósito son comportamientos punidos por esa Ley, que posee bien jurídico diverso⁸⁶⁰.

Se trazan nítidamente los trazos de las fases de disimulación y ubicación del capital en el procedimiento de reciclado, y en las figuras de guardar y tener en depósito se verifica la presencia de delito permanente, mientras que en las demás se trata de delito instantáneo⁸⁶¹, de contenido variado, unisubsistente; y en todas ellas, independientemente de obtenerse el recurso libre de la ilicitud que lo permeaba, hay la presencia de delito de mera actividad. El tipo de injusto presenta algunos verbos que son repeticiones del anterior, pues las conductas de cambiar, negociar, movilizar solo representan conductas de convertir, pues están alterando la naturaleza de los bienes, valores o derechos; son, por tanto, redundantes⁸⁶².

El último tipo objetivo del artículo 1.º, § 1.º, III, de la Ley 9.613/98 presenta las conductas incriminadoras de “importar o exportar bienes con valores no correspondientes a los verdaderos”. Importar es hacer venir de otro país, traer

⁸⁵⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 108.

⁸⁶⁰ Véase *infra* nuestro análisis de la tipicidad del autoblanqueo de capitales, admitiéndola.

⁸⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 382; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 96 y ss. Cfr. en sentido opuesto, defendiendo que todos son delitos permanentes: MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 72; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 195 y ss.

⁸⁶² Moro sustenta que la mera adquisición, guarda o transporte del producto de delito antecedente configura blanqueo, pues hay dolo de ocultar o disimular. Según explica el autor, el razonamiento es que existe la guarda o transporte físico con la intención de ocultar o disimular. El mérito del tipo penal es el de dejar el delito de blanqueo de capitales más abarcador y libre de dudas en cuanto a su alcance (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Capitais...*, pp. 41-42).

dentro de un territorio, internar un bien; mientras exportar revela la conducta de enviar bienes fuera del país en valores no correspondientes a los verdaderos y presentar documentación que aminore la valoración económica de los bienes, burlando así el valor concreto.

El comportamiento busca conferir un valor falso a bienes destinados a la importación o exportación, con el objetivo de eludir los sistemas de represión aduanera y, de ese modo, obtener mercancías que revistan de licitud al capital obtenido con afrenta del reglamento jurídico-económico, además de propiciar una mayor rotación en la circulación de la riqueza ilegal. Se trata, por tanto, de un delito de mera conducta, de peligro abstracto, con contenido múltiple, no importando que se materialicen o no los activos en forma lícita, pues la Ley no demanda la presencia del daño concreto. En este sentido, la línea que defiende que se trata de delito de peligro concreto⁸⁶³ se fundamenta en bien jurídico diferente (la administración de la justicia), el cual solo revela parte del contenido del injusto penal; luego se refuta esa hipótesis.

4.2. Tipo subjetivo

Los delitos de blanqueo de activos del párrafo comentado son en su integridad dolosos; sin embargo, en estos tipos penales se exige el especial fin de actuar, el elemento subjetivo del injusto, consubstanciado en el especial fin de actuar con la finalidad de ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores.

El tipo penal demanda la caracterización del elemento subjetivo del injusto, como la “constatación de la *intención transcendental de ocultar o disimular la utilización* de los bienes”⁸⁶⁴. Por su lado, las conductas demandan cierto grado de certeza respecto de la fuente ilícita de los bienes, valores o derechos y de la configuración del dolo directo⁸⁶⁵, pero no hay margen para la

⁸⁶³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 96.

⁸⁶⁴ CRUZ, Pierpaolo Bottini; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais*..., p. 109.

⁸⁶⁵ MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro*..., p. 46; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 97; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98*..., p. 100; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civis*

asunción de riesgos, lo que autorizaría la presencia del dolo eventual. Y eso a pesar de que la conducta de ocultar o disimular conlleva una secuencia de otros procedimientos de conversión, reinserción y reenvío de activos que, en esencia, son únicamente compatibles con el dolo directo, o sea, con la certeza del origen ilícito de los bienes y de la voluntad de promover la alteración de la esencia de estos valores, sin que sean, por tanto, compatibles con la forma imprudente o con el dolo eventual.

4.3. Etapas de realización del delito

Los delitos antes mencionados presentan algunas peculiaridades, toda vez que estamos ante infracciones penales instantáneas y permanentes.

Los tipos penales unisubsistentes e instantáneos no comportan fraccionamiento en el *iter criminis*; por tanto, la consumación ocurre con la conducta y no se admite tentativa. Existen, no obstante, núcleos que son permanentes y cuya consumación, por tanto, se pospone en el tiempo; y en estas hipótesis se admite la tentativa. Son delitos de mera actividad y “su consumación ocurre con la simple realización de operaciones suficientes para alcanzar tal finalidad, importando poco su logro o éxito económico, o que los valores vengan a alcanzar una efectiva situación de seguridad fáctica o jurídica”⁸⁶⁶.

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz en los delitos del artículo 1.º, § 1.º, incisos I a III, de la Ley 9.613/98 son las cuestiones que van a ser abordadas.

Si acaso se desiste de dar oportunidad a la ejecución o se impide la realización del resultado del delito y no se realiza ninguno de los verbos núcleos del tipo, el agente no responderá por nada. Lo contrario ocurrirá si ha participado del delito antecedente o de algún otro que, aun no siendo precedente, en determinados tipos –como el arrepentimiento (inciso II)– se vuelve de difícil

correlatas..., pp. 161-162; CRUZ, Pierpaolo Bottini; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 108; MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 62. Cfr. en sentido opuesto, por la compatibilidad con dolo eventual: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 338; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 79-80.

⁸⁶⁶ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 336.

caracterización, pues podrá caracterizarse la conducta a partir de otro verbo incriminador dentro del mismo tipo.

Por lo que respecta al arrepentimiento posterior, el problema apuntado tiene por consecuencia que, una vez que los tipos objetivos acaban por materializar parcelas de la riqueza ilícita, esta será reutilizada con margen de licitud. Así, la entrega del provecho de la conversión o de los bienes provenientes, en el caso del inciso II, o la reparación del daño con la declaración verídica de los valores declinados, en el caso del inciso III, complementados por los valores importados o exportados, puede ocasionar la incidencia del instituto, dependiendo del momento del perfeccionamiento del acto, aunque eso determina la aplicación del arrepentimiento posterior o de simple atenuante genérica.

4.4. Concurso de delitos

El blanqueo de activos admite concurso con los delitos antecedentes, aunque la tutela penal salvaguarda bienes jurídicos diferenciados, sin que se confunda su carga particular de injusto con aquellos bienes protegidos en la Ley de blanqueo de capitales. Así pues, es perfectamente posible el concurso de delitos.

En ese caso, es aplicable la regla del concurso material de delitos, aunque las conductas de reciclar el bien, valor o derecho se rompen en dos momentos: el de la comisión del delito anterior, que promueve la obtención de los activos clandestinos; y el de la comisión del delito posterior, consubstanciado en la conducta de ocultar o disimular y en todas las demás modalidades de conseguir esa finalidad previstas en el artículo 1.º, § 1.º, I a III, de la Ley 9.613/98.

En lo que atañe al concurso formal de delitos, su configuración solo sería posible en la modalidad impropia, pues el reciclaje de capitales demanda la realización de una infracción penal antecedente, la cual, si se trata de un delito contra el sistema financiero nacional⁸⁶⁷, podrá representar también –dependiendo

⁸⁶⁷ En ese punto, Maia destaca que habría concurso de delitos fundamentado en bienes jurídicos diversos para los delitos del artículo 22 de la Ley 7.493/86, y blanqueo de capitales, a saber, política cambiaria y administración de la justicia (MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 99). El posicionamiento del concurso de delitos

de las consecuencias concretas— una de las conductas de blanqueo. No obstante, la especie formal de este concurso de delitos no sería posible, ante la presencia de duplicidad de los elementos subjetivos del tipo: la lesión al bien jurídico preexistente y la afectación de los afectados por el blanqueo.

5. INTEGRACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS (ART. 1.º, § 2.º, I, DE LA LEY 9.613/98)

En el presente epígrafe trataremos del penúltimo tipo penal de la Ley comentada, el descrito en el artículo 1.º, § 2.º, I, que presenta una disposición que incrimina la conducta de utilizar bienes, derechos o valores provenientes de infracción penal.

Se trata de la incriminación de la última fase del mecanismo de blanqueo de capitales, puesto que se refiere a la reinserción de esos capitales en la actividad económica o financiera.

5.1. Tipo objetivo

El tipo del artículo 1.º, § 2.º, I, de la Ley 9.613/98 describe la conducta de quien “utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores que sabe que son provenientes de cualesquiera de los delitos antecedentes referidos en este artículo”.

5.1.1. Sujetos del delito

El delito puede ser practicado por cualquier persona, puesto que se trata de un delito común. La utilización de activos no demanda ningún atributo singularizado del sujeto activo.

En la hipótesis presente es perfectamente posible el autoblanqueo a través del agente que perpetró la infracción penal antecesora, utilizando ese

es parcialmente correcto, pues el bien jurídico protegido en el delito antecedente son las divisas y en el reciclado ha destacado su pluriofensividad, destacando la agresión a intereses en los planes macro y microeconómicos y, en menor escala, a la administración de la justicia. En sentido opuesto al sector doctrinal arriba mencionado, cfr.: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, pp. 146-147; y BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, pp. 273-276. En detalle, vid. en el Capítulo V *supra*, donde tratamos del *compliance* y el blanqueo de capitales.

bien, valor o derecho de fuente ilícita en sector económico o actividad financiera⁸⁶⁸. No obstante, en la doctrina hay quienes entienden que es necesaria una tercera persona que, ejerciendo una actividad económica o financiera, no haya participado de las fases constitutivas del proceso de blanqueo y los utilice en su desempeño⁸⁶⁹. A nuestro entender, la razón asiste al primer posicionamiento, puesto que la Ley no recoge ninguna limitación al agente que actuó en el delito antecedente y en los procedimientos previos a esa conducta, si bien su responsabilidad penal lo será solo por el delito del artículo 1.º, § 2.º, I, de la Ley 9.613/98 en concordancia con el delito antecedente por las demás conductas que se amolden a tipos penales distintos del blanqueo de capitales, siendo absorbidas por el principio de la consunción bajo pena de *bis in idem*.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, en tanto que titular del bien jurídico afectado, y subsidiariamente el particular afectado por las conductas, en caso de que la infracción penal tenga como víctima a un particular.

5.1.2. Conductas típicas

Esta conducta representa la condición en que el núcleo “utilizar” significa el acto de emplear, aprovechar, usar –en el caso concreto– bienes, derechos o valores provenientes de los delitos antecedentes; los cuales corresponden a la fase final del procedimiento de blanqueo, siempre que el agente sea consciente del oscuro origen del capital en la actividad económica o financiera.

La Ley presenta en su redacción la expresión “actividad económica o financiera”, entendiéndose por tal la circulación de bienes y servicios y la captación, operatividad e inyección o aplicación de recursos financieros; sin embargo, tal previsión legal sería suficiente con la sola presencia del elemento “economía”, que abarcaría el comercio y todas las modalidades que se refieran a la actividad financiera⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 110.

⁸⁶⁹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas...*, p. 165.

⁸⁷⁰ Entre los penalistas, Prado dice que “la actividad económica es la referida a la producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios, mientras que actividad financiera se refiere a la obtención, gestión y aplicación de recursos financieros” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Económico...*, p. 382).

Al respecto se ha apuntado si, en caso de utilización de ese patrimonio ilícito en actividad diversa o cuya finalidad preponderante sea distinta, no existiría el tipo penal que comentamos; pero eso dependerá de un juicio de adecuación típica con otras figuras existentes en la Ley de blanqueo de activos. Esto es, y a modo de ejemplo, si el agente utilizase ese bien, valor o derecho en el seno de una actividad benéfica que posea como finalidad la filantropía, no existirá la caracterización de ese tipo penal, aunque ejerza mínimamente una actividad económica, como podría ser la venta de *souvenirs* confeccionados por niños necesitados.

La delimitación del tipo penal se ajustará a una utilización que desemboque en una actividad que busque el lucro y que se amolde al concepto de empresa adoptado en el artículo 966 del Código Civil brasileño⁸⁷¹, siempre teniendo en cuenta que la expresión “actividad financiera” resulta redundante, puesto que está abarcada por la primera, en tanto que sector de la economía.

Por fin, según algunos autores, el delito en cuestión indica que solamente bienes obtenidos directamente de la infracción penal anterior pueden ser objeto de blanqueo en este tipo penal, por la falta de previsión expresa de la forma indirecta⁸⁷². Por otro lado, cabe aclarar que el tipo penal no recoge ninguna limitación expresa al respecto, y que, por tanto, cualquier especie de bien, valor o derecho obtenido con infracción penal previa puede generar el blanqueo, importando poco que provenga mediata o inmediatamente de delito o contravención penal.

5.2. Tipo subjetivo

Según la doctrina brasileña mayoritaria, la Ley presenta preceptos cuya finalidad ha sido claramente mostrada por el legislador, desde el momento que este adoptó en el tipo penal el elemento “bienes, derechos o valores

⁸⁷¹ El artículo 966 del Código Civil dice: “Se considera empresario quien ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o de servicios. Párrafo único. No se considera empresario quien ejerce profesión intelectual, de naturaleza científica, literaria o artística, aun con el concurso de auxiliares o colaboradores, salvo si el ejercicio de la profesión constituye elemento de empresa”.

⁸⁷² BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 112.

provenientes”, lo que revela la adopción categórica de la idea referente al dolo directo, sin margen a cualquier interpretación que admita el dolo eventual⁸⁷³.

Se debe precisar que la Ley de blanqueo de capitales brasileña sufrió una modificación en 2012 a través de la Ley 12.683/12, que propició la supresión del tipo penal de la expresión “que sabe”; así pues, pasó a admitir la punición a título de dolo directo y eventual, aunque en escasa sintonía con la técnica legislativa, ya que, conforme a la doctrina penal, “en los crímenes en que se exige el conocimiento de una situación/condición previa, la admisión del dolo eventual es siempre expresa en el tipo penal”⁸⁷⁴.

A nuestro entender, la admisión del dolo eventual en el delito en cuestión es viable, pero por razones distintas. En principio, porque como ya se dijo antes, es perfectamente posible el dolo eventual independientemente de su previsión expresa en el tipo penal. El núcleo de la evaluación del dolo eventual es si el tipo objetivo admite la cuestión referente a la asunción de riesgo, con conciencia y voluntad dirigidas a la probable producción del resultado, y la indiferencia o el consentimiento al aparecer el mismo⁸⁷⁵.

El tipo penal “utilizar bienes, derechos o valores provenientes” es compatible con el dolo eventual, pues al recibir activos para emplear en la economía o actividad financiera el agente puede, dependiendo de las circunstancias, tener el deber de comunicar al COAF el capital aportado, tanto si

⁸⁷³ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 157; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 48; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 100 y ss.; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 336; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 103; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas...*, p. 165. Contrariamente, admiten el dolo eventual: BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 79; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 384.

⁸⁷⁴ CRUZ, Pierpaolo Bottini; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 112. Adoptan el dolo eventual en el delito en cuestión: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e Prática...*, p. 49; MORO, Sérgio Fernando. “Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem”..., pp. 100 y ss.

⁸⁷⁵ En sentido similar, defendiendo la posibilidad del dolo eventual, Bitencourt y Monteiro, que afirman: “Las distintas modalidades de blanqueo traen *implícito* el elemento subjetivo especial del injusto, cual es la *finalidad* de blanqueamiento de capitales, que, además, tiene la función de volverlo distinto de infracciones similares”. Prosiguen los autores sustentando que hay que diferenciar concretamente entre fundamentadas sospechas sobre el probable origen ilícito y la simple duda, evitando la responsabilidad penal de quien ni siquiera tiene un mínimo de certeza sobre el origen ilícito del capital destinado al reciclado (BITENCOURT, César Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. “Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual”..., pp. 211-212).

se ha inyectado para aumento del capital social como si se ha invertido en el mercado de capitales; y el COAF, por su lado, tendrá que comprobar la evolución patrimonial y su compatibilidad con el patrimonio del agente.

El precepto típico de la Ley de blanqueo es transparente al admitir el dolo directo; sin embargo, no hay prohibición a la imputación a título de dolo eventual. Las expresiones dan margen al conocimiento potencial y a la asunción de riesgos.

5.3. Etapas de realización del delito

El tipo incriminador del artículo 1.º, § 2.º, I, de la Ley 9.613/98 presenta un trazo unificador con el inciso posterior, al ofrecer en el núcleo un verbo que representa al delito permanente (“utilizar”), cuya consumación avanza en el tiempo. Al respecto, Prado dice que “se tiene como suficiente la mera utilización, sin que tenga el agente por objetivo la ocultación o la disimulación del origen de los bienes, derechos o valores”⁸⁷⁶.

En opinión de Sánchez Vilardi, la conducta de hacer uso del objeto material del blanqueo da a entender que este ha asumido carácter de legalidad dentro del proceso, pues de lo contrario se puniría el uso del bien, derecho o valor proveniente del delito precedente⁸⁷⁷. No obstante, disentimos de tal posicionamiento, aunque no siempre el reciclaje de capitales está vinculado a la adopción del procedimiento de fases y la Ley no exige que el agente tenga conocimiento de tal transmutación⁸⁷⁸, contentándose con saber el origen espurio de los bienes, valores y derechos, por tratarse de la criminalización de la fase de integración del capital.

⁸⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 382. Como contrapunto, defienden –atinadamente, a nuestro entender– la consumación con el efectivo empleo de los activos en actividad económica o financiera con el implícito elemento subjetivo especial del injusto, el conocimiento, aunque potencial, del origen ilícito del capital: BITENCOURT, César Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. “Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual”...p. 212.

⁸⁷⁷ SANCHEZ VILARDI, Celso. *O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução...*, p. 419.

⁸⁷⁸ Exposición de Motivos de la Ley 9.613-98, ítem 41: “«en la actividad económica o financiera, de bienes, derechos o valores que sabe son provenientes de cualquier de los crímenes antecedentes...» (art. 1º, § 2º, I). En este caso, la mera utilización, sin tener por objetivo la ocultación o la disimulación del origen de los bienes, derechos o valores, una vez que el agente sepa de tal origen, caracteriza la práctica del ilícito”.

La tentativa será posible conforme al verbo “utilizar”, dependiendo de la operativa del procedimiento de integración de los bienes, valores o derechos en la economía. Así, en caso de descubrirse la actividad antes de que aquellos sean implantados en la economía lícita, tendremos la tentativa.

El desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz son posibles en la acción que designa el verbo “utilizar”, pues en la renuncia voluntaria el agente efectivamente se abstiene de la utilización del bien, valor o derecho. Tal gesto puede ocasionar la atipicidad de la conducta o la responsabilidad por el blanqueo en otro verbo del núcleo precedente, en caso de que el agente participe de las conductas de ocultar o disimular el origen o naturaleza; y también puede resultar la imputación por el delito antecedente, en caso de que haya participado de aquella actividad.

En la hipótesis del arrepentimiento eficaz y posterior, conviene tomar en consideración lo dicho respecto a la exactitud del origen del delito; en el caso del verbo “utilizar” el mismo puede ser parcialmente percibido en virtud de la materialización del *quantum*, lo que puede autorizar la atipicidad de la conducta con la restitución de los objetos materiales del delito o la reducción de la pena.

5.4. Concurso de delitos

El delito de blanqueo de capitales recogido en el artículo 1.º, § 2.º, I, de la Ley 9.613/98 comporta concurso de delitos con los delitos antecedentes en las modalidades de concurso material y concurso formal impropio, salvo en las modalidades de concurso formal propio y de crimen continuado, por tratarse de delito permanente.

6. ASOCIACIÓN PARA LA PRÁCTICA DE BLANQUEO DE CAPITALES (ARTÍCULO 1.º, § 2.º, II DE LA LEY N° 9.613/98)

La Ley de blanqueo de capitales trae como última figura penal incriminadora la participación “en grupo, asociación u oficina que tiene conocimiento de que su actividad principal o secundaria” es el blanqueo de capitales en una de las tipologías penales creadas. El tipo penal presenta una

verdadera hipótesis de anticipación de la tutela penal, pues se incrimina el hecho de participar en grupo, asociación u oficina cuyo objetivo principal es la práctica de los delitos de blanqueo de capitales, y como se verá más adelante, no hay necesidad de que se haya realizado ninguno de los delitos recogidos en el artículo 1.º de la Ley ant blanqueo.

6.1. Tipo objetivo

El artículo 1.º, § 2.º, II, de la Ley 9.613/98 presenta un tipo penal que representa la incriminación especial del concurso de agentes, sobresaliendo con tonos de autonomía de la regla general del artículo 29 del Código Penal.

La práctica no es novedosa en Brasil, en virtud del artículo 288 del Código Penal de 1940, que ya contemplaba el delito de asociación criminal, y del artículo 35 de la Ley 11.343/06 (asociación para el tráfico de drogas). Sin embargo, la disposición penal presenta algunas innovaciones que serán debidamente analizadas a continuación.

Se combate con el tipo penal la conducta de terceros que actúan en el reciclaje de capitales, diluyendo los activos, aunque sin participar de las actividades de captación, pues la Ley describe un tipo similar a ‘pandilla’ o ‘banda’ al incriminar la conducta de “participar en grupo, asociación u oficina que tiene conocimiento de que su actividad principal o secundaria se dirige a la comisión de delitos previstos en la presente Ley”.

6.1.1. Sujetos del delito

El delito del artículo 1.º, § 2.º, II, de la Ley 9.613/98, que atiende al montaje y participación en oficina, asociación o grupo para manejar el blanqueo de capitales, no demanda ningún atributo singularizado del sujeto activo, siendo delito común. El sujeto pasivo del delito es el Estado, pues los bienes jurídicos vulnerados por el delito son el orden socioeconómico y la administración de la justicia.

6.1.2. Conductas típicas

La conducta de participar comporta el asociarse, tomar parte, lo cual revela un delito de mera conducta y permanente, que se consuma en tanto que el grupo, asociación u oficina sean montados y ejerzan sus actividades, en la conciencia de que el objetivo es blanquear capitales provenientes de los injustos penales antecedentes.

Souza Netto explica que “se trata de una forma especial de colaboración delictiva que ha recibido tratamiento más severo, pues se pune al partícipe del mismo modo que al autor o al coautor”⁸⁷⁹. Se evidencia, así pues, la hipótesis conforme a la cual el legislador sopesó el desvalor de la acción y el del resultado para equiparar ambos comportamientos con idéntica gravedad.

A pesar de ese apunte, creemos que el tipo penal se justifica, en sede de política criminal⁸⁸⁰, por la necesidad de represión de la conducta de las personas que montan empresas u oficinas con la función de facilitar el delito de reciclaje de activos –las llamadas ‘lavanderías’ de activos. Sin embargo, el legislador no es totalmente libre en la determinación de los preceptos incriminadores, pues está previamente vinculado a determinadas bases, las llamadas estructuras lógico-objetivas, creadas por Welzel y forjadas en el Derecho penal, para que este genere en el hombre “la capacidad de comprometerse y, por eso, obligarse ética y socialmente, esto es, con conciencia de que es posible cumplir las obligaciones que ha contraído”⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 103.

⁸⁸⁰ Terra de Oliveira sostiene: “Es interesante notar que el tipo amplía el espectro de la autoría para abarcar las meras conductas accesorias o concurrentes de aquellos sujetos que en determinado momento se adhirieron conscientemente a los planes de un grupo estable dedicado a reciclar dinero, bienes, valores o derechos de origen espurio. Se busca con eso intimidar a la criminalidad de perfil organizado, fundamentada en grupos o asociaciones altamente especializadas” (TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 337).

⁸⁸¹ Gracia Martín prosigue: “La estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme a un sentido y a un valor son, por tanto, estructuras lógico-objetivas, o sea, reales o fenoménicas de la condición de persona. El Derecho tiene, necesariamente, que atenerse a ellas y respetarlas, si quiere imponerse como Derecho, y no como mera fuerza. Puesto que el Derecho Penal es un ordenamiento que regula conductas humanas, la estructura finalista de la acción, la estructura fenoménica de la culpabilidad como capacidad individual de determinación conforme a Derecho, y también la relación entre participación y finalidad del autor, son estructuras lógico-objetivas a las cuales se deben atener necesariamente el legislador penal, el aplicador del Derecho y la dogmática jurídico-penal” (GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo...*, p. 41).

Las estructuras lógico-objetivas vinculan al legislador, pues no se puede reglamentar la sociedad en disonancia con la naturaleza de las cosas. De esta suerte, la disposición que comentamos ignora los niveles de intervención en el delito, considerándolos por igual e ignorando el contenido de sus conductas; ignora también, por tanto, la teoría del dominio funcional del hecho⁸⁸², que determina que la persona que posee el control sobre el curso del evento delictivo es considerada autora o coautora, y quien está sometido a las orientaciones del titular del curso causal es considerado, a dichos fines, como partícipe.

En definitiva, el referido tipo penal viola el principio de la culpabilidad y de la proporcionalidad⁸⁸³, salvo si se aplica la regla del artículo 29, § 1.º y 2.º, del Código Penal para fines de proporcionalidad y de justa adecuación de la conducta a la pena, además de configuración del dolo, pues una concepción diferente admitiría la inconstitucional responsabilidad penal objetiva por el hecho de trabajar en una oficina o empresa que turbiamente ejerza cualquiera de estas actividades de reciclaje de dinero ‘sucio’.

Un sector de la doctrina se opone a la imprecisión del tipo penal, que viola la regla de la taxatividad⁸⁸⁴ dada su excesiva indeterminación, oscuridad, ausencia de objetividad de los términos “grupo”, “oficina” y “asociación”, tratándose de elementos normativos extrajurídicos del tipo penal alcanzados mediante búsqueda semántica. En concreto, “oficina” significa “lugar en que se desarrolla el ejercicio de actividad profesional referente a la actividad intelectual o comercial”; mientras “grupo” implica una reunión de un cierto número de

⁸⁸² Afirma el profesor Prado: “El principio de dominio del hecho significa ‘tomar en las manos el transcurrir del acontecimiento típico comprendido por el dolo’. Puede expresarse en dominio de la voluntad (autor directo y mediato) y dominio funcional del hecho (co-autor). Se tiene como autor a quien domina finalmente la realización del tipo de injusto. Co-autor quien, de acuerdo con un plan delictivo, presta contribución independiente, esencial a la práctica del delito –no obligatoriamente en su ejecución. En la co-autoría, el dominio del hecho es común a varias personas. Así, todo co-autor (que también es autor) debe poseer el co-dominio del hecho – principio de la división de trabajo” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 571; CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General...*, pp. 1.084 y 1.093 y ss.).

⁸⁸³ En esa línea: SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 104. Sostiene la violación del principio de la igualdad: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civas correlatas...*, pp. 167 y ss.

⁸⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 383; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...* pp. 101-102; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civas correlatas...*, pp. 166-167. Cfr. en sentido diametralmente opuesto: GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 356; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 47.

personas, sin que la Ley penal precise su cantidad o su modo de participación. Además, equipara con idéntica pena conductas que serían de participación y las de coautoría⁸⁸⁵, pues basta tomar parte para sufrir la misma pena, lo que lesiona el principio de la proporcionalidad.

La imprecisión de los términos vernáculos procede en parte de la ausencia de rasgos que puedan trazar los conceptos de “grupo” u “oficina”. Así, cualquier imputación que se asiente en estos dos conceptos abiertos, imprecisos y marcados por la carencia de parámetros objetivos de delimitación de la incidencia del tipo, puede dar motivo al excesivo y elástico margen de tipificación del delito.

No obstante, en lo que se refiere a la “asociación” ya hay referencias positivas en el artículo 288 del Código Penal. La asociación debe ser entendida como unión con rasgos de permanencia o estabilidad⁸⁸⁶, obviando la previsión existente en el tipo penal de la Ley 11.343/06 (Ley anti-drogas), que de forma equivocada⁸⁸⁷ en su artículo 35 equiparó la asociación al concurso eventual de agentes con la misma reprochabilidad penal, cuando evidentemente se trata de situaciones con diverso desvalor de la acción y del resultado. Así pues, dada la existencia de preceptos penales que orientan el significado de “asociación” el concepto de esta Ley especial no ha de ser tomado en consideración para el tipo penal en cuestión, pues la adopción de este concepto conduciría forzosamente a la analogía *in malam partem*, vedada por fuerza de los principios de la legalidad y de la taxatividad de la ley penal.

Avanzando en esta cuestión, la asociación no depende de que se formalice en el seno del Estado o de cualquier otro ente de Derecho privado; tampoco de que todos sus miembros se conozcan entre sí, sino que basta el

⁸⁸⁵ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Dinheiro e Obrigações Civis correlatas...*, p. 167; BITENCOURT, César Roberto; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. "Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual"...p. 213.

⁸⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 383.

⁸⁸⁷ Marcão señala que la asociación de, por lo menos, dos personas para fines de narcotráfico debe estar dotada de estabilidad en el tiempo, toda vez que el tráfico efectivo puede ser reiterado o no (MARCÃO, Renato Flávio. *Tóxicos*. 8 ed. Saraiva: São Paulo, 2011). Defiende la adopción del precepto de la Ley de drogas, pero bajo fundamento de la antigua redacción del artículo 18, II, de la Ley 6.368/76: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 102.

conocimiento acerca de las actividades desarrolladas con el fin principal o secundario de reciclar activos.

Por lo que respecta al elemento “grupo”, vulnera el principio de la taxatividad de las leyes penales, pues no se consigue determinar cuántas personas serían necesarias para tal grupo. Se puede adoptar como parámetro que sean más de tres personas, evitándose así la regla del artículo 29 del Código Penal; pero aun así encontraremos dificultades en la delimitación de lo que esas personas deberían hacer para que se amoldaran en el grupo formado de modo vago por la ley penal⁸⁸⁸.

Independientemente de la cuestión referente a la lesión del principio de la legalidad y taxatividad, el delito del artículo 1.º, § 2.º, II, de la Ley 9.613/98 es de mera actividad y permanente, dándose la unión de voluntades con el objetivo de cometer delito de blanqueo de capitales provenientes de los delitos precedentes. Dicho objetivo determina una estructura jerárquica piramidal basada en el conocimiento de la actividad de blanqueo y de la distribución de tareas, así como en la existencia de una organización de hecho cuyos esfuerzos están destinados a cubrir dicho objetivo.

La finalidad de esa asociación es, principal o secundariamente, llevar a cabo la comisión de cualquiera de los tipos penales de la ley 9.613/98, lo que provoca un problema en cuanto a la delimitación de lo que sería actividad principal y lo que sería secundario. Podría decirse, no obstante, que “actividad principal” revelaría que el grupo, oficina y actividad hayan sido creados primordialmente para realizar el lavado de activos, mientras que el término “actividad secundaria” revelaría que hay una actividad distinta que se realiza preponderantemente, y por lo general de carácter lícito –aunque no hay óbice para que igualmente sea de carácter ilícito–, y los delitos de blanqueo de capitales ocurrirían en un segundo plano, de modo no prioritario.

Prosiguiendo con nuestro análisis, hemos de establecer que para el tipo penal no basta simplemente con integrar grupo, asociación u oficina, teniendo conocimiento de que sus actividades principales o secundarias se dirigen a

⁸⁸⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 102.

cometer el delito de blanqueo de activos; sino que su participación debe tener relación con la actividad final, esto es, el reciclaje de activos⁸⁸⁹ directa o indirectamente provenientes de la infracción penal antecedente. Así pues, la conducta del agente que no colabora en la actividad principal o secundaria no es apta para contribuir efectivamente en el mantenimiento o en el proceso de reciclaje de capitales de la asociación, grupo u oficina –por ejemplo, encargado de la limpieza. Aunque, por otro lado, si tenía conocimiento y aptitud para interferir en el procedimiento podría, en hipótesis, tener que responder por el delito, como en el caso de funcionario que realiza operaciones de depósito, disposiciones en efectivo, compra de inmuebles, etc.

6.2. Tipo subjetivo

La Ley presenta preceptos que muestran claramente la finalidad pretendida por el legislador, pues este adoptó en los tipos penales, respectivamente, las expresiones “bienes, derechos o valores que sabe que son provenientes” y “que tiene conocimiento de que su actividad principal o secundaria”⁸⁹⁰, lo que revela la adopción de la idea referente al dolo directo, sin margen para admitir la interpretación por el dolo eventual.

El precepto típico de la Ley de blanqueo es transparente, impidiendo la imputación a título de dolo eventual. Las expresiones no dan margen al conocimiento potencializado ni a la asunción de los riesgos, sino que presentan certeza y pleno conocimiento.

⁸⁸⁹ En ese sentido: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 114; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas...*, pp. 166-167; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crimes de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 106-107; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 338.

⁸⁹⁰ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 157; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 48; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 102 y ss.; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de lavagem de dinheiro...*, p. 106; GOMES, Luiz Flávio, TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raúl. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 336; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613-98...*, p. 103. En sentido opuesto, y aislados en la doctrina: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: Teoria e Prática...*, p. 49; MORO, Sérgio Fernando. “Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem”..., pp. 100 y ss.; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 384.

6.3. Etapas de realización del delito

La conducta que implica el delito es la de “participar”, siendo un delito unisubsistente, o sea, el agente participa efectivamente o no participa.

La tentativa no será posible, por configurar acto preparatorio irrelevante para Derecho penal, tratándose de delito de consumación anticipada. La misma idea se aplica en relación con la renuncia voluntaria y al arrepentimiento eficaz y posterior.

6.4. Concurso de delitos

Las restricciones arriba expuestas se aplican asimismo al delito que comentamos, razón por la cual se admiten solo el concurso material y el concurso formal impropio con la infracción penal antecedente, aunque con perjuicio de las otras actividades del blanqueo.

Con relación al delito del artículo 1.º, § 2.º, II, de la Ley 9.613/98 conviene recordar que es perfectamente posible el concurso de los tipos precedentes con la participación en la asociación, siempre que el agente haya incurrido en alguna de las modalidades de concurso de agentes, incluso en la asociación para el tráfico. En este sentido, la ley es clara al decir que los crímenes de tráfico de estupefacientes se prestan a ser delitos antecedentes; además, dada la diversidad de bienes jurídicos tutelados, no habría por tanto *bis in idem*.

En principio, no se hablaría de consunción para absorber el delito de asociación, so pena de perder el objeto material del delito de blanqueo. No obstante, existen dos elementos subjetivos, a saber, el dolo de asociarse para vulnerar la sociedad, fomentando el tráfico y vulnerando la salud pública; y la lesión del orden socioeconómico, sin mencionar, aunque con menor intensidad, la administración de la justicia. Asimismo, el delito es absorbido por el tipo penal previsto en el artículo 2.º de la Ley 12.850/13, donde encontramos una previsión típica que engloba la práctica de delitos cuya pena máxima rebase los cuatro años; y, puesto que la Ley 9.613/98 comporta figuras típicas que superan ese límite, habrá la absorción del delito de blanqueo de activos por el de criminalidad organizada.

SECCIÓN 3.^a LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES EN BRASIL

1. NOCIONES PRELIMINARES

La estructuración jurídico-penal de la teoría general del delito se dispone en dos grandes modelos. El primero de ellos es el modelo finalista, edificado por Hans Welzel en sustitución de los paradigmas causalistas que ignoraban el aspecto anímico del hombre, y conforme al cual el Derecho penal debe ser construido basándose en fenómenos y estructuras de la realidad que consideran al hombre como pilar fundamental para la construcción de la dogmática penal. El otro modelo, de carácter normativista, ha sido elaborado por Claus Roxin y Günther Jakobs, y se caracteriza por la inserción de esquemas valorativos de acusado sesgo político-criminal y por la presencia de la teoría de los sistemas de Luhmann, muy influyente en las Ciencias sociales y, en concreto, en el Derecho penal. Habría, así pues, una simbiosis entre la dogmática y la política criminal⁸⁹¹.

Tras haber completado todo el proceso de perfeccionamiento del delito, con la consecuente superación de las categorías que lo integran –a saber, tipicidad, ilicitud y culpabilidad–, se debe proceder al análisis de los presupuestos que, insertos dentro de la punibilidad, son necesarios para la aplicación de la sanción penal, la cual es permeable a intervenciones de carácter político-criminal. Así, apunta Prado que la punibilidad es la “aplicabilidad de la pena, o sea, la posibilidad jurídica de imponer la sanción penal. De esa forma, la punibilidad es mera condicionante o presupuesto de la consecuencia jurídica del delito (pena/medida de seguridad)”⁸⁹².

⁸⁹¹ MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e Delito*. RT: São Paulo, 2008, pp. 6 y ss.

⁸⁹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I..., p. 719. En el mismo tono: MENDES DE CARVALHO, Érika. “Punibilidade e fins da pena”. *RABPCP*, año 2, n.º 3 (jul.-dic. 2005), p. 126; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. I..., p. 825; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005, p. 260; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*, vol. I..., pp. 742-743; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A nova parte geral*. 13 ed. Forense: Río de Janeiro, 1993, p. 216; SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos*

Los trazos distintivos de la punibilidad dentro del Derecho penal son escasos, pues su aparición dentro del ordenamiento jurídico es relativamente escasa en comparación con la relevancia y la fuerte presencia de las categorías del delito⁸⁹³, siendo cierto que no se podrían adoptar reglas de excepción, por ejemplo las relativas a la punibilidad, como elementos que fundamentan toda la estructura de la teoría del delito.

La Ley de blanqueo de capitales presenta cinco aspectos en lo relativo al estudio de la sanción penal y de la punibilidad: las causas de aumento de pena, la delación premiada, el perdón judicial (referidos los tres al comportamiento post-delictivo positivo), los efectos de la condena –que sufrieron una significativa alteración, de amplia repercusión, con la sentencia APn 470 del STF– y, específicamente en la cuestión de las penas, el merecimiento de la pena y la proporcionalidad o no dentro de las sanciones penales descritas.

2. COMPORTAMIENTO POST-DELICTIVO POSITIVO

La punibilidad, como hemos expuesto anteriormente, está traspasada por circunstancias alejadas de las categorías del delito, aunque contienen

Econômicos. RT: São Paulo, 2003, p. 27; MARTÍN DE SANCTIS, Fausto Martín. “Culpabilidade e Punibilidade”. *RJV*, vol. 3, n.º 33 (feb. 2002).

⁸⁹³ CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 6 ed. Tecnos: Madrid, 1999, pp. 20-22.

presupuestos político-criminales⁸⁹⁴ que naturalmente son incompatibles⁸⁹⁵ con la visión finalista tripartita de delito.

Las consideraciones desarrolladas respecto de la punibilidad son importantes para justificar el tratamiento jurídico-penal dispensado a algunos institutos descritos dentro de la Ley 9.613/98, notablemente porque a través del concepto de delito que se adopta será posible ubicar correctamente los institutos dentro de la teoría del delito y de la pena.

La ley, cuando prevé causas de supresión total de la pena con amparo en el comportamiento post-delictivo positivo, debe buscar la estimulación de conductas que satisfagan los intereses de raíz económico-tributaria o la administración de la justicia; pero debe atender a exigencias de carácter preventivo, puesto que la producción de un resultado válido desde la óptica político-criminal o jurídica, si se acompaña de menoscabo de la necesidad de la pena y se funda exclusivamente en la satisfacción de propósitos utilitarios, puede generar, sin duda, una situación de insostenible incongruencia intrasistemática⁸⁹⁶.

El comportamiento post-delictivo positivo es, en el caso en cuestión, la conducta del coautor o partícipe que, después de realizado el injusto tentado, consigue obtener la supresión total o parcial de la sanción penal establecida en

⁸⁹⁴ En sentido diametralmente opuesto tenemos a Luzón Peña, que dice: “La posición de la que se puede partir, tal y como la ha formulado brillantemente Roxin, apoyándose y avanzando en el pensamiento valorativo de orientación teleológica, y como hoy se reconoce de forma generalizada, es la de que los principios político criminales no operan solamente como criterios valorativos para la crítica del Derecho vigente y la elaboración de propuestas de reforma *de lege ferenda*, sino que pueden y deben utilizarse también como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente. Pues, por una parte, los principios político criminales están contenidos ya en las regulaciones legales a través de las decisiones legislativas, pero por otra, el espacio más o menos amplio abierto por el tenor literal de la ley y los ámbitos que no están (o no expresamente) regulados por la propia ley permiten reunir en la interpretación a los distintos principios político criminales para tomar una decisión dentro de ese espacio de juego” (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”. *ADPCP*, t. XLVI, fasc. I [ene.-abr.1993], p. 27).

⁸⁹⁵ En este punto nos adherimos a las ideas de Stratenwerth cuando defiende que los presupuestos y modalidades jurídico-penales no son deducibles a partir de fines político-criminales, lo que significaría una instrumentalización y desconsideración de los aspectos socioculturales del Derecho Penal (STRATENWERTH, Günter. “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?”. *RBCrim*, n.º 66, año 15 [may.-jun. 2007], p. 59). En el mismo tono: MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e fins da pena...*, p. 130.

⁸⁹⁶ MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e fins da pena...*, p. 144.

la Ley de blanqueo de capitales, por su colaboración con la Justicia⁸⁹⁷, procedimiento con el cual revela atender a reivindicaciones de política criminal vinculadas a una menor necesidad de sanción. En esta línea, Sánchez Ríos entiende que en el comportamiento post-delictivo, además de la voluntariedad, hay la evaluación del alcance de su positividad, en el sentido de si sería suficiente la confesión del hecho delictivo o si dependería de la reparación del daño causado a la víctima y la correspondiente colaboración eficaz con la Justicia. Así, cada ordenamiento jurídico procurará establecer el complemento de la voluntariedad. En delitos económicos ejemplifica que no se debe aceptar una declaración rectificadora y aclaradora de la cantidad defraudada al fisco para que automáticamente goce de causa extintiva de la punibilidad, pues se opone a los criterios dogmáticos erigidos para tal delito. Es cierto que esa acción solo aminoraría el desvalor de la acción desconsiderando el desvalor del resultado, manteniendo el motivo para la aplicación de la pena por causa de la presencia de la prevención general⁸⁹⁸. Según entendemos, la posición del autor es errónea, aunque trate el desvalor de la acción como si permitiese una investigación retroactiva de un juicio incidente sobre la conducta, además de afectar consecuentemente la propia culpabilidad del agente.

Por su lado, Carvalho expone: “El injusto y la culpabilidad no pueden verse afectados por la conducta posterior a la configuración del injusto de la tentativa o la subsecuente a la consumación delictiva”⁸⁹⁹. En esto es seguida por Faraldo

⁸⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I..., p. 729. En sentido parecido, en España tenemos a Carbonell Mateo: “Ya hemos señalado que el Derecho penal es un instrumento político criminal. Eso quiere decir que la ley puede ser utilizada, no sólo para prohibir y punir las conductas, sino, a veces, también como una especie de instrumento negociador que tiende a promocionar determinados comportamientos pos delictivos que vengan, bien a paliar los efectos que el delito pueda comportar al bien jurídico, bien a colaborar con la Justicia en el desenmascaramiento de bandas organizadas o, en todo caso a evitar la comisión de nuevas acciones delictivas. Lo cierto es que el Código contiene determinadas previsiones, en virtud de cuya concurrencia, y pese a haberse completado la figura delictiva, no se impone pena alguna o se rebaja la que correspondería de no haber concurrido” (CARBONELL MATEO, Juan Carlos. “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y banalización de la Legalidad”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* [Coords.: Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre], Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca: Cuenca, 2001, pp. 139-140).

⁸⁹⁸ SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos...*, pp. 52-53.

⁸⁹⁹ MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e fins da pena...*, p. 128; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e delito...*, p. 186.

Cabana, que sustenta que, por tratarse de circunstancias que se operan después de la ejecución del hecho delictivo, las atenuantes del comportamiento post-delictivo positivo no afectan a los elementos del delito ni disminuyen el injusto o la culpabilidad, motivo por el cual ninguna consecuencia puede tener sobre el delito, el cual ya ha sido ejecutado⁹⁰⁰. El Derecho penal no puede ser valorado retroactivamente, y puesto que el comportamiento post-delictivo positivo presenta un carácter político-criminal que recae sobre la pena y su aplicación responde a razones de prevención especial, se deja atravesar por una carga política incompatible con las estructuras de las categorías del delito. Y prosigue Faraldo Cabana exponiendo que las circunstancias representativas de comportamiento post-delictivo están fundamentadas en criterios de prevención especial, pues la pena tiende a impedir la repetición del delito por parte de quien ya lo había cometido, lo cual se da tanto a través de la intimidación como de la reeducación del sujeto para su readaptación a la vida social⁹⁰¹. Desde esta perspectiva, podría pensarse que la atenuación de la pena para la realización de una conducta positiva post-delictiva se insertaría en un sistema sancionador abierto a la idea de prevención especial, conforme al cual se entiende que con dicho comportamiento el sujeto manifiesta una menor energía criminal, una atenuada capacidad para delinquir, menor peligrosidad, mayores posibilidades de corrección... y, en consecuencia, también una menor necesidad de prevención especial⁹⁰².

La razón asiste a quienes rechazan la idea de que en los comportamientos post-delictivos positivos hay una atenuación en el desvalor de la acción, pues es inconcebible que una conducta posterior a la consumación delictiva retroactúe para alcanzar elementos referentes al injusto penal. Las categorías delictivas son consideradas en la construcción del *iter criminis*, y no de modo retroactivo ni fundamentándose en circunstancias fluidas, como las que conforman la punibilidad.

⁹⁰⁰ FARALDO CABANA, Patricia. "La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (Los núms. 4.º y 5.º en relación con el núm. 6.º del artículo 21 del Código Penal de 1995)". *AFDUC*, n.º I (1997), p. 241.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 244.

⁹⁰² *Ídem*.

En este sentido, la delación premiada y el perdón judicial –que pasamos a analizar a continuación– son dos clases de actitudes practicadas por el coautor o partícipe del delito de blanqueo de capitales que voluntariamente adoptan un determinado comportamiento con consecuencias para la punibilidad, aunque tal idea no sea unánime.

2.1. Delación premiada

2.1.1. Concepto

Actualmente, la justicia penal sufre ciertas dificultades al determinar ciertos delitos, pero originalmente el instituto buscaba eliminar la impunidad de cualquier ilícito penal y, consecuentemente, reducir los delitos de los que el Estado no tenía conocimiento⁹⁰³, confiriendo así una mayor seguridad a la sociedad. Aunque el panorama se mantiene idéntico hoy día, el foco de la delación premiada incide principalmente sobre los delitos provenientes de la delincuencia económica o crimen organizado. En este caso estamos ante una pluralidad de *networks* ilícitos⁹⁰⁴ ligados entre sí; o sea, redes criminales

⁹⁰³ Hassemer y Muñoz Conde dicen que la ‘cifra negra’ (*dark zone*, también traducida como ‘cifra’ o ‘zona oscura’) está constituida por “el terreno existente entre la criminalidad real y la registrada”. O dicho de forma descriptiva: “no todo delito cometido es perseguido, no todo delito perseguido es registrado; no todo delito registrado es averiguado por la policía; no todo delito averiguado es denunciado; la denuncia no siempre termina en juicio oral; el juicio oral no siempre termina en condena. La criminalidad real es mucho mayor que la registrada oficialmente; en el ámbito de la criminalidad menos grave la cifra oscura es mayor que en el ámbito de la criminalidad más grave; la magnitud de la cifra oscura varía considerablemente según el tipo de delito” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1989, p. 47).

⁹⁰⁴ Según Cervini, “ciertas transacciones ilícitas, entre ellas las de Lavado de Dinero, por su misma naturaleza, se desarrollan en circunstancias que excluyen muchas veces una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios. Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto ‘estándar de fiabilidad ilícita’ para los miembros del circuito clandestino” (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*p. 53). En el mismo sentido, Benítez Ortúzar afirma: “En definitiva, dos han sido las principales razones que han llevado a los distintos Estados a plantear nuevas formas de afrontar la delincuencia organizada: la transnacionalidad real y virtual, propia de la globalización económica en la que se desenvuelve la sociedad del siglo XXI acelerada por una tecnología que permite actuar en tiempo real en cualquier economía local en cualquier momento desde cualquier lugar y una abundancia de medios en la perpetración del delito y perfección en la estructura organizativa, que –en muchos casos– hace inviables e insuficientes las técnicas de investigación

altamente complejas⁹⁰⁵, con diversos polos de actuación conjunta y disimulada en la economía formal e informal, ocasionalmente estructurada y organizada⁹⁰⁶, y que cuentan con diversos puntos de impersonalidad, además de conexión con las más variadas formas de tecnología, lo que acelera la consumación delictiva, facilita la impunidad y pulveriza las pruebas.

El instituto de la delación premiada es una de las modalidades del llamado “Derecho penal premial”⁹⁰⁷. En virtud de ella, el coautor o partícipe del delito, en caso de ofrecer a las autoridades informaciones relevantes para determinar en sus investigaciones las infracciones penales y su autoría, es agraciado con una minoración en su pena. En esta hipótesis, puede ser condenado, pero puede también cumplir la pena en régimen abierto o incluso obtener la clemencia máxima, el perdón judicial.

Fundamental para la evaluación de la delación premiada es la espontaneidad⁹⁰⁸. El agente debe, libre de coacciones psicológicas y físicas,

tradicionales” (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesuales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Dykinson: Madrid, 2004, p. 14).

⁹⁰⁵ En similar sentido encontramos: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas...*, p. 176; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 205 y ss.; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, pp. 52 y ss.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, pp. 11 y ss.; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, pp. 419 y ss. Cfr. En el Derecho europeo: SANSO RUPERT, Daniel. “El papel de la información en la lucha contra la Criminalidad Organizada”. *UNISCI Discussion Papers*. n.º 12 (oct. 2006), pp. 207 y ss.

⁹⁰⁶ Acerca del carácter transnacional y las consecuencias de la criminalidad organizada, cfr. JIMENÉZ VILLAREJO, Carlos. “Delincuencia financiera y paraísos fiscales: cooperación jurídica internacional”. *La Insignia. Diario Independiente iberoamericano* (Cuaderno de Economía) (sep. 2004), p. 4.

⁹⁰⁷ Sánchez García de Paz explica: “Este agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado” [SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)”. *RECPC*, núm. 07-05 (2005), p. 2].

⁹⁰⁸ Luiz Flávio Gomes dice: “Colaboración espontánea es la que parte de la iniciativa del propio infractor. Al exigir la ley que sea ‘espontánea’ hace depender que la idea de colaborar provenga de él mismo. Porque no basta que la colaboración sea ‘voluntaria’ (acto libre) –se requiere un *plus*, que es la espontaneidad. Colaborar con las ‘autoridades’, de otro lado, significa ayudar, contribuir con cualquier autoridad que participe de la *persecutio criminis in iudicio*” (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 344). A nuestro entender, el autor no tiene razón, pues ya en el léxico encontramos: “Voluntariedad: Cualidad del que es voluntario; espontaneidad; capricho” (SILVEIRA BUENO,

decidir relatar a las autoridades competentes informaciones relevantes a la investigación penal de hechos, importando poco su motivación⁹⁰⁹.

2.1.2. Aspectos históricos

A pesar de la actual vigencia de este instituto en función de la delincuencia económica o de la criminalidad organizada, en su origen se remonta al Derecho penal romano, concretamente a la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Posteriormente, y con el transcurso de la historia del Derecho penal, tal instituto jurídico consiguió perpetuarse en resquicios vigentes en el Derecho canónico y medieval⁹¹⁰. En su forma moderna, la primera aparición de la delación premiada se produjo en las Ordenações Filipinas⁹¹¹, texto legal que menciona

Francisco de. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 8 ed. MEC/FENAME: Brasília, 1973, p. 1.432).

⁹⁰⁹ Maia dice que es suficiente la espontaneidad, dispensándose el conocimiento de su motivación [MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 106]. Igualmente en: DE ALMEIDA MACHADO DELMANTO, Fábio; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto. *Legislação Penal Especial comentada*..., p. 565. Por su lado, Faraldo Cabana explica: “En el marco de la prevención especial se precisa una detenida consideración no de toda la personalidad del sujeto, sino tan sólo de aquellas formas de comportamiento que son relevantes para la determinación de su peligrosidad, esto es, para el juicio de pronóstico acerca de su capacidad de resocialización. Y, por último, es fundamental que el comportamiento del sujeto sea voluntario. La voluntariedad se afirma siempre que el sujeto haya tenido la posibilidad de no reparar o de no prestar su colaboración, evitando pese a ello la persecución penal. De esta forma, ya no cabrá desplazar su apreciación en hipótesis en las que, por ejemplo, tan sólo mueve al culpable el interés por el más benevolente trato punitivo o por prevenir la persecución penal” (FARALDO CABANA, Patricia. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo...”, pp. 244-245).

⁹¹⁰ Cfr. acerca del origen histórico del instituto: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, pp. 5 y ss.; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas*..., p. 176.

⁹¹¹ En concreto, así lo recoge el Libro V de las Ordenações Filipinas en su edición de 1790: “Título CXVI. *Cómo se perdonará a los malhechores, que dieran a otros a la prisión.* / Cualquier persona que dé a la prisión a cada uno de los culpados y participantes en hacer moneda falsa, o en cercenar, o por cualquier artificio menguar, o corromper la verdadera, o en falsear nuestra señal o sello, o el de la Reina o del Príncipe, mi hijo, o en falsear señal de algún Inspector de nuestra hacienda, o Desembargador, o de otro nuestro Oficial Mayor, o de otros Oficiales de nuestra Casa, en asuntos que toquen a sus oficios, o en matar, o herir con ballesta, o escopeta, matar con veneno, o en dar en matar traicioneramente, aunque muerte de ello no se siga, quebrantar prisiones y cárceles desde por la fuerza, hacer hurto, de cualquier suerte y manera que sea, echar fuego deliberadamente para quemar hacienda o persona, forzar mujer, hacer brujería, testificar en falso, en liberar encarcelados por su voluntad, siendo Carcelero, o entrar en Monasterio de Monjas con propósito deshonesto, en hacer falsedad en su Oficio, siendo Notario o Escribano; además de que de á la prisión a los dichos malhechores, o a cada uno de ellos, y probarles, o que les sean probados cada uno de los delitos, si ese que así dio a la prisión, participante en cada uno de los dichos delitos en que es culpado el que es preso, tenemos por bien que, siendo igual en la culpa, sea perdonado libremente, puesto que no tenga perdón de la

expresamente el “perdón”, atendiendo específicamente al perdón judicial, pero no expresamente a las demás modalidades de delación premiada que ocasionan la reducción o sustitución de la pena.

La doctrina penal nacional, en la mayoría de las ocasiones, dice que la delación premiada surgió con la Ley de crímenes hediondos, que adoptó el modelo fijado en los Estados Unidos de América y, en especial, en Italia⁹¹², donde se inició entre 1991 y 1992 con el fenómeno del *pentitismo*⁹¹³ durante las operaciones desarrolladas en el país para combatir a la mafia. No obstante, y pese a que esta apreciación es correcta a grandes rasgos, creemos que no traza adecuadamente los rasgos distintivos para ambos sistemas jurídico-penales.

En efecto, los dos poseen peculiaridades incompatibles con la orientación penal-constitucional que guía el Derecho penal. El sistema italiano admite la revisión posterior de la delación *in malam partem*, en desfavor del imputado, en caso de que se compruebe posteriormente fraude o falsedad en la prestación de

parte. / Y si no fuera participante en el mismo delito, queremos que haya perdón para sí (habiendo perdón para las partes) de cualquier delito que tenga, por grave que sea, y esto no siendo mayor de aquel del que es culpado el que así dio a la prisión. / Y si no hay perdón de las partes, tenemos por bien perdonarle libremente el destierro que tenga para África, hasta cuatro años, o cualquier culpa, o delito que haya cometido, porque merezca el exilio hasta los dichos cuatro años. / Sin embargo, esto se entenderá cuando el que dé a la prisión no haya perdón de otra pena, ni de destierro, tanto como el que el malhechor merece. / Y, además del sobredicho perdón, que así otorgamos, nos agrada que, siendo el malhechor que así fue dado a la prisión saltador de caminos, que aquél que lo descubra y dé a la prisión, y lo pruebe, tenga de Nosotros treinta cruzados de gracia”.

⁹¹² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas...*, pp. 176-177; GRANZINOLI, Cassio M. M. “A delação premiada”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp* (Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, pp. 145 y ss.; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 346; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, p. 133.

⁹¹³ Acerca del *pentitismo*, Musco apunta que Italia observó el crecimiento de la mafia, que estaba acaparando innúmeros recursos y cometiendo numerosos delitos que, en su mayoría, quedaban impunes en razón de la lealtad que marca el modelo familiar. El movimiento anti-Estado adquiriría fuerza y el Estado perdía el control de partes del territorio, en especial, del sur del país. El *pentitismo* italiano creó una división entre mafiosos irrecuperables y mafiosos colaboradores, previendo una dualidad de tratamientos jurídicos; los segundos recibían un programa especial de protección como testigos, veían reducida su pena entre un tercio y la mitad, con la posibilidad de un sistema carcelario específico para personas en su misma situación, aplicación de beneficios en el transcurso de la ejecución penal como sustitución de penas, liberación anticipada, modificación de datos personales, documentación y nuevos datos que permitan la vida en sociedad y, por fin, el pago de una pensión mensual hasta la plena reincorporación en la sociedad y el mercado de trabajo (MUSCO, Enzo. “Los colaboradores de la justicia entre el ‘pentitismo’ y la calumnia: Problemas y perspectivas”. *RP* n.º 2. [1998], pp. 36-37).

las informaciones; y el estadounidense, por su lado, demanda obligatoriamente la comparecencia en juicio⁹¹⁴. Ambas hipótesis están vedadas en Brasil, por no permitirse revisión criminal *pro societate*, a salvo la hipótesis de inexistencia del sustrato que fundamentó la extinción de la punibilidad, como es corriente en el STF y en determinados autores⁹¹⁵; además de porque el sistema permita el acuerdo por escrito, en documento donde se recojan las informaciones y los términos de la delación, con firma de los interesados y homologación del juez.

En Brasil, como íbamos diciendo, además de la experiencia de las Ordenações, la delación premiada vino reglamentada en la Ley de crímenes hediondos, a la cual sucedió una serie de leyes con preceptos similares, como las Leyes de lucha contra el crimen organizado, de protección a víctimas y testigos, de blanqueo de capitales, y otras.

⁹¹⁴ Sánchez García de Paz explica: “a. De acuerdo con el primer modelo, el arrepentido entra en escena como testigo en el juicio oral y está obligado a declarar en el mismo como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le permite dejar de ser imputado (*grant of immunity*). Está entonces expuesto a una situación de peligro especial, por lo cual se le otorga la condición de testigo protegido. Así lo solemos encontrar en los países anglosajones, como Estados Unidos y Gran Bretaña, también en Polonia desde la ley de 1.9.1998 sobre la figura.

”b. Conforme al segundo modelo, el arrepentido interviene fundamentalmente en la fase de instrucción del procedimiento, colaborando con las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los culpables, conducta premiada generalmente de modo facultativo para el juez con una rebaja o incluso una exclusión de la pena. Como no tiene necesariamente que aparecer ante el tribunal como testigo no tiene por qué preverse siempre un programa de protección de testigos para él. Este es el modelo propio de Alemania, Suiza, Austria y Holanda; y también del Derecho español.

”c. Elementos de ambas categorías encontramos en la regulación italiana”; y prosigue apuntando: “En primer lugar, ha elevado la pena correspondiente al delito de calumnia en aquellos casos en que el culpable cometió el delito con el propósito de hacerse acreedor de los beneficios de la legislación de recompensa. En segundo término, ha introducido la posibilidad de revisar la condena *in malam partem*, esto es, en contra del condenado, que puede ser pedida por el fiscal general de la Corte de Apelación en cuyo distrito haya sido pronunciada, cuando la atenuante de colaboración se aplicó como consecuencia de declaraciones falsas o incluso ambigua” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, pp. 3-6).

⁹¹⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. Atlas: São Paulo, 2012, pp. 666-667.

2.1.3. Naturaleza jurídica

Debemos ahora proceder a clasificar el instituto dentro del Derecho Penal. Al respecto, la doctrina nacional⁹¹⁶ explica, con razón, que la delación premiada constituye causa personal de reducción de pena, pudiendo llegar también a configurar un perdón judicial. Concretamente, Prado dice que “esa disposición constituye una causa de reducción de pena, que consiste en derecho público subjetivo del reo, presentes siempre los presupuestos legales de incidencia de la norma. Se trata de una causa de disminución de pena que incide sobre la magnitud culpable del agente”⁹¹⁷.

La delación premiada se considera una modalidad de comportamiento post-delictivo punitivo, aunque se trata de una conducta practicada tras la realización del delito cuyas consecuencias no permiten evaluar retroactivamente el desvalor de la acción y la culpabilidad, ya que estos se sopesan en el exacto instante de la realización de la conducta, y no retroactivamente⁹¹⁸. Además, tal conducta afecta a la proporcionalidad de la pena y a la punibilidad de la conducta, admitiendo el legislador la infidelidad criminal como método de evitar el aumento de la cifra negra, fomentar la administración de la justicia y estimular la lucha contra esa modalidad delictiva.

2.1.4. Fundamentos jurídicos y ético-sociales

El instituto de la delación premiada es objeto de intensa polémica en lo tocante a su utilización, pues para algunos anima a una cultura de la traición dentro de la sociedad, un comportamiento moralmente reprobable que no

⁹¹⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...* p. 105; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...* p. 114; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas...* p. 203; CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 345; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...* p. 132; y PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 421.

⁹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 385.

⁹¹⁸ En ese sentido, Sánchez García de Paz explica: “Como veremos, dado que su fundamento político-criminal reside, según sostiene de modo casi unánime la doctrina, también extranjera, en razones utilitarias y, acaso, en una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo, parece claro que estas normas conciernen en todo caso a la categoría del delito punibilidad –y en ningún caso al injusto o la culpabilidad” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, pp. 14-15). Se asiente con la clasificación dentro de la punibilidad, pero no con que sea categoría del delito, como el injusto y la culpabilidad.

merecería acogida como medio de asegurar un beneficio legal. El Estado no podría, en ningún caso, fomentar el quebrantamiento de valores y pautas ético-sociales de comportamiento, más aún tratándose de personas cuyo menosprecio por los valores es ya patente, como ocurre con quienes se involucran en actividades delictivas⁹¹⁹.

Al respecto, Franco entiende que la cooperación eficaz con la autoridad no depende de la intención del colaborador. El Derecho no exige ninguna conducta moralmente plausible, evaluándose solo las ventajas para el Estado nacidas del descubrimiento de la actividad ilícita o de la captura de otros agentes. Tampoco se tiene en cuenta la relevancia de las consecuencias que implican para un sistema legal edificado sobre la dignidad de la persona humana⁹²⁰. Así pues, y como contrapunto ideológico en la doctrina, hay quienes defienden la necesidad del instituto⁹²¹, con el argumento de que la delación premiada pone al

⁹¹⁹ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* p. 346; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, p. 133.

⁹²⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos...*, p. 221. En sentido similar, Beccaria presentaba en el siglo XVIII un análisis bien cuidadoso del instituto, al explicar: "Ciertos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de un grave delito que traiciona a sus colegas. Ese modo de proceder presenta algunas ventajas; sin embargo, no está libre de peligros, pues la sociedad autoriza de ese modo la traición, que repugna a los propios malvados. Introduce el delito de cobardía, mucho más funesto que los delitos de energía y coraje, pues el coraje es poco común y aguarda solamente una fuerza benéfica que la encamine para el bien público, mientras la cobardía, mucho más general, es un contagio que infecta muy deprisa todas las almas. El tribunal que utiliza la impunidad para develar un crimen demuestra que es posible ocultar tal crimen, pues que él lo desconoce; y las leyes atestiguan su debilidad, implorando la ayuda del propio criminal que las ha violado. Esa costumbre también demuestra a los ciudadanos que aquel que viola las leyes, esto es, las convenciones públicas, no es más fiel a las convenciones particulares" (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Martin Claret: São Paulo, 2006, pp. 47-48). Además de eso, está lo que dice Gomes: "En nombre de un Derecho Penal funcionalista, utilitario y pragmático que solo se preocupa del resultado final y simbólico (solo con su 'rendimiento', en suma), están pretendiendo en Brasil enraizar la 'delación premiada'. Semejante propósito configura la más viva expresión del poder coactivo político o instrumental de la era post-industrial, que menospreciando valores fundamentales como 'justicia', 'equidad' y 'proporcionalidad', procura a todo costa difundir e imponer la cultura del 'derecho de emergencia o de excepción', importando poco la 'erosión' del Derecho penal clásico, dirigido a la tutela del ser humano" (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 345).

⁹²¹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas...* pp. 177-178; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e mecanismos legais*. 2 ed. Atlas: São Paulo. 2007. p. 44; RISSI MACEDO, Carlos Márcio. *Lavagem de Dinheiro. Análise crítica das Leis 9.613/98 e 10.701/03*. Juruá: Curitiba, 006, p. 99. Implícitamente: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 385; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 205 y ss.; TERRA DE OLIVEIRA, William. "A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998)". *RBCrim*, a. 6,

descubierto autoría y hechos, así como la ubicación de bienes, valores y dinero provenientes del delito de blanqueo de capitales⁹²².

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la delación premiada es un instituto que debe ser utilizado, pese a la idea generalizada de la inoperancia estatal a la hora de investigar infracciones penales, y precisamente porque actualmente tal argumento no es sostenible. En la misma línea, fundamentar su invalidez en que la exposición de los hechos a los medios de comunicación traería notoriedad a los fracasos de las actividades de persecución, es un argumento erróneo, máxime en una sociedad de elevado crecimiento tecnológico, donde las marcas del delito se desvanecen con facilidad, del mismo modo que el reconocimiento expreso de la delación premiada de nada serviría para contener tal especie de conocimiento por la sociedad y por los delincuentes.

Cabe aún tener en cuenta que facilitar la traición entre delincuentes no implica ningún menosprecio para con los valores ético-sociales; además, donde hay un natural menosprecio por la ética y moral⁹²³, el Estado cuenta con fuertes elementos para fundamentar y analizar de la mejor forma posible ese debilitamiento para el conocimiento de los ilícitos penales y la reducción de los márgenes de ilicitud existentes⁹²⁴. Por otro lado, no es válido sostener que la

n.º 23 (jul./sept. 1998), p. 129; GRANZINOLI, Cássio M. M. "A delação premiada". En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp...*, p.146.

⁹²² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; MEDINA ARNÁIZ, Teresa. "Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea". *ADCL* (2004), p. 932.

⁹²³ Pese a reconocerse desde hace tiempo la autonomía relativa entre Derecho y Moral, es de notar la fuerza de la teoría del mínimo ético, que "...consiste en decir que el *Derecho representa solo lo mínimo de Moral declarado obligatorio para que la sociedad pueda sobrevivir*. Como ni todos pueden o quieren realizar de manera espontánea las obligaciones morales, es indispensable armar de fuerza ciertos preceptos éticos, para que la sociedad no se aniquile. La Moral, como regla, dicen los adeptos de esa doctrina, es cumplida de manera espontánea; pero como las violaciones son inevitables, es indispensable que se impida, con más vigor y rigor, la transgresión de las disposiciones que la comunidad considere indispensables para la paz social. Siendo así, el Derecho no es algo diverso de la Moral, sino que es una parte de esta, dotada de garantías específicas" (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 29 ed. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 42).

⁹²⁴ La Exposición de Motivos de la Ley de blanqueo de capitales destaca en su ítem 54: "La llamada del co-demandado o la indicación del local donde esté el producto del blanqueo o de la ocultación, independientemente de que configuren actitudes de arrepentimiento del autor, co-autor o partícipe, constituyen hendiduras en la organización criminal que deben ser afrontadas no solamente por los órganos estatales, sino también por fuerzas sociales externas. La infidelidad criminal constituye la violación de uno de los deberes elementales de la organización criminal. La quiebra de la *afecctio societatis* –la ruptura de la *omertà*– es uno de los hechos positivos para el combate más vigoroso contra ciertos tipos de infractores. Un sistema legal moderno no puede

delación premiada comporte el adelgazamiento de los valores que el Estado quiere revelar a la sociedad, pues la dignidad de la persona humana es respetada en relación al delator, que obtendrá una disminución de pena o incluso el perdón judicial de su conducta, además del respeto por su integridad física y moral, como cualquier ciudadano, y será asistido de abogado o defensor público. En correspondencia, el delatado tendrá plena oportunidad de defenderse conforme a las cláusulas del debido proceso legal, sin que el contenido de la delación se preste, por sí solo, a la revelación absoluta de la verdad en el proceso penal. De hecho, como sostiene una aquilatada doctrina, la delación debe ser armónica con los demás elementos probatorios⁹²⁵ de autos, ganando así la solidez necesaria para ser sopesada en desfavor del acusado⁹²⁶, lógicamente dentro de la óptica del libre convencimiento motivado.

Maia se opone a esta argumentación, por las siguientes razones: la *pertinencia subjetiva*, o sea, que se limita al autor, coautor y partícipe del delito, no pudiendo ser utilizada por cualquier persona en otros procesos criminales; la *extensión del beneficio*, conforme al cual, y por el principio de la obligatoriedad de la acción penal, el beneficio del delator se limita a la disminución de la pena, mientras que la Ley 9.613/98 va más allá, posibilitando pena restrictiva, régimen abierto y perdón judicial; el *programa de protección*, siguiendo la senda de la Ley de protección a testigos para evitar la *vendetta*; la *represión de la denuncia*

ignorar ese fenómeno, sino que, por el contrario, debe extraer de él los dividendos favorables a la comunidad de personas honestas”.

⁹²⁵ Sánchez García de Paz dice: “No debe subestimarse, continúa el Tribunal, la naturaleza, a veces, ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y detenida con base en afirmaciones no contrastadas y no siempre desinteresadas. Por todo lo cual, concluye, al igual que establecen los Tribunales nacionales, las declaraciones de los “arrepentidos” deben ser corroboradas por otros elementos de prueba; además, los testimonios indirectos deben ser confirmados por hechos objetivos” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, p. 24).

⁹²⁶ Según Militello, “la condena a un coautor por su pertenencia a una asociación u organización criminal o por hechos cometidos de forma organizada no se podrá basar únicamente en el testimonio de un coimputado al que le haya sido otorgado algún privilegio por razón del mismo” (MILITELLO, Vincenzo. “Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Normative Proposals of the Joint European Project to Counter Organised Crime”. En *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, vol. 3/3 [Eds.: Vincenzo Militello y Barbara Huber]. Max Planck Institut für ausländisches and internationales Strafrecht: Friburgo, 2001, p. 27).

calumniosa como medio de precaverse de delaciones infundadas contra inocentes⁹²⁷.

Según nuestro entender, sin embargo, algunas de esas críticas no proceden. En primer lugar, la limitación a algunos delitos de gravedad sensible en función del bien jurídico afectado justificaría la restricción en la amplitud del beneficio en los casos de delito de blanqueo de capitales. Además, si se abriese a terceros extraños al delito objeto de delación, tendríamos una especie de ‘cheque en blanco’, pues estos terceros podrían ser beneficiados, aunque solo en caso de ser coautores o partícipes de los delitos antecedentes del blanqueo de capitales, apurando los límites de las Leyes 9.807/99 y 12.850/13.

La delación premiada atiende plenamente a las atribuciones del Ministerio Público como titular de la acción penal (art. 129.I Constitución Federal), toda vez que el acuerdo entablado previamente a la *persecutio criminis in iudicio* respeta la titularidad y obligatoriedad de la acción penal. Los demás coacusados y el acusado, dependiendo del contenido del acuerdo, serán denunciados. Además, se protege la actuación del juez como controlador del principio de la paridad de armas en el proceso penal y como guardián de las libertades públicas en su evaluación de la intensidad de la colaboración para fines de control de legalidad, al finalizar la fase preliminar de investigaciones, a través de la extinción de la punibilidad declarable en cualquier momento por el artículo 61 del Código de Proceso Penal.

Por otro lado, la delación premiada es una causa personal de disminución de la pena o de extinción de la punibilidad⁹²⁸ que no se encuentra en conflicto

⁹²⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...* pp. 105-106.

⁹²⁸ Analógicamente nos podemos valer de las enseñanzas de Blanco Cordero cuando comenta la causa personal de levantamiento de la pena consubstanciada en la regularización de la situación fiscal del autor en los delitos contra el orden tributario en el artículo 305.4 del Código Penal español: “La regularización fiscal, en principio, solo despliega sus efectos respecto de la conducta del autor del delito contra la Hacienda Pública. Esta conducta seguirá siendo típica, antijurídica y culpable, pero no punible. Por ello, teniendo en cuenta los criterios que rigen la materia de la participación en el delito, cabe decir que los partícipes en él seguirán siendo punibles pese a que el autor regularice su situación tributaria. En virtud del principio de accesoriidad limitada, que inspira la participación en el delito, se puede decir que el partícipe interviene en un hecho típico y antijurídico de otro, luego es punible” (BLANCO CORDERO, Isidoro. “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 14 [dic. 2000], p. 25). Comulgando de ese entendimiento en

con la sistemática procesal-penal vigente. Es más, debe considerarse la posibilidad de que la Ley 9.807/99 admita, en los artículos 13 y siguientes, las mismas consecuencias jurídicas establecidas en la Ley 9.613/98.

Sí tiene razón Maia cuando afirma que el co-demandado o partícipe merecería, de hecho, y conforme a su colaboración, el ingreso en el programa de protección de testigos o el cumplimiento de la pena de tal forma que se asegure su integridad física y psíquica, tanto como la de sus familiares⁹²⁹; algo que puede corregirse si se aplica analógicamente o regularmente el artículo 5.º, I, de la Ley 12.850/13, que previó como derecho del colaborador la inclusión en el sistema de protección de testigos, si hay delación premiada en casos de crimen organizado.

La lucha contra la falta de veracidad debe constituir una muestra de la responsabilidad de los agentes que determinan la delación, los cuales deberán evaluar las informaciones antes de la elaboración del referido acuerdo. Además, hay un instrumento de responsabilidad penal en el caso de falta de veracidad cuando se procede a la elaboración de la delación premiada, como es el delito de denuncia calumniosa, y la posibilidad de que se imputen otros delitos contra la administración de la justicia⁹³⁰: por ejemplo, favorecimiento personal, comunicación falsa de crimen, auto-acusación falsa, denuncia calumniosa o los que fija la Ley 12.850/13, si el blanqueo de capitales es cometido en conjunto con el delito del artículo 2.º de la Ley de lucha contra el crimen organizado.

Díez Ripollés realiza importantes consideraciones sobre la adopción extremada del garantismo penal para fundamentar medidas de política criminal e institutos de Derecho penal, cuya adopción inmoderada puede paralizar todo

materia penal tributaria: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; FARALDO CABANA, Patricia; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; PUENTE ABA, Luz María. *Derecho Penal Económico*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2002, pp. 404-405.

⁹²⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...*, p. 106.

⁹³⁰ Maia realiza una interesante ponderación al mencionar la necesidad de un discreto procedimiento previo para apurar la verdad de las informaciones prestadas por el delator, como medio de controlar las delaciones falsas en vistas a evitar los nefastos efectos de los inocentes para la imagen pública y también por la necesidad de que se establezcan sanciones más graves en lo que se refiere a las delaciones carentes de veracidad. [MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o Crime Organizado. Anotações à Lei Federal 9.034/95 (Organizações Criminosas)*. Lumen Júris: Río de Janeiro, 1997, p. 111].

el sistema de justicia criminal⁹³¹. Algo que podría aplicarse aquí a la consideración de valores morales personales en detrimento de la investigación del delito, siendo cierto que, para que la delación sea válida, no es suficiente ese acto, sino que depende asimismo del descubrimiento de pruebas producidas de forma lícita.

2.1.5. Beneficios penales

Con el acto de proporcionar información a las autoridades, como veremos más adelante, el delator obtiene algunos beneficios de orden penal, pues el artículo 1.º, § 5.º, de la Ley 9.613/98 establece tres hipótesis de suavización de la situación jurídico-penal del coautor o partícipe delator, a saber: disminución en la pena de uno a dos tercios; régimen inicial abierto o semiabierto para el cumplimiento de pena; facultad de dejar de aplicar la pena; sustitución de la pena privativa de libertad por restrictiva de derechos.

Barros entiende que, si el juzgador no aplica al colaborador el régimen inicial abierto o sustituye la pena privativa de libertad por la restrictiva de derechos, la Ley de blanqueo impone el deber de disminuir la pena privativa de libertad de uno a dos tercios y, a su entender, el blanqueador colaborador tiene el *derecho subjetivo a la reducción de la pena*, porque la Ley dice que “la pena podrá ser reducida”⁹³².

La Ley no traza parámetros para que se sepa cuándo se obtendrán los beneficios, por lo que la cuestión queda a criterio del juzgador, que sopesará las informaciones prestadas y su grado de relevancia para el proceso, de entre las informaciones que la ley sopesa como relevantes, a saber: desvelo de las infracciones penales; identificación de los autores, coautores y partícipes; ubicación de los bienes; derechos o valores objeto del crimen.

⁹³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La nueva política penal española”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 17 (dic. 2003), p. 81.

⁹³² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas...* p.178. En la misma línea: SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...* p.132; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p. 385; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 106.

No obstante, cumple alertar sobre que, al permitirle el delator el régimen abierto⁹³³, según el artículo 33, § 1.º, del CPb, aquel deberá retornar por la noche y permanecer internado hasta el amanecer, cuando saldrá para trabajar o estudiar. De este modo se procura evitar que el blanqueador colaborador tenga contacto con los antiguos coautores o partícipes condenados por causa de su delación⁹³⁴. Tengamos en cuenta que estamos lidiando con una criminalidad económica y todos sus sectarios, lo que convierte en una temeridad por parte del coautor o partícipe del delito de blanqueo de capitales firmar un testimonio de delación, máxime teniendo en cuenta que, dado el régimen progresivo de cumplimiento de las penas, en poco tiempo puede volver a tener contacto con los delatados o con aliados de éstos⁹³⁵.

Por otro lado, la sustitución por pena restrictiva de derechos puede ser una disposición inocua, si la conceptuamos a la luz de la proporcionalidad de la pena conforme a los parámetros del Código Penal, que actúa como norma motriz. En efecto, el artículo 44 del Código Penal limita temporalmente la sustitución de las penas a un lapso de cuatro años. Así pues, al cotejar tal disposición con la Ley 9.613/98, tenemos que la pena mínima sería de tres años, casi superando, por tanto, los límites de la norma orientadora. Barros concreta la idea defendiendo expresamente la necesidad de que se respeten las reglas de proporcionalidad de la pena fijadas en el Código Penal, pues no pueden las leyes especiales ignorar la regla matriz. Puesto que la pena restrictiva de

⁹³³ Exposición de Motivos de la Ley de blanqueo de capitales, ítem 55: “Por otro lado, la disposición, en la hipótesis de reducción de la pena, determina expresamente que su cumplimiento deberá iniciarse por el régimen abierto (art. 1.º, § 5.º). Se evita, así, el régimen cerrado para el colaborador, pues coincidiría en su convivencia, en la galería de las prisiones, con aquellos a quienes haya denunciado”.

⁹³⁴ En ese particular, Barros admite incluso la impetración de *habeas corpus* para asegurar el derecho al cumplimiento de la pena en régimen abierto (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas...*, p. 178). Particularmente, tal postura se nos antoja equivocada, pues no hay en el caso derecho líquido y cierto al régimen abierto, incluso porque la aplicación de estos beneficios demanda la apuración de la eficacia de la delación dentro del proceso.

⁹³⁵ En esa línea, Maia señala la fragilidad, en la práctica, del sistema brasileño de protección de víctimas y testigos de delitos instituido en la Ley 9.807/99 [MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)...*, p. 106]. En igual sentido, Gomes afirma: “Dar premio ‘penal’ por la delación sin prever ‘protección’ al delator es algo que se aproxima a la nada, porque todos saben que el delator, tras incriminar a otras personas, pasa a ser objeto de venganza inmediatamente” (CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 346).

derechos puede ser aplicada, dada la licencia legal⁹³⁶, el juez puede seleccionar la pena alternativa entre las descritas en el artículo 43 del CPb.

El único fundamento de esa norma sería, quizás, autorizar al juez para que aplique una pena alternativa, pese a extrapolar los niveles trazados en el artículo 44 del Código Penal –esto es, cuatro años–, con amparo en la regla del principio de la especialidad de las leyes penales que fundamenta el concurso aparente de leyes penales. Cabe destacar asimismo que los márgenes temporales establecidos en el Código Penal a fines de aplicación de penas restrictivas de derecho han sido derogados por el principio de la especialidad y por ser medida de política criminal⁹³⁷.

El punto central de la cuestión radica en si el principio de la especialidad sufre o no una mitigación, pese a estar ante reglas fundamentales para la proporcionalidad de la pena, recogidas en el Código Penal, en contrapunto con lo permisivo de la Ley 9.613/98, la cual no expresa limitación de orden temporal. Entendemos que, en ese caso, prevalece la Ley de blanqueo de capitales, debido a una determinada orientación político-criminal del instituto, vinculada con las finalidades de la pena que orientan esa causa especial de reducción penal. Lo contrario implicaría silenciar esa especie de beneplácito legal, aunque pese en su desfavor la delimitación temporal trazada en el artículo 44 del CPb.

La Ley de blanqueo no recogió ningún reglamento fijo sobre cuándo se aplicaría el perdón judicial y cuándo la sustitución de la pena, siendo el mejor criterio la evaluación de los resultados de la delación, como antes hemos dicho. Puede, por tanto, darse en cualquier momento, incluso en la fase de ejecución

⁹³⁶ En una obra anterior a la reforma de la Ley de blanqueo de capitales, Barros apunta en la dirección expresada en el texto, aunque en la nueva edición silenció lo relativo a esa limitación: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas...*, p. 183.

⁹³⁷ Explica Gomes lo siguiente: “Cabe al juez, conforme su prudente criterio, con base en la razonabilidad, evaluar los casos en que sea justo alguno de esos beneficios más amplios. Algunas líneas más arriba se ponderaba: si la colaboración es entera y rápidamente eficaz, de tal modo que no solo permite el descubrimiento de otras infracciones, sino también la autoría así como la ubicación de los bienes, en ese caso, según nuestro juicio, sería adecuado incluso el perdón judicial (no olvidándose, no obstante, de la posibilidad intermedia de fijación de pena restrictiva de derechos). En esta última posibilidad (pena restrictiva), ya no importará cuál es la cantidad de la pena final fijada (y en ese punto están derogados, solamente en relación a los crímenes de blanqueo, los límites del artículo 43 CP)” (CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...* pp. 346-347). Expresamos solo una reserva en cuanto al artículo a que el autor se refirió, que es en verdad el artículo 44 del Código Penal, y no su artículo 43.

de penas, merced a la conversión de la pena privativa de libertad⁹³⁸ conforme al artículo 66, de la Ley 7.210/84 (Ley de Procedimiento Penal). No se trata aquí de la aplicación por analogía de la limitación prevista en el artículo 4.º, § 5.º, de la Ley 12.850/13 con vistas a la restricción de los beneficios de reducción de mitad de la pena o de progresión de régimen, independientemente del cumplimiento de los requisitos objetivos, cuando el testimonio de delación es elaborado tras la sentencia, bajo pena de analogía *in malam partem*. Conviene recordar que la Ley de lucha contra el crimen organizado no ha dispensado al colaborador de cumplir los requisitos subjetivos para la progresión de régimen exigidos por la Ley 7.210/84. Así pues, nada impide la concesión del perdón judicial incluso tras la sentencia, por tratarse la Ley 9.613/98 de legislación penal especial con relación a la Ley 12.850/13.

De modo similar, la cuestión relativa al concurso de ambos delitos –blanqueo de capitales y crimen organizado– genera asimismo un conflicto aparente de normas, puesto que la Ley 9.613/98 no presenta la restricción temporal en cuanto a los beneficios provenientes de la delación premiada con ocasión de la sentencia de mérito, lo que existe en la Ley 12.850/13.

Como solución la cuestión referente a la concesión del beneficio tras la sentencia, podemos considerar una concesión de perdón judicial al delito de blanqueo de capitales y la reducción de pena o progresión de régimen en relación con el tipo penal de crimen organizado. La concesión del perdón judicial para ambos delitos, con amparo en el artículo 120 del CPb, es una solución apta con la necesidad político-criminal⁹³⁹ en cuestión; pero conviene recordar que esa causa extintiva de la punibilidad en el *codex* se basa en factores humanitarios, cuando las consecuencias del delito afectan severamente a la víctima, o en elementos de eficacia para la represión del crimen organizado que vuelven la pena innecesaria. No obstante, consideramos que nada de ello sería óbice para la adopción de esa posibilidad, que sería más eficaz y adecuada, dependiendo

⁹³⁸ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...*, p. 165; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p. 386; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 345

⁹³⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, parte geral...*, p. 441.

solo del grado de eficacia de la delación para atender a las finalidades del artículo 1.º, § 5.º, de la Ley 9.613/98, y 4.º de la Ley 12.850/13.

2.1.6. Objeto y requisitos

La Ley de blanqueo de capitales, al tratar de las metas de la delación de co-demandado, presenta un objetivo claro y definido en el artículo 1.º, § 5.º de la Ley 9.613/98: “colaborar voluntariamente con las autoridades, proporcionando informaciones que conduzcan a la investigación de las infracciones penales, a la identificación de los autores, coautores y partícipes, o a la ubicación de los bienes, derechos o valores objeto del delito”. Queda, sin embargo, por determinar la intensidad de la colaboración para definir cuál será el beneficio concedido por el juez.

La Ley 12.683/12 incorpora tres requisitos que pueden ser interpretados de forma aislada, sin que la Ley exija su acumulación para la obtención de los beneficios de la Ley, que puede llegar al perdón judicial. La alteración de la Ley modificó la antigua redacción, incorporando una *novatio legis in melius* que, por tanto, posee retroactividad (art. 5.XL CRFB). El texto original de la Ley 9.613/98 recogía requisitos parcialmente cumulativos, al prever “la investigación de infracciones penales y de su autoría o ubicación de bienes, derechos o valores objeto del crimen”. El requisito inicial es la investigación de infracciones penales, sin delimitar la Ley penal cuáles serían, es decir, si se trata de las infracciones penales antecedentes o solo del delito de blanqueo de capitales. La Ley penal dice “infracciones penales”, lo que conduce a la conclusión de que el legislador procuraba alcanzar la infracción anterior y el delito de la Ley 9.613/98⁹⁴⁰.

La autonomía del delito de blanqueo de capitales propagada por el artículo 2.º, I, de la Ley 9.613/98 genera una cuestión referente a los límites de incidencia de la delación, puesto que la eficacia de la colaboración quedará ligada a los hechos en que la misma se dio. Así, en caso de haber prestado delación premiada con relación a la infracción penal antecedente, sus efectos quedarán vinculados a ese hecho. En caso de haber actuado en el *iter criminis* de blanqueo

⁹⁴⁰ Así lo creen, correctamente: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, p. 162.

y de prestar delación premiada, sus efectos quedarán vinculados a ése⁹⁴¹, dependiendo la eficacia de la colaboración de la proyección de efectos para el delito antecedente, porque la Ley penal hace alusión a la posibilidad de extensión del beneficio a otras infracciones penales, conforme se recoge en la Ley 12.850/13.

El segundo requisito para la delación premiada es que la delación permita la identificación de autores, coautores y partícipes, conforme a una nueva redacción que modifica la sistemática anterior al incluir la conjunción aditiva “y” en sustitución a la conjunción alternativa “o”. Por tanto, la delación debe ser capaz de identificar reos desconocidos o confirmar la involucración de los ya conocidos⁹⁴², pero alcanzando al máximo de involucrados en su condición de autor, coautor o partícipe. *De lege ferenda*, lo mejor sería dejar la expresión “autor, coautor o partícipe”, condicionando la plena producción de los efectos en la eficiencia de la delación para el curso de la investigación penal. O sea, si el descubrimiento de la actuación de esta persona en el blanqueo de capitales es eficiente para dismantelar las estrategias de reciclaje del capital espurio, la delación será válida, independientemente de la calidad del identificado, el cual podría ser incluso un partícipe, dentro del concurso de agentes.

El último requisito habla del descubrimiento de “bienes, derechos o valores objeto del delito”. La Ley penal nada dice sobre qué delito, si es el antecedente o solamente el de blanqueo de activos; de modo que lo correcto es entender como tales solamente los resultantes del reciclaje de capitales. La disposición penal presenta un precepto alternativo, o sea, puede ser la ubicación de bienes, de valores o de derechos.

Bajo el prisma de la Ley anterior, Gomes entiende que la diferencia está en que el legislador ha utilizado la conjunción alternativa “o” (informaciones que conduzcan a la investigación de las infracciones penales y su autoría o a la ubicación de los bienes, valores y derechos). Según la Ley, para la obtención del premio basta la presencia de uno solo de ellos, aunque se reserva que sería mejor que el colaborador arrepentido delatase a los otros cómplices y el lugar

⁹⁴¹ *Ídem*.

⁹⁴² MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro: Anotações às disposições penais da Lei n.º 9.613/98...*, p.106.

donde se encuentren los bienes. Con la producción de los dos resultados hay mayor eficiencia y el colaborador será recompensado con premios de mayor repercusión, pudiendo llegar incluso hasta al perdón judicial⁹⁴³.

A nuestro entender, nos parece poco razonable el posicionamiento arriba expresado, aunque vuelva el instituto en una fórmula aritmética, o sea, el beneficio solo será concedido si hubiere *investigación de las infracciones y de su autoría o ubicación de los bienes, derechos o valores objeto del crimen o identificación de los autores, coautores o partícipes*, e incluso la fusión de ambos, con la indicación de autoría y materialidad, y eso posibilitara la presencia de una infracción penal. Lo ideal es dejar a criterio del juez la ponderación respecto de la relevancia e intensidad de la colaboración prestada por el coautor o partícipe, tanto como el análisis de su plausibilidad, veracidad y certeza dentro del contexto delictivo. Una de ellas sería suficiente para desencadenar las investigaciones con éxito, lo que podría conducir al perdón judicial, dependiendo del contenido y relevancia de la información, conforme a la máxima del Derecho penal “Donde la ley no distingue no debe el intérprete distinguir” en detrimento del delator⁹⁴⁴. Al respecto, señala Granzinoli atinadamente que no hay una fórmula para decidir cuándo aplicar los beneficios, siendo lo mejor dejar esa cuestión a cargo del juzgador, que evaluará factores como la gravedad del crimen, el número de autores, la magnitud de la lesión, los valores recuperados y el grado y efectividad

⁹⁴³ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...* p.344. Cfr. en la misma línea la afirmación de Costa Júnior, Queijo y Machado, en el sentido de que “solo es importante la espontaneidad y la productividad” (COSTA JR., Paulo José; QUEIJO, Maria Elisabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco...*, p. 189). En el mismo sentido: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas...* p. 178; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro: Anotações às disposições penais da Lei n.º 9.613/98...*, pp. 106-107; DE ALMEIDA MACHADO DELMANTO, Fábio; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. *Leis Penais Especiais...*, p. 506.

⁹⁴⁴ En este sentido, Palazzo trabaja también con sub-principios de Derecho penal, en especial la “taxatividad-determinación”, conforme a la que se requiere una certificación respecto de los límites de la incidencia del tipo penal, llegando a exigir una minuciosa descripción formal del injusto y, en algunos países, a prever expresamente la prohibición de la analogía *in malam partem* (PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado...*, p. 48). En la misma línea, para Luisi se revela la función de garantía del Derecho penal: “volviendo ciertos el delito y la pena, aseguran al ciudadano que solo por aquellos hechos previamente definidos como delictivos, y en aquellas penas previamente fijadas puede ser procesado y condenado” (LUI SI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais...*, p. 23). En igual sentido: REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal, parte geral*, vol. I..., p. 38.

de la colaboración, para a partir de ahí aplicar uno de los beneficios legales dentro de la regla de la proporcionalidad⁹⁴⁵.

Aunque ciertamente la ley no establece los requisitos para la calificación de la delación premiada, la doctrina sí presenta algunos. En concreto, Barros resalta cuatro aspectos: rendimiento del blanqueador o co-blanqueador o partícipe al colaborar con las autoridades; relevancia de las informaciones prestadas para la investigación de la autoría del delito o la ubicación de los bienes, valores o dinero provenientes del reciclado; grado de participación del delator en el delito; y gravedad de las consecuencias del delito de blanqueo⁹⁴⁶.

Según nuestro criterio, en los dos últimos aspectos el autor confunde la justificación del instituto con los requisitos necesarios para la concesión del beneplácito legal, hasta el punto de que las consecuencias político-criminales⁹⁴⁷ y económico-sociales del blanqueo de capitales ya han sido sopesadas por el legislador al elaborar la Ley de blanqueo, siendo redundante considerar algo que ya ha sido presupuesto por el legislador penal al tomar en consideración aspectos de economía y del Derecho penal económico.

⁹⁴⁵ GRANZINOLI, Cassio M. M. “A delação premiada”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp...*, p. 151. En igual sentido se posiciona Mendroni: “Evidentemente que solo aquellas informaciones indicativas de hechos concretos pueden ser merecedoras del beneficio previsto. En otras palabras, el co-autor o partícipe que indique nombres, conductas, fechas, lugares, o que presente documentos comprobatorios, etc., y esto llevara a la investigación de infracciones penales por sí practicadas y ligadas a quienes le son imputadas, estos sí podrán recibir el beneficio, cuyo análisis, todavía, pasará por el tamiz del Juez” (BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, p. 115).

⁹⁴⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas...*, p. 179.

⁹⁴⁷ Explica Carvalho: “Los criterios político-criminales, sin embargo, no se circunscriben a la categoría de la punibilidad. Operan también con carácter previo a la definición de la conducta delictiva –en la fase de elaboración legislativa–, tanto como en el momento de la imposición de la pena. Además, hay determinadas circunstancias –las condiciones de procedibilidad– que, a ejemplo de las condiciones de punibilidad, también tienen su fundamento en consideraciones político-criminales y no actúan sobre la magnitud del injusto culpable” (MENDES DE CARVALHO, Érika. *A Punibilidade e os fins da pena...*, p. 132). En la misma línea, tenemos el pensamiento de Díez Ripollés cuando trata de la racionalidad y la influencia en la fase preliminar del proceso legislativo (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais...*, pp. 85 y ss.).

2.1.7. La realización del testimonio de delación premiada, el momento procesal y la nueva Ley de lucha contra el crimen organizado (Ley 12.850/13)

Aunque la Ley de blanqueo de capitales presenta en su artículo 1.º, § 5.º, la posibilidad de la delación premiada, no describe qué “autoridades” han de recibir válidamente el testimonio de delación, algo que viene siendo recibido con disparidad de criterios.

Para Gomes, “autoridades” son el jefe de policía, el Ministerio Público y el juez, y agrega un etcétera⁹⁴⁸. Como el autor no aclara cuáles serían esas otras autoridades, podrían estar abarcados los demás órganos encargados del deber de vigilancia recogidos en la Ley de blanqueo de capitales, e investidos asimismo de la función de investigación, como el COAF, la Secretaría de Ingresos Federales o los órganos sujetos a las obligaciones del artículo 9.º de la Ley 9.613/98. Ante el lacónico posicionamiento del autor⁹⁴⁹, tenemos que, en el caso, pueden ser consideradas autoridades competentes todas aquellas que se relacionan con la investigación del delito de blanqueo de capitales; aunque, estrictamente por una cuestión de celo y seguridad jurídica, deberían ser las que cuidan específicamente de la persecución criminal⁹⁵⁰, y con más razón el Ministerio Público, buscando la homologación del propio juez de la causa, para evitar la quiebra del acuerdo⁹⁵¹

⁹⁴⁸ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* p. 344.

⁹⁴⁹ A nuestro entender, la idea de Gomes haría posibilitaría la delación premiada incluso para el querellante en acción penal privada subsidiaria de la pública.

⁹⁵⁰ Granzinoli puntualiza que solo las autoridades de la persecución sean dotadas de aptitud legal para su realización. Además aduce: “Ese acuerdo entre acusación y defensa, homologado por el juez, da más seguridad y garantía al reo, que no quedará sólo con una expectativa de derecho, que, sin el acuerdo, podría o no ser reconocido en la sentencia. En el caso de acuerdo homologado por el juez, este difícilmente dejará de cumplirlo si el reo y el M[inisterio] P[úblico] efectivamente cumplen su parte en el pacto” (GRANZINOLI, Cassio M. M. “A delação premiada”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp...*, pp. 156-157).

⁹⁵¹ Justificable, por tanto, es la idea de Jobim al señalar: “El problema –y quiero dirigirme a los jueces y promotores– se sitúa en una pregunta que me ha sido hecha hace algún tiempo en un Encuentro organizado por la Justicia Federal de Rio Grande do Sul, en Joinville-SC: ¿Cómo se realiza ese acuerdo? Entonces, ¿tenemos que labrar un término del proceso? Ahora bien, si vamos a labrar un término del proceso, no hay acuerdo, porque ningún bandido firma que está denunciando a alguien. Es necesario, pues, crear un mecanismo eficaz de entendimiento, porque existirá la siguiente situación: el bandido, reo, hace un acuerdo con el Ministerio Público y con el juez de la causa y colabora proporcionando las informaciones –nada por escrito, porque no se pretende que se registre por escrito ese tipo de negociación. La actividad policial produjo

Con relación al juez, en la doctrina hay cierta resistencia a que participe del acuerdo de delación premiada, porque el juzgador puede entender de forma diversa, sin vincularse necesariamente a los efectos jurídicos. Además, su presencia en la toma de declaraciones o su participación en las negociaciones pone en riesgo su imparcialidad⁹⁵². Según el mejor juicio, el testimonio de delación premiada debe ser materializado en los autos de la investigación o acción penal, conforme a petición del titular de la acción penal, el delator y sus defensores. Finalmente, se debe llevar el instrumento al juez criminal para conocer del hecho y proceder, si es el caso, a la homologación. En ese procedimiento hay un juicio preliminar hecho por los involucrados sobre su realización y contenido, y cuya realización simplemente delante de la autoridad policial o del *parquet* no conferiría seguridad y estabilidad a la relación jurídico-procesal, algo que sería temerario, en función de la independencia funcional que permea el Ministerio Público y el libre convencimiento del juez en la hipótesis de eventuales alteraciones del promotor o juez natural.

El juzgador, de hecho, no se encuentra vinculado al testimonio de delación premiada, pero el Ministerio Público y el juicio sí se encontrarían vinculados por la esencia del sistema procesal acusatorio, pues el juicio quedará vinculado a la opinión del órgano de acusación cuando estese pleitea por la absolución o por el reconocimiento de beneficios procesales al requerido. El fundamento es que en el proceso penal el titular de la acción penal es el Ministerio Público, por fuerza del artículo 129.I de la CFRB, que incluso basa la inconstitucionalidad del artículo 385 del Código de Proceso Penal, no pudiendo ir el juicio más allá del delimitado

resultado. Llegando al fin de la producción de los resultados, el juez de la causa es promovido para el Tribunal y el promotor es removido para otra comarca. Es evidente que los jueces que van a sustituir a ese juez tendrán de cumplir integralmente ese acuerdo, aunque no estén de acuerdo con él, bajo pena de echar todo por tierra, porque en esos tipos de situaciones lo que vale es la confianza en el sistema, y si hay un mínimo índice de desconfianza, no funciona. Los promotores de justicia deben ser los responsables de crear los mecanismos para que eso funcione. Introducida la negociación, se transfiere también al juez y al Ministerio Público otra función hasta entonces desconocida, la de agentes eficaces también en la lucha contra la criminalidad organizada y contra esos crímenes que atacan más directamente a la sociedad. Si el sistema judicial brasileño permanece en aquella posición de solamente ser el receptor de la noticia del delito y quien va a juzgarlo en los términos de la ley, sin la mínima participación en la lucha contra la criminalidad, tendremos un desastre, o por lo menos una ineficacia del sistema” (JOBIM, Nelson. “A Lei de Lavagem e seus aspectos”. En *Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. Revista CEJ*. n.º 17 [2003], p. 17).

⁹⁵² En ese sentido: BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais...*, pp. 162-163.

por ese órgano para condenar cuando este pide la absolución⁹⁵³ Así pues, si se pide la aplicación de la delación premiada, corresponde al Ministerio Público apuntar qué beneficio aplicaría el juzgador, pudiendo aplicar en ese caso el pleiteado o alguno más beneficioso para delator. La independencia funcional del

⁹⁵³ Lopes Júnior aclara la posición minoritaria, ahora adoptada, destacando lo siguiente: “El Ministerio Público es el titular de la pretensión acusatoria y, sin su pleno ejercicio, no se abre la posibilidad del Estado ejercer el *poder de sancionar*, dado que se trata de un poder condicionado. El poder punitivo estatal está condicionado a la invocación hecha por el MP a través del ejercicio de la pretensión acusatoria. Luego, la petición de absolución equivale al no ejercicio de la pretensión acusatoria, esto es, el acusador está abriendo la mano al proceder contra alguien. Por tanto, viola el sistema acusatorio constitucional la regla prevista en el art. 385 del CPP, que prevé la posibilidad del Juez de condenar, aunque el Ministerio Público pida la absolución. También representa una clara violación al Principio de la Necesidad del Proceso Penal, haciendo que la sanción no esté legitimada por la previa e integral acusación, o mejor aún, por el ejercicio de la pretensión acusatoria” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, pp. 1.083-1.084). Vid. asimismo RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. Atlas: São Paulo. 2012, p. 66. En la jurisprudencia favorablemente el voto vencido: “APELACIÓN CRIMINAL - USO DE DROGAS - VINCULACIÓN DEL JUZGADOR - INADMISIBILIDAD - INTELIGENCIA DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO DE PROCESO PENAL- RECURSO DESPROVEÍDO. 1.- El juez podrá proferir sentencia condenatoria en los crímenes de acción pública aunque el Ministerio Público haya opinado por la absolución. 2.- Recurso proveído. V.V. PETICIÓN DE ABSOLUCIÓN PRESENTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN ALEGACIONES FINALES - VINCULACIÓN DEL JUZGADOR - SISTEMA ACUSATORIO - ABSOLUCIÓN DECRETADA. I - Debe ser decretada la absolución cuando, en alegaciones finales del Ministerio Público, haya petición en ese sentido, pues, en este caso, habría ausencia de pretensión acusatoria a acogerse eventualmente por el juzgador. II - El sistema acusatorio se sustenta en el principio dialéctico que rige un proceso de sujetos cuyas funciones son absolutamente distintas, la de enjuiciamiento, de acusación y la de defensa. El juez, tercero imparcial, es inerte delante de la actuación acusatoria, además de que se aleja de la gestión de las pruebas, que está a cargo de las partes. El desarrollo de la jurisdicción depende de la actuación del acusador, que la invoca, y solo se produce validez delante de la actuación del defensor. III - Se afirma que, si el juez condena incluso ante la petición de absolución elaborada por el Ministerio Público en alegaciones finales, está seguramente actuando sin necesaria provocación, por tanto, confundiendo con la figura del acusador, y aun decidiendo sin el cumplimiento del contradictorio. IV - La vinculación del juzgador a la petición de absolución hecha en alegaciones finales por el Ministerio Público es resultante del sistema acusatorio, preservando la separación entre las funciones, mientras que la posibilidad de condena incluso ante el espacio vacío dejado por el acusador, caracteriza al juzgador inquisidor, cuyo convencimiento no está limitado por el contradictorio, al contrario, es decididamente parcial al punto de sustituir el órgano acusador, haciendo subsistir una pretensión abandonada por el Ministerio Público” (TJMG. Apelación Criminal n.º 1.0079.12.033201-4/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, juzgado en 13/08/2013). Contrariamente, adoptando la posición mayoritaria, no seguida por nosotros: PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4 ed. Atlas: São Paulo, 2012, p. 757. Asimismo merece ser expuesta la enseñanza de Nucci para fines de contraposición: “Del mismo modo que está el promotor libre para pedir la absolución, demostrando su convencimiento, fruto de su independencia funcional, no podría ser otra la postura del magistrado. Al fin, en el proceso penal, cuidamos de la acción penal pública desde los prismas de la obligatoriedad y de la indisponibilidad, no pudiendo el órgano acusatorio zafarse de ella, de modo que tampoco está predestinado el juez a absolver al reo, si las pruebas apuntan en sentido distinto. Además, por el principio del impulso oficial, desde la recepción de la pieza acusatoria, está el magistrado obligado a conducir el hecho a su deslinde, profiriéndose decisión de mérito” (SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. Atlas: São Paulo, 2011, p. 670). La jurisprudencia del STJ se orienta en ese sentido: STJ. HC 152.128/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6.ª Sala, juzgado en 21/02/2013.

juzgador y su imparcialidad no están amenazadas, porque este se encuentra lógicamente limitado por su función de juzgar dentro del sistema acusatorio que orienta el proceso penal.

Algunas cuestiones que no eran pacíficas pueden ser resueltas con la aplicación por analogía de preceptos de la Ley 12.850/13, puesto que la nueva Ley reglamentaba la elaboración de la colaboración premiada, a saber, la necesidad de requisitos subjetivos, la homologación judicial del testimonio, la actuación del juzgador en la adecuación del testimonio de colaboración⁹⁵⁴. Sin embargo, quienes restringen la delación premiada aumentan sus requisitos por analogía *in malam partem* que se aplica al delito de blanqueo de capitales, restringiendo en concreto los requisitos subjetivos del agente; limitando el beneficio en relación a agentes; prohibiendo la actuación de oficio del juez en la concesión del perdón judicial, cuya concesión depende de la petición del Ministerio Público o de la representación del Jefe de Policía; no previendo un *quantum* mínimo para la reducción de pena, aunque solo del máximo de hasta dos tercios; suspendiendo el curso de la prescripción penal por decisión⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ El artículo 4.º, *caput*, § 1.º y § 8.º a 11.º, de la Ley 12.850/13 dispone: “El juez podrá, a requerimiento de las partes, conceder el perdón judicial, reducir hasta en dos tercios (2/3) la pena privativa de libertad o sustituirla por restrictiva de derechos de aquel que haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación y con el proceso criminal, siempre que de esa colaboración provenga uno o más de los siguientes resultados: I - la identificación de los demás coautores y partícipes de la organización criminal y de las infracciones penales por ellos practicadas; II - la revelación de la estructura jerárquica y de la división de tareas de la organización criminal; III - la prevención de infracciones penales derivadas de las actividades de la organización criminal; IV - la recuperación total o parcial del producto o del provecho de las infracciones penales practicadas por la organización criminal; V - la localización de cualquier víctima, con su integridad física preservada. § 1.º En cualquier caso, la concesión del beneficio tendrá en cuenta la personalidad del colaborador, la naturaleza, las circunstancias, la gravedad y la repercusión social del hecho criminal y la eficacia de la colaboración. [...] § 8.º El juez podrá recusar la aprobación de la propuesta que no cumpla con los requisitos legales, o adecuarla al caso concreto. § 9.º Una vez aprobado el acuerdo, el colaborador podrá, siempre acompañado por su defensor, ser oído por el miembro del Ministerio Público o por el delegado de policía responsable de las investigaciones. § 10.º Las partes pueden retractarse de la propuesta, en cuyo caso las pruebas autoinculpatorias producidas por el colaborador no podrán ser utilizadas exclusivamente en su contra. § 11.º La sentencia apreciará los términos del acuerdo aprobado y su eficacia.”

⁹⁵⁵ El artículo 4.º, § 2.º a 7.º, de la Ley 12.850/13 prevé: “[...] § 2.º Considerando la relevancia de la colaboración prestada, el Ministerio Público, en cualquier momento, y el delegado de policía, en los autos de la investigación policial, con la manifestación del Ministerio Público, podrán pedir o solicitar al juez la concesión de perdón judicial al colaborador, aunque ese beneficio no haya sido previsto en la propuesta inicial, aplicándose, en lo que quepa, el art. 28 del Decreto-Ley n.º 3.689, de 3 de octubre de 1941 (Código de Proceso Penal). § 3.º El plazo para la presentación de cargos o procedimientos relativos al colaborador, podrá ser suspendido por hasta seis (6) meses, prorrogables por igual período, hasta que sean cumplidas las medidas de colaboración, suspendiéndose el respectivo plazo de prescripción. § 4.º En las mismas hipótesis del *caput*, el

Otro punto controvertido es el relativo al instante procesal en que se permite la realización de la delación premiada. Mendroni sugiere que las declaraciones sean realizadas, como máximo, hasta el instante del interrogatorio, para que no sirva de 'tabla de salvación' al acusado que esté para ser sentenciado, sin que por otra parte les dé tiempo a las autoridades para proceder a la investigación en el curso del proceso⁹⁵⁶. Por su lado, Gomes apunta que la delación puede ocurrir en cualquier instante de la persecución penal (inquisitiva, contradictoria o incluso ejecutiva), aunque la Ley no haya trazado ninguna limitación temporal; será posible, por tanto, incluso tras el paso de la condena por el juzgado, cuando se creará un incidente en la ejecución penal para la aplicación del beneficio legal⁹⁵⁷.

Según García Sánchez de Paz, en España la delación premiada es admitida, pero solo en relación al crimen organizado, incluso dentro de la ejecución penal, desde la progresión hasta la concesión de libertad condicional⁹⁵⁸.

Forzoso es concluir que la delación premiada puede darse en cualquier momento, dentro del proceso de conocimiento o en la ejecución penal⁹⁵⁹, una vez que, como antes se ha dicho, donde la ley no delimita lapsos temporales no puede venir el intérprete a crear marcos de delimitación para la aplicación del beneficio, que podrá ocasionar reducción en la pena a ser aplicada o un incidente

Ministerio Público podrá dejar de ofrecer denuncia si el colaborador: I - no es el líder de la organización criminal; II - es el primero en prestar efectiva colaboración en los términos de este artículo. § 5.º Si la colaboración fuese posterior a la sentencia, la pena podrá ser reducida hasta la mitad o será admitida la progresión de régimen, incluso estando ausentes los requisitos objetivos. § 6.º El juez no participará en las negociaciones entre las partes para la formalización del acuerdo de colaboración, que tendrá lugar entre el delegado de policía, el investigado y el defensor, con la manifestación del Ministerio Público, o, en su caso, entre el Ministerio Público y el investigado o acusado y su defensor. § 7.º Celebrado el acuerdo en la forma del § 6.º, el respectivo término, junto con las declaraciones del colaborador y copia de la investigación, será remitido para su aprobación al juez, quien deberá verificar su regularidad, legalidad y voluntariedad, pudiendo para este fin, en secreto, oír al colaborador, en presencia de su abogado.”

⁹⁵⁶ BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro...*, pp. 207-208.

⁹⁵⁷ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais...*, p. 345; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, p.134; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...*, p. 386.

⁹⁵⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, p. 25.

⁹⁵⁹ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p.164.

en el cumplimiento de la pena para evaluación del beneficio o incluso en sede de revisión criminal. En definitiva, el marco temporal final para la delación premiada en los delitos de blanqueo de capitales es el transcurso del plazo de prescripción para el blanqueo, o sea, los plazos prescritos de la pretensión punitiva o ejecutoria, en atención al caso en cuestión.

Aunque el acuerdo de delación pueda no beneficiar el delito de blanqueo de activos, podrá ser otorgado para el delito antecedente, con amparo en la Ley 9.807/99 y, específicamente, en el artículo 41 de la Ley de estupefacientes (Ley 11.343/06), alcanzando una reducción de pena cuyas consecuencias incidirán solo sobre dichos delitos, no sobrepasando los límites relativos al blanqueo de activos.

2.2. Perdón judicial

2.2.1. Concepto

El perdón judicial es una causa de extinción de la punibilidad que se encuentra presente en el artículo 120 del Código Penal y en otras disposiciones penales, con la diferencia de que en el Código Penal se fundamenta principalmente en razones humanitarias, mientras que en el resto lo hace en motivaciones político-criminales⁹⁶⁰.

En efecto, en las leyes penales especiales el perdón judicial se basa habitualmente en la regla de que el Estado, en un juicio eminentemente político-criminal, entiende que es más relevante evitar la impunidad de determinados delitos cuya investigación es compleja y difícil, debido a factores de extraterritorialidad y tecnología en la sociedad del riesgo. En este sentido, Blanco Cordero y Sánchez García de Paz exponen que la criminalidad moderna está interconectada con los procedimientos tecnológicos y la globalización económica, siendo esta última el factor que la ha influenciado de forma más importante en todo el mundo. Según estos autores, las grandes organizaciones criminales son muy hábiles en manipular tales factores a su favor, permeabilizando la economía y reduciendo las esferas de control nacionales y

⁹⁶⁰ MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e Delito...*, p. 186 y ss.

extranjeras⁹⁶¹, en una diligente observación de las reales relaciones entre crimen y economía.

El perdón judicial es claramente un instituto de política criminal⁹⁶², capaz por tanto, según nuestro posicionamiento, de influir en la punibilidad, y no en las categorías dogmáticas del crimen. La política criminal es extremadamente variable y fluida, relacionándose estrechamente con el momento en que actualmente está inserto el Estado como un todo, en su intento de conciliar las funciones desempeñadas por los tres poderes en cuanto a la materia penal y a la represión de la criminalidad.

El perdón judicial puede ser conceptuado como la no-aplicación de pena a un delito consumado⁹⁶³ (hecho típico, antijurídico y culpable), en consideración a determinadas circunstancias legales orientadas por motivos de política criminal. Es un derecho subjetivo del reo⁹⁶⁴ cuando se constata la presencia de determinados requisitos legales que autorizan su concesión. Al respecto, cabe preguntarse: ¿cómo concretar un derecho subjetivo del reo que responda a la discrecionalidad del juzgador, sin existir parámetros exactos para su concesión, frente a la conocida suspensión del proceso prevista en la Ley 9.099/95?

⁹⁶¹ BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Almagro, mayo de 1999*. Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 1999, p. 18.

⁹⁶² Teixeira de Azevedo explica que "el perdón judicial es una medida de política criminal por la que, reconocida la existencia de todos los supuestos de existencia del delito, y con fundamento en la prevención especial y general de los delitos, se considera extinguida la punibilidad del delito, para lo cual la pena se muestra innecesaria e inútil" (TEIXEIRA DE AZEVEDO, David. "A colaboração premiada num direito ético". *RT*, v. 89, n. 771. [ene. 2000], p. 449).

⁹⁶³ MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e Delito...* p. 187.

⁹⁶⁴ Este posicionamiento es prácticamente unánime en la doctrina. En este sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, vol. I...* p. 824; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1...* p. 881; DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO FILHO, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fábio de. *Código Penal comentado...* p. 170; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. parte geral...* p. 418; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral...* p. 643; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal...* p. 192; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral...* p. 705; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 28 ed. Saraiva: São Paulo. 2005. p.685; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*, vol. I. 29 ed. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 366; FABBRINI MIRABETE, Julio; FABBRINI MIRABETE, Renato. *Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP*. 24 ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 418.

En primer lugar, como dijimos antes sobre la delación premiada, la obtención del perdón judicial no es fruto de una operación matemática de los postulados legales, sino resultado del análisis de la relevancia de la información dentro del proceso penal y de su eficacia real para la obtención de los grados de autoría o materialidad o la ubicación de los bienes, derechos o valores objeto del delito. La aritmética puede ser utilizada como un criterio en la determinación de la concesión del perdón judicial, pero no puede ser radicalmente adoptada como única regla válida dentro del proceso. Téngase en cuenta que el contenido de las informaciones que conduzcan al descubrimiento de uno solo de los aspectos de la triple previsión legal puede ser suficiente para desbaratar a los demás elementos y, de ese modo, posibilitar la formulación de la justa causa para la acción penal y la recuperación de los activos provenientes del blanqueo de capitales.

Así pues, el perdón judicial no posee estándares sólidamente fijados. Es más, si los tuviese, el Derecho penal podría transformarse en instrumento de subversión y menosprecio de la dignidad de la persona humana; por eso la definición del perdón judicial se hace caso a caso, analizándose singularmente las informaciones y sus benéficas consecuencias para la persecución criminal, sin que se abra una brecha a una excesiva, y por tanto peligrosa discrecionalidad del juzgador.

2.2.2. Naturaleza jurídica

Actualmente no hay discrepancias en la doctrina especializada ni en la general en relación a que el instituto se caracterice como una causa de extinción de la punibilidad⁹⁶⁵, en los límites del artículo 1.º, § 5.º, de la Ley 9.613/98.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, en relación a la naturaleza jurídica de la sentencia que lo reconoce. En este caso, las divergencias responden a la diversa naturaleza jurídica de la sentencia que concede el perdón

⁹⁶⁵ Antiguamente algunos autores se inclinaban por el perdón judicial como una excusa absolutoria, puesto que había una exención de pena, pero con la propiedad de exclusión de la punibilidad. En esa línea: BRUNO, Aníbal *Direito Penal*, t. 3.º. 3 ed. Forense: Río de Janeiro, 1967, pp. 165-166; MUNHOZ NETTO, Alcides. *A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*. Forense: Río de Janeiro, 1978, p. 128.

judicial, pese a ser mayoritaria y corroborada por el sumario 18 del STJ la concepción de que se trata de una sentencia declaratoria de extinción de punibilidad⁹⁶⁶.

La doctrina específica sobre el tema suele guardar silencio al respecto, siendo pocos los autores⁹⁶⁷ que afrontan la materia. Una corriente cree que la concesión de perdón judicial posee naturaleza de sentencia condenatoria⁹⁶⁸, y sostiene que "si el perdón no es concedido, la sentencia será condenatoria, porque el presupuesto del perdón es la existencia de algo que perdonar. En consecuencia, la sentencia es condenatoria y solo deja de serlo por beneficio legal facultativo permitido por ley al Juez y dirigido al reo"⁹⁶⁹. Cabe decir que existe el reconocimiento de la existencia del delito y de los requisitos del perdón, pero que no hay condena. Hay aún otras líneas minoritarias de pensamiento: quienes defienden que se mantienen solo los efectos secundarios de la

⁹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume: 1...* p. 824; DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado...* p. 170; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. parte geral...* p. 418; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral...* p. 643; REALE Junior, Miguel. *Instituições de direito penal, vol I...* p.192; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1...*p. 881; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral...*, p. 705; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, volume 1: parte geral...* p. 685; ALMEIDA PEDROSO, Fernando de. "Perdão Judicial – Natureza Concessiva. Possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial". RT: São Paulo, vol. 708. 1994, p.279; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, parte geral...* p. 441.

⁹⁶⁷ SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...* p.135; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas...*p.178; SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98...* p.112.

⁹⁶⁸ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal, vol I...* p. 366; FABBRINI MIRABETE, Julio; FABBRINI MIRABETE, Renato. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral...*, p.418; MOURA TELES, Ney. *Direito penal: parte geral: arts. 1.º a 120, volume 1.* 2 ed. São Paulo: Atlas. 2006, p.493; COGAN, Arthur. "O perdão judicial". RT: São Paulo. v.63, n.465. jul. 1974, p.253.

⁹⁶⁹ FORTES BARBOSA, Marcelo. "Do perdão judicial". *Revista do Advogado*, n.º 35 (oct. 1991), p. 67.

sentencia condenatoria⁹⁷⁰; quienes defienden que la sentencia es absolutoria⁹⁷¹; y quienes creen que es constitutiva. Uno de estos últimos es Aguiar, que defiende que el perdón judicial es causa de extinción de la punibilidad, aunque entiende que depende de un juicio crítico para su concesión, frente a la sentencia declaratoria, que depende de un acto simple de reconocimiento que aleja diversos efectos de la sentencia⁹⁷². En el caso del perdón judicial, reconoce la

⁹⁷⁰ Guimarães dice: "...la condena del reo por el Juez impone, sin embargo sin pena, pero con incidencia de los demás efectos secundarios resultantes de la respectiva sentencia, que tiene, pues, naturaleza impropriamente condenatoria". Y se justifica del siguiente modo: "Es que el otorgamiento de perdón judicial, en la sistemática vigente, no prescinde de un presupuesto: la condena. Esta siempre debe ser pronunciada cuando la acusación sea juzgada procedente, a través del reconocimiento de la acción típica, antijurídica y culpable, exigible al reo. La eventual o facultativa supresión de la pena no hace desaparecer la reprobación de la conducta ilícita, a menos que la ley, por ficción jurídica, disponga en sentido contrario. Por la oportunidad, vale invocar la lección de Hungría (*Novas Questões Jurídicas Penais*, pág. 104), así manifestada: «la ilicitud penal de un hecho no deriva de la *sanctio*, sino del *preceptum* de la norma penal. Es en el precepto donde se encierra el juicio de reprobación que inspira al legislador de tal o cual hecho. El precepto es un *prius* en relación a la sanción: de suerte que, cuando, por una cuestión de necesidad u oportunidad (y no por el hecho en sí mismo), es suprimida, en el caso concreto, la sanción no elimina la ilicitud del hecho». La providencia de política criminal que justifica el perdón judicial se dirige a la abstención facultativa de aplicación de la pena, y no a la exención de condena. Esta es pronunciada, pero, por criterio de política criminal, no se cumple el inc. III del art. 387 del C.P.P., una vez que otra norma de derecho material posibilita la inaplicabilidad de la sanción apropiada. De la misma forma que existe sentencia impropriamente absolutoria, como aquella pronunciada en proceso, cuyo reo es considerado inimputable en los términos del art. 22 del Código Penal —es absuelto, pero con imposición de medida de seguridad, de acuerdo con el art. 386, párrafo único, del Código de Proceso Penal—, también aquella puede ser denominada de sentencia impropriamente condenatoria, pues no va acompañada de sanción, sino que sujeta al reo a todas las consecuencias secundarias de naturaleza penal. En la actual línea sistemática del Código, a pesar de declaratoria, la sentencia que consagra el beneficio en cuestión solo puede ser de condena, en atención, sobre todo, a la norma de derecho material, con la expresión «el Juez puede (o podrá) dejar de aplicar la pena», que conduce innegablemente a aquel resultado" (CHEMIM GUIMARÃES, Luiz. "O perdão judicial à luz da reforma penal de maio de 1977". *MP*, v. 11, n.º 10 [1983], p. 143). Por su lado, Gessinger dice: "La sentencia que dispensa la pena tiene los efectos normales de una sentencia condenatoria. Por eso, el nombre del reo irá a la nómina de los culpados y habrá pago de los gastos procesales" (GESSINGER, Ruy Armando. *Da dispensa da pena: perdão judicial*. Fabris: Porto Alegre, 1984, p. 77).

⁹⁷¹ García explica lo siguiente: "habiendo permiso legal para eximir de pena, a pesar de que estén comprobados el hecho delictivo y la responsabilidad del agente, lo que el juez hace es perdonarlo y ha de hacerlo en sentencia absolutoria, visto que nuestro derecho no concibió especialmente la sentencia de perdón judicial como modalidad autónoma" (GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. 3. Forense: Río de Janeiro, 1945, p. 527).

⁹⁷² Argumenta Aguiar: "Además de que la sentencia concesiva del beneficio no declara la extinción de la punibilidad (como si ese hecho ya hubiera ocurrido y la sentencia viniera solo a reconocerlo), sí que genera esa nueva situación, por lo que la tomamos como constitutiva. Además, tenemos la sentencia que aplica el perdón judicial como constitutiva de extinción de la punibilidad. No la consideramos meramente declaratoria, porque entendemos que depende de una actividad valorativa del juez. Al contrario de lo que pasa en las hipótesis de excusa

obligación de reparar el daño, pero también, con ello, la autoría, el nexo causal, la materialidad, el resultado; en fin, reconoce la práctica de infracción penal, dejando de aplicar la pena por consideraciones político-criminales.

En proceso penal, sabemos que es el dispositivo que vuelve cierto o no el derecho del Estado a aplicar la sanción penal contra el acusado, o que aleja la punibilidad de su conducta⁹⁷³. Tenemos, entonces, que la sentencia que reconoce el perdón judicial es declaratoria, puesto que, a pesar de reconocer autoría, nexo de causalidad, materialidad, además de alejar las excluyentes de ilicitud y de culpabilidad, no inserta en su dispositivo elemento alguno que condene el reo, limitándose a declarar extinta su punibilidad. En ese paso, como la sentencia nada dice acerca de condenar o absolver al reo, se tiene que las consideraciones sobre si la sentencia es condenatoria o absolutoria quedan superadas.

absolutoria, en que el juez se limita a analizar la realidad y, a partir de ella, eximir de pena al reo (siendo entonces la sentencia meramente declaratoria de una situación jurídica preexistente), ya nos posicionamos antes en el sentido de que en el perdón judicial el juez debe evaluar valorativamente todo un conjunto de circunstancias traídas en el interior del dispositivo que prevé la aplicabilidad del perdón judicial. De ahí que entendamos que la sentencia, al aplicar el perdón, estará originando –solo entonces y en ese punto– una nueva situación jurídica, como es la extinción de la punibilidad por el perdón judicial. Por tanto, esa sentencia es constitutiva de esa nueva situación jurídica; y la sentencia que aplica el perdón judicial debe ser clasificada como constitutiva. En efecto, ya que es la propia sentencia la que, consubstanciando la renuncia estatal al derecho de sancionar, generará la extinción de la punibilidad. Véase bien: la sentencia no se limita, como en otras hipótesis del art. 107 del Código Penal, a solo declarar una situación ya preexistente. Es ella misma la que constituye una nueva situación jurídica, efectivamente extinguiendo el derecho de sancionar. O sea, es la propia sentencia la que ocasionará el cambio del estado jurídico hasta entonces existente, en la medida en que consubstancia un acto por el cual el Estado renuncia, a través del juez, al derecho de punir” (ALMEIDA AGUIAR, Leonardo Augusto de. *Perdão Judicial*. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, pp. 245-247). Y prosigue: “De modo que la sentencia concesiva del perdón judicial: a) aleja la posibilidad de aplicación del precepto sancionador del tipo penal; b) no implica reincidencia; c) no prevalece a efectos de antecedentes criminales; d) aleja la eventual aplicación de medidas de seguridad; e) impide la inclusión del nombre del acusado en la nómina de los culpados (art. 393, II, del Código de Proceso Penal), así que solo la sentencia condenatoria tiene ese efecto; f) no implica en el pago de las costas por el perdonado; g) no ocasiona inelegibilidad electoral; h) no interrumpe el curso de la prescripción (art. 117, IV, del Código Penal), así que su naturaleza no es condenatoria” (*Ibidem*, pp. 249-250).

⁹⁷³ Según Oliveira, “el *mérito* de la acción penal informa respecto del contenido *material* de la pretensión punitiva, es decir: las razones por las cuales se espera la condenación del acusado y la correspondiente aplicación de las sanciones penales. Se habla de contenido *material* porque la materia en él contenida es de Derecho penal, y no procesal. Serían, pues, repetimos, las cuestiones relativas a la *existencia de un hecho* (la llamada *materialidad*), la identificación de su *autoría*, y el juicio de valor o de adecuación jurídico-penal que se realiza sobre aquel hecho...” (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...*, p. 515).

Declarar extinta la punibilidad nos adentra en el examen de los efectos de la condena; y, argumentando *ad maiorem et minus*, tenemos que, si la sentencia no es condenatoria, no puede hacer mención de los efectos de la condena, so pena de una contradicción que puede dar motivo a recurso. La sentencia tampoco puede ser constitutiva, aunque, a pesar de que el perdón judicial dependa de una actividad valorativa del juzgador, esa actividad es realizada cuando se fundamenta la sentencia, limitándose el dispositivo a declarar el derecho.

En otro sentido, admitir que la sentencia constitutiva reconoce efecto típico de la condena es desconsiderar los límites objetivos de la cosa juzgada en el proceso penal; y, aunque el juzgador reconozca el ilícito penal y renuncie a la punibilidad, este reconocimiento no integrará el dispositivo, de suerte que el autor tendría que entrar con una acción indemnizatoria para obtener la formulación del título ejecutivo civil, una vez que la ley habla de sentencia penal condenatoria (art. 475-N.II Código de Proceso Civil).

Al fin, cumple recordar que el perdón judicial es acto exclusivo del juez, aunque se refiera a la evaluación final de la punibilidad tras la de las pruebas, y únicamente en los casos recogidos en la Ley.

2.2.3. Prejudicialidad

El delito de blanqueo de capitales depende de un ilícito penal preexistente que se encuadre entre recogidos en el artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98, momento en el cual procuraremos presentar la integración entre el perdón judicial en el delito antecedente y sus eventuales consecuencias en el delito de blanqueo de activos, recordando que la cuestión relativa a la presencia en el delito organizado ya se analizó. Si se concede el perdón judicial en el crimen antecedente al delito de blanqueo de capitales, este aún persistirá, pues bastan la tipicidad y la ilicitud de la conducta, siendo irrelevante la culpabilidad o la punibilidad, aunque la ley cree que bastan indicios suficientes del delito (art. 2.º, § 1.º, Ley 9.613/98)⁹⁷⁴.

⁹⁷⁴ Afirma Barros: “Con esa bifurcación pretende el legislador emprender una forma más eficaz de lucha contra la macrocriminalidad, visto que su estructuración actual revela el fraccionamiento

En sentido contrario, hay una vertiente de la doctrina que defiende la demostración plena del delito antecedente de blanqueo de capitales, pues la ley no se contentaría solo con indicios del delito previo⁹⁷⁵. Conforme al artículo 2.º, § 1.º, de la Ley 9.613/98, el cual trata de los requisitos específicos de la denuncia por blanqueo de capitales, bastan los indicios suficientes de la existencia del delito antecedente. El legislador reafirma la adopción de la teoría de la accesoriedad limitada⁹⁷⁶ utilizada en el Código Penal, pues el ofrecimiento de denuncia no depende de la culpabilidad del autor del delito antecedente (exento de pena).

El delito antecedente, si es debidamente investigado, permite la concesión de perdón judicial, pero por los artículos 13 y 14 de la Ley 9.807/99, lo que no tiene consecuencias en el proceso penal de blanqueo o conduce como *conditio sine qua non* al perdón judicial automático por el blanqueo de capitales, pues hay relativa independencia en el área penal por causa de la accesoriedad limitada, dada la especialidad de las leyes penales, en vistas a evitar la eventual violación al juez natural y al libre convencimiento motivado (art. 93.IX Constitución Federal).

Igual suerte sufre el camino inverso, o sea, la concesión de perdón judicial en el delito de blanqueo de capitales no obstaculiza o vincula el juicio en que se investiga el delito antecedente, aunque haya cosa juzgada en el proceso que

de las conductas criminales ejecutadas en el ámbito del llamado crimen organizado. La irrelevancia de la conformación de la autoría del crimen antecedente, en cierto modo, no es novedad en nuestro sistema penal. Hay una disposición semejante que atiende a la sanción destinada al receptor. La receptación es punible, aunque sea desconocido o esté exento de pena el autor del crimen de que provino la cosa (art. 180, § 4.º CP). Así, receptación y 'blanqueo' configuran especies autónomas de enriquecimiento ilícito y de aprovechamiento de un crimen anterior, volviéndose lógica y necesaria la punición independiente del resultado de otro proceso criminal" (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas*. RT: São Paulo, 2004, p. 222). En el mismo sentido: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais...* p. 356; BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de dinheiro...*, p. 85; MORO, Sérgio Fernando. *O Processo Penal no crime de lavagem...*, p.120.

⁹⁷⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar no tipo nos crimes de lavagem de capitais*; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro...*, p. 98; SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma nova perspectiva penal...*, pp. 137-138.

⁹⁷⁶ Afirma Callegari: "Cualquier criterio utilizado para la verificación del delito previo, por tanto, debe tener en cuenta, en primer lugar, la existencia del delito antecedente (hecho típico y antijurídico) y, posteriormente, el conocimiento o no por parte del sujeto de la procedencia de los bienes (delitos taxativamente previstos en la Ley de Blanqueo)"; no obstante, más adelante defiende la necesidad de tránsito en juzgado de la sentencia para el delito antecedente, lo que es contradictorio (CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Capitais...*, pp. 98-99).

investigó el blanqueo de capitales. Tengamos en cuenta que el perdón judicial ha de evaluarse caso a caso, al tratarse de causa personal de exclusión de la pena, y aunque los requisitos de las Leyes 9.807/99 y 12.850/13 se diferencian de los de la Ley 9.613/98, nada impide que exista un acuerdo que alcance a todos los delitos, con amparo en la titularidad de que la acción penal sea del Ministerio Público.

3. DE LA ADECUACIÓN DE LAS PENAS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

El foco de la cuestión informa de la necesidad, en primer lugar, de la incriminación, y en segundo término, de evaluar si hay necesidad de sanción penal o si es suficiente la previsión de penas meramente administrativas.

La idoneidad de la pena para combatir la delincuencia consiste, de un lado, en guardar simetría con las exigencias de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la culpabilidad del autor; y de otro, en que esa represión consiga evitar que el autor se anime a alcanzar sus metas a través del acometimiento del delito. En este sentido, la pena de prisión para los delitos referentes al orden económico ha sufrido críticas, primero por no ser necesaria –pues el delincuente de cuello blanco no precisa ser reeducado o re-socializado–, y en segundo lugar porque, debido al *status* social del autor, no es útil precisar correctamente la proporcionalidad abstracta de la pena, en función de que aquél influye en el momento del proceso legislativo como también en la sentencia judicial.

Bajo Fernández, con base en Tiedemann, entiende que las penas privativas de libertad deben ser más cortas, pero también cumplirse íntegramente, pues en tales delitos no hay función re-socializadora, ya que el delincuente –por lo general, integrante de las capas más altas de la sociedad–, no necesita de eso, y las penas de multa se han revelado ineficaces⁹⁷⁷. Se deduce, por tanto, que posición de este autor español sería conforme con un segmento de la doctrina en el sistema europeo de Derecho penal, al contrario

⁹⁷⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La delincuencia económica: Un enfoque criminológico y político criminal”. En *Estudios Penales. Libro en Homenaje al Prof. J. Antón Onega*. Ediciones Universidad de Salamanca: Salamanca, 1982, pp. 612-614; TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, alemán y español)*. PPU: Barcelona, 1993, p. 274.

que en Brasil, donde las penas de escasa duración podrían surtir un efecto psicológico contrario en la sociedad, pues aumentarían la impunidad, no producirían el efecto pedagógico de reinserción de los valores violados en el individuo, proporcionarían la resocialización del individuo y cooperarían para la violación del bien jurídico tutelado⁹⁷⁸. Pese a todo, se nos figura correcta la lección de Tiedemann en cuanto al aumento del valor de las multas, que servirían como indemnización por el daño causado, sin perjuicio de eventual multa del poder de policía administrativo. Incluso ya comienza a considerarse esa tendencia legislativa en el proceso penal brasileño, con la reforma de la Ley 11.719/08, que permite al juez fijar el valor de indemnización a título de daños morales, cuando así se desprenda de la sentencia condenatoria conforme a los términos del artículo 387, IV, del Código de Proceso Penal.

En definitiva, en el orden judicial brasileño, las penas privativas de libertad en períodos largos y continuos se revelan más adecuadas, mientras que la adopción del régimen de penas corporales de corta duración puede surtir el efecto contrario, y mermar la fe en el bien jurídico tutelado por los crímenes de blanqueo de capitales, ya que, como dijo el profesor Bajo Fernández, el análisis de riesgo-provecho al que procediera el delincuente económico iría en detrimento de la necesidad de reforzar el valor del bien jurídico conllevado por la ley penal.

4. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y EL DELITO ANTECEDENTE

El principio de la proporcionalidad en el Derecho penal opera en varios sentidos, desde la producción de la ley y el arbitraje de las penas en abstracto

⁹⁷⁸ A pesar de eso, la idea no es unánime y encuentra resistencia: “Con relación a la duración mínima de la pena, científicamente se repudia el recurso a las penas privativas de libertad de corta duración, o sea, una detención mínima continuada por un período que no alcance un límite entre seis meses a dos años. La criminología ha demostrado que toda pena privativa de libertad de corta duración tiene efectos muy perniciosos. Fundamentalmente, *obstaculiza la reinserción social*. El criminal pierde su posición laboral y familiar, por lo que al recuperar la libertad suele verse impelido a continuar cometiendo crímenes. Incluso Von Lizst lideró iniciativas contra la pena privativa de libertad de corta duración considerando que produce perjuicios más graves que si se dejara al criminal impune” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; TERRA DE OLIVEIRA, William de; COUTO DE BRITO, Alexis. *Direito Penal brasileiro: parte geral. Princípios fundamentais e sistema*. RT: São Paulo, 2011, pp. 630-631).

hasta el momento de la real concreción y aplicación de la pena. Esto es así porque el principio en cuestión es inherente al sistema, al Estado constitucional social y democrático de Derecho, que tiene como norma suprema la Constitución Federal y sus principios, con la función de limitar el poder de punir del Estado⁹⁷⁹.

Bianchini menciona el fundamento de ligación del referido principio al explicar: “La importancia del principio de la proporcionalidad resulta del hecho de la gravedad de que la intervención penal tenga su variación vinculada al grado de dignidad del bien jurídico y de su afectación, haciendo nacer el binomio *merecimiento de pena/restricción de la libertad humana*”⁹⁸⁰.

En el aspecto legislativo⁹⁸¹, la proporcionalidad debe estar en razón del valor dado a una determinada conducta y su relación con otras conductas asimismo valoradas en razón del bien jurídico protegido y, también, del valor del resultado. Así, el legislador determina los límites mínimos y máximos de la pena, teniendo como referencia proporcional todos los otros delitos tipificados.

En consonancia con la aplicación del principio por los magistrados, se considera que su utilización es necesaria y legitimadora de la intervención penal justa y que debe ser sopesada en todos los momentos de la determinación de la pena-base y de la aplicación de las atenuantes o calificadoras. En el caso de la delación premiada, en lo que se refiere a disminuir la pena de uno a dos tercios, la proporcionalidad será vector principal en esta determinación. Una indagación que la doctrina especializada no hace, puesto que se limita a establecer la pena aplicada al hecho y el tipo de acción penal, sin cuestionarse si las penas para

⁹⁷⁹ Gama de Magalhães Gomes menciona: “Característica del pensamiento de Beccaria es la intención de no tratar el «derecho de punir» bajo la óptica de la legitimidad del Estado para imponer sanciones criminales, puesto que esta reside en la propia existencia del contrato social y en la institución del Estado, sino enfocar el problema de los límites dentro de los cuales ese poder puede ser legítimamente ejercido” (GAMA DE MAGALHÃES GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. RT: São Paulo, 2003, p. 48). En este sentido, Feldens expone: “En lo que concierne al campo del Derecho Penal, parece haber partido justamente de Beccaria la construcción filosófica más aproximada a la noción que hoy prestamos al principio de la proporcionalidad, muy especialmente acerca de una de sus más evidentes: el *juicio de necesidad*” (FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 158).

⁹⁸⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. RT: São Paulo, 2002, p. 85.

⁹⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais...*, pp. 27 y ss.

estos tipos de delito atienden a sus fines y si fijan la retribución y prevenciones anheladas.

Esta discusión se hace en cuanto a la aplicación de penas restrictivas de libertad a todos los delitos considerados como “de cuello blanco”. Además, respecto del principio de la proporcionalidad en la elaboración de las penas aplicables a este delito, conviene indagar si el margen de tres a diez años es proporcional a la gravedad del injusto. Pensamos que el legislador, con este margen, quiso de antemano eliminar la posibilidad de que tal crimen fuese juzgado por el Tribunal Especial Criminal y sus institutos despenalizadores. Cabría también discutir en este plan cuál es el delito principal y el accesorio: ¿sería el blanqueo de dinero el delito principal o accesorio en relación a los delitos recogidos en el artículo 1.º y sus incisos?

En verdad, creemos que existe una hipótesis interesante en el aspecto de la retroalimentación⁹⁸², aunque tanto los delitos antecedentes como el blanqueo son piezas indisociables de un sistema de criminalidad organizada. Así, entendemos que hay cuestiones de alta complejidad, toda vez que las penas de reclusión de la Ley de blanqueo son más pesadas, en promedio, que algunas infracciones penales antecedentes, como en la tipología prevista en los delitos contra el sistema financiero nacional (Ley 7.492/86: reclusión de dos a seis años); y en otros casos, más blandas, como el delito antecedente primordial, el tráfico de sustancias estupefacientes (Ley 11.343/06: reclusión de cinco a quince años).

Ni todo delito es apto para configurar el delito de blanqueo de capitales: delitos de importancia irrelevante –como desacato, desobediencia, resistencia y otros– pueden solo generar concurso de delitos con enjuiciamiento conjunto por reglas de conexión del artículo 70 del Código de Proceso Penal, pero no caracterizarse como delitos de la Ley 9.613/98. No obstante, y de modo interesante, existen otros de aún menor gravedad, como la contravención penal del ‘*jogo do bicho*’, cuyo capital, sin embargo, es ampliamente utilizado para fines de blanqueo. Por su lado, Maia recuerda que la Ley de tóxicos original implicaba

⁹⁸² LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Problemática del crimen organizado y lavado de dinero en el Mercosur”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay*, n.º 13 (ene.-jun. 1998), p. 23.

pena para los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, que fue repetida en la Ley de blanqueo de capitales, o sea, reclusión de tres a diez años y multa⁹⁸³.

Entendemos que la pena por delito de blanqueo de capitales podría ser aumentada sin dañar el principio de proporcionalidad, máxime porque el primordial objetivo de la Ley es la lucha contra el blanqueo de capitales provenientes, en primer lugar, del tráfico ilícito de estupefacientes⁹⁸⁴ y de los delitos contra el sistema financiero, y complementariamente de otras infracciones penales antecedentes. De esta manera, la pena podría quedar en un nivel medio entre las penas mínima y máxima de esas infracciones penales, de suerte que la pena en los delitos de blanqueo de capitales podría quedar, *de lege ferenda*, entre cuatro y doce años, tal cual el tipo penal *antiriciclaggio* del artículo 648 *bis* del Código Penal italiano. Algo que se justifica incluso por respeto a la idea de la retroalimentación⁹⁸⁵ del sistema jurídico-penal entre blanqueo de capitales y delito de tráfico de drogas ilícitas como forma de dosificar proporcionalmente el desvalor de la acción, del resultado y de la protección del bien jurídico, incluso con otras figuras penales muy adoptadas para la captación de recursos para el blanqueo –por ejemplo, el homicidio calificado por la paga, hurto, robo, extorsión, extorsión mediante secuestro, tráfico internacional de personas para fines de adopción ilegal, tráfico de personas para fines de explotación sexual, comercio ilegal de armas, delitos electorales, crimen organizado, etc⁹⁸⁶.

Maia entiende que “la autonomía y la intensa lesividad social del delito estudiado, en nuestra opinión, justifican plenamente el exacerbamiento de su

⁹⁸³ Maia se muestra críticamente contrario al ítem 37 de la Exposición de Motivos de la Ley 9.613/98, por no ser el tráfico de estupefacientes el único delito antecedente (MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro: Anotações às disposições penais da Lei n.º 9.613/98...*, pp. 93-94). Observamos que la Ley antidrogas modificó las penas de los tipos penales, con considerable agravamiento en los límites de la sanción. El delito de tráfico de estupefacientes del artículo 33 de la Ley 11.343/06, por ejemplo, elevó su pena para reclusión de cinco a quince años.

⁹⁸⁴ BROCHU, Serge; ZAMBRANA, Claudia. “Globalización económica y drogas”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 19 (dic. 2005), p. 13.

⁹⁸⁵ En ese tono, Brochu y Zambrana reconocen que entre los delitos antecedentes, especialmente el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y el blanqueo de capitales, hay una cadena que se auto-alimenta (*Ibidem*, pp. 16-17).

⁹⁸⁶ Según la legislación penal brasileña, los tipos penales arriba mencionados implican penas de reclusión que varían entre un año (hurto y corrupción electoral) y treinta años (homicidio y latrocinio).

punición, pero no eliminan su carácter accesorio. Consecuentemente, no hay como justificar una sanción completamente desproporcional a la que se conmina para determinados crímenes antecedentes”⁹⁸⁷.

En ese sentido, conviene recordar que concordamos con la pena más elevada, pero discordamos de esa posición por no vislumbrar el blanqueo como delito accesorio. Por otro lado, no hay que pensar en una ‘neo-retribución’ cuando, independientemente de los niveles temporales, existe señaladamente la posibilidad de aplicación de penas alternativas para quienes presten su colaboración a la justicia, preservando además la prevención especial que orienta esa causa de reducción de pena o extinción de la punibilidad.

Dejó, sin embargo, el legislador de usar la proporcionalidad y parámetros superiores para la medida de la pena de multa, aunque se trate de crimen contra el orden económico. Es lo que se hizo en la Ley 7.492/86 (Ley de delitos contra el sistema financiero nacional), que, en su artículo 33 autorizó al juez, de acuerdo con la gravedad y proporcionalidad del delito, a aumentar la pena de multa hasta el décuplo, mientras el Código Penal, en su artículo 44, coloca el límite en cinco veces.

Hay quienes cuestionan la necesidad de aplicar la pena de multa contra esa criminalidad económica; y, en ese sentido, Bajo Fernández explica que “también la pena de multa sufre críticas por la posibilidad de capitalización de la infracción o deber de hacer soportar sobre el delito un precio de venta”; y remata afirmando que “el sistema de los días-multa no está demostrando su eficacia”⁹⁸⁸. De hecho, la razón asiste al profesor español, pues tal medida es inocua a los fines de prevención general y especial, principalmente para con vistas a reinsertar el valor de los bienes jurídicos en el orden económico y la administración de la justicia, pues la pena pecuniaria se vuelve inservible y actúa de hecho como factor de estímulo para enfrentarse a la ley, porque se vuelve ventajoso asumir los riesgos de la actividad. Además, en vistas a la ilicitud, y de modo general, para el Derecho es más válido utilizar los instrumentos civiles para

⁹⁸⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 94. En igual sentido: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas*..., p. 153.

⁹⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La delincuencia económica: Un enfoque criminológico y político criminal”..., pp. 613 y 614, respectivamente.

intentar aminorar los daños materiales y morales, sirviéndose de la reparación en acción civil pública conforme a los límites del artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor, e incluso de las penas administrativas del artículo 9.º de la Ley 9.613/98 resultantes del Derecho administrativo sancionador, con la reserva de que estas últimas solamente son aplicables a los sujetos delineados en dicha Ley, y no a todos los involucrados en las etapas del blanqueo de activos. Tenemos, así pues, que se adopta un criterio diferenciado y más severo para penalizar pecuniariamente los delitos de blanqueo de capitales, al tratarse de delitos que operan con gran cantidad de activos financieros cuyos autores generalmente son detentores de riqueza⁹⁸⁹. Sin embargo, con respecto a los principios penales fundamentales, o se extirpan de hecho las sanciones pecuniarias de esa modalidad delictiva realizan una reformulación de la pena de multa en los delitos socioeconómicos.

Por otro lado, la Ley de blanqueo de capitales traza como sanción administrativa en su artículo 12.º las sanciones pecuniarias aplicables a las personas sujetas a los deberes de sus artículos 9.º y 10.º, y que pueden llegar al aporte de veinte millones de reales (R\$ 20.000.000,00), mientras que, de acuerdo con los criterios del artículo 49 del Código Penal, se admiten como máximo el total de cinco mil cuatrocientos reales (R\$ 5.400,00), lo que da margen a cuestionamientos por la falta de proporcionalidad del legislador⁹⁹⁰. De hecho, hay una gran desproporción en el sistema de sanciones pecuniarias en el plan administrativo y penal en la Ley 9.613/98. Además, se debe tener en cuenta que dicha sanción pecuniaria solamente será aplicable a los agentes que cometan el delito de blanqueo de capitales con voluntad y conciencia de realizar el tipo penal aliado a la transgresión del deber jurídico de evitar el resultado por fuerza de ley (arts. 9.º, 10 y 11) o de acto normativo que determine tal actuación, ocasionando las sanciones del artículo 12 de la Ley 9.613/98.

Aunque la crítica a la excesiva gravedad de la sanción administrativa merece ser atendida, el Derecho brasileño consagra la regla de la independencia y separación de las instancias penal y administrativa en lo que atañe a la

⁹⁸⁹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas...*, p. 156.

⁹⁹⁰ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p.153.

conminación de sanciones y análisis del hecho, salvo algunos puntos en caso de que la cosa juzgada penalmente pueda proyectar efectos en la senda administrativa. Es cierto que, con vistas a mitigar los efectos severos de la conminación de sanción administrativa y penal, el juzgador podría no hacerlo con la pena de multa, en caso de conminación de la sanción administrativa de multa pecuniaria, porque en el área administrativa, en especial con su pago, consigue cumplir las finalidades de la pena de acuerdo con la parte final del artículo 59 del Código Penal, que dice que la proporcionalidad de la pena se basa en lo que sea “necesario y suficiente para la prevención y reprobación del crimen”.

La punibilidad está permeada de elementos de política criminal, y no nos parece adecuado decir que la pena pecuniaria conminada en el Derecho penal en ese instante reajustará el deber de lealtad al Derecho a través del respeto al bien jurídico quebrado con la práctica del delito, cuando haya multa conminada en valor elevado en el área administrativa. Sin embargo, el posicionamiento es minoritario y no existiría óbice para que el juzgador conmine la pena de multa⁹⁹¹ junto con la sanción administrativa; pero en ese caso entendemos que debería ser arbitrada en el mínimo legal.

5. EFECTOS DE LA CONDENA

Inicialmente conviene recordar que el artículo 7.º de la Ley 9.613/98 presenta los efectos de la condena en los delitos de blanqueo de capitales que por expresa previsión legal no son excluyentes de las disposiciones recogidas en la legislación que rige las sanciones penales, el Código Penal.

Bajo Fernández explica, en crítica pertinente, el cuidado que se debe tener en seleccionar las penas, pues junto con la pena privativa de libertad y multa se debe considerar la aplicación de otras sanciones, como la prohibición de ejercer una función. Reconoce este autor, por tanto, que el papel de prevención general de esas sanciones detenta especial eficacia, sin que se deba ignorar que la finalidad preventiva es escasa, pues muchas de esas actividades

⁹⁹¹ Afirma Dotti que “la individualización de la pena de multa debe tener como base la necesidad y la suficiencia, y como objetivos la reprobación y la prevención del crimen” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...*, p. 638).

dependerían de un previo aumento de requisitos para la concesión de autorizaciones administrativas⁹⁹².

Entendemos que la sistemática penal-económica que aborda el blanqueo de activos ha presentado de forma satisfactoria los preceptos relativos a los fines de la pena al tratar de los efectos de la condena. Y así, ha atendido a la necesidad de prevención prevista en la teoría de la pena, tratando de la prevención general al retratar la hipótesis de pérdida de los bienes, valores y derechos; sin descuidar por otro lado la prevención especial, mencionando expresamente la interdicción para el ejercicio de cargo o función pública de cualquier naturaleza –director, miembro de consejo de administración o gerencia en las actividades previstas en el artículo 9.º de la Ley 9.613/98. De tal modo, consecuencia expresa de este precepto es la posibilidad de la pérdida, en favor de la Unión, de los instrumentos del crimen [art. 91.II.a) CP], a salvo la preservación de los derechos de terceros de buena fe, para que se evite enriquecimiento sin origen por parte del ente federado⁹⁹³.

5.1. Pérdida de los bienes, derechos y valores provenientes del delito

El referido artículo señala, como efecto de la condena por blanqueo de capitales, “la pérdida en favor de la Unión, reservado el derecho del lesionado o de tercero de buena fe”, de los bienes, derechos y valores objeto del delito previsto en la Ley.

La Ley de blanqueo de capitales presenta en su artículo 7.º, I, un precepto que retrata la pérdida de bienes, derechos o valores relacionados directa o indirectamente con la práctica de los delitos de blanqueo, incluso los utilizados para el pago de fianza, reservado el derecho del lesionado o del tercero de buena fe. La Ley penal especial se diferencia de lo previsto en el artículo 91 del Código Penal, que habla de la obligación de indemnizar por el daño causado formando título ejecutivo judicial comprobable mediante liquidación de sentencia, frente a

⁹⁹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La delincuencia económica: Un enfoque criminológico y político criminal”..., p. 613.

⁹⁹³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis correlatas...*, pp. 258-259.

la condena en valor líquido del artículo 387 del Código de Proceso Penal⁹⁹⁴; y dispone sobre “la pérdida en favor de la Unión, reservado el derecho del lesionado o de tercero de buena fe”, de los instrumentos del delito –siempre que su posesión constituya hecho ilícito–, así como del producto o provecho del delito.

Señala con razón la doctrina que en el blanqueo de capitales la pérdida incide no solamente sobre aquello que se gana con el blanqueo, sino también sobre el capital resultante de la infracción antecedente⁹⁹⁵, una vez comprobada indiciariamente la materialidad de la infracción anterior. En relación con la mezcla de bienes, uniéndose el capital ilícito con otros de origen lícito, hay quienes sostienen que solo el capital de origen ilegal es objeto de pérdida⁹⁹⁶, restando el de fuente válida incólume, al que no le afecta la pérdida como efecto de la condena. A nuestro entender, la razón asiste a esta línea de pensamiento, en vistas a evitar una distorsión del principio de la individualización de la pena y a ocasionar un enriquecimiento sin causa en favor del ente federado beneficiado con la pérdida.

La Ley penal apunta: “directamente o indirectamente obtenidos en la infracción penal anterior”, lo que abarca el procedimiento de obtención inmediata del bien, valor o derecho resultante de delito o contravención penal y su sucesiva transformación dentro de la economía, lo cual abarca igualmente el lucro, asimismo ilícito conforme a las recomendaciones del GAFI (Recomendación 3) y a las normativas internacionales sobre el tema, como las Convenciones de Viena (art. 5.1) y de Palermo (art. 12.1 y 3).

En relación con los derechos de lesionados o terceros de buena fe, los bienes, valores o derechos provenientes de la infracción penal anterior serán

⁹⁹⁴ En este punto conviene aclarar que el artículo 387 del Código de Proceso Penal autoriza el juez a fijar un valor mínimo a indemnizar la víctima por el delito. El juez depende de la petición del Ministerio Público en la acción penal pública, o del querellante en la acción penal privada, y esa fijación no impide que posteriormente en el juicio civil sea aforada una nueva acción indemnizatoria por daños materiales o morales individuales o difusos, dependiendo del grado de afectación de la conducta en la sociedad y del delito perpetrado. El valor fijado en el campo penal será descontado del valor que se fije en el campo civil, siendo igualmente esa suma independiente de eventual sanción administrativa resultante del poder de policía administrativo.

⁹⁹⁵ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...*, p.170.

⁹⁹⁶ *Ídem*.

debidamente devueltos a las víctimas mediante procedimiento de restitución de cosa aprehendida descrita en la legislación adjetiva penal. Y en relación con los derechos de los terceros de buena fe que adquieran bienes, valores o derechos resultantes de procedimiento de reciclaje de activos, desconociendo su origen espurio, sus negocios jurídicos serán analizados desde el prisma de la existencia, nulidad y anulabilidad del Código Civil en cuanto a la preservación de esos derechos.

Hay, por fin, una última cuestión acerca de que la pérdida de los bienes, valores o derechos se dé en favor de la Unión, según la vigencia de la antigua letra de la Ley. A propósito de esto, se sugeriría *de lege ferenda* que tales bienes queden en poder de la Justicia que procesa el delito de blanqueo de capitales⁹⁹⁷, idea que se considera pertinente. Tales bienes podrían usarse como soporte de los costes de la Justicia, los cuales muy frecuentemente son elevados, debido a la necesidad de practicar actos de investigación e instrucción en la persecución penal fuera de Brasil. Es de notar, además, que no todos los procesos por blanqueo de capitales se tramitan en la Justicia Federal que pertenece a la Unión, sino solo aquellos cuya infracción penal antecedente sea de su competencia, por fuerza constitucional del artículo 109.IV de la CFRB, en concordancia con el artículo 2.III.b) de la Ley 9.613/98, mientras que los demás delitos de blanqueo de capitales son juzgados por la Justicia estatal. La idea encontró fuerza con los legisladores que alteraron la Ley de blanqueo de capitales y también entre aquellos que vislumbran la administración de la justicia como bien jurídico por causa de la previsión del artículo 7.I de la Ley 9.613/98, incluido por la modificación promovida por la Ley 12.683/12, que apunta que el bien, valor o derecho perdido será destinado al ente federado que juzga el hecho desde que comprobada indiciariamente a materialidade da infração anterior.

⁹⁹⁷ RAMAZZINI BECHARA, Fábio; JESUS, Damásio de; SECHIERI, Murilo; ROSA, Márcio Fernando Elias; KÜMPEL, Vitor Frederico; CUNHA CHIMENTI, Ricardo. *Estudos sobre a Reforma da lei de Lavagem de Dinheiro e o Anteprojeto de lei de alteração da Lei de Ação Civil Pública*. Damásio de Jesus: São Paulo, 2007, p. 41.

5.2. Interdicción del ejercicio de cargo o función pública

El artículo 7.º, II, de la Ley 9.613/98 apunta como efecto de la condena “la interdicción del ejercicio de cargo o función pública de cualquier naturaleza y de director, miembro del consejo de administración o de gestión de las personas jurídicas a que se refiere el art. 9.º, por el doble del tiempo de la pena privativa de libertad aplicada”.

Debemos comenzar por delimitar la naturaleza jurídica, pues hay penalistas brasileños que sustentan que en verdad se trata de una pena efectiva con puntos de similitud con el artículo 47.I y II del Código Penal, que atiende a la interdicción del ejercicio de algunas actividades por cierto tiempo⁹⁹⁸, mientras que otros sostienen que sería efecto de la condena⁹⁹⁹.

La argumentación referente a la semejanza entre ambas disposiciones es pertinente, pero la Ley penal no hizo alusión a que fuese pena prevista como precepto secundario en el tipo penal ni a cualquier posibilidad de sustitución, como se da en la dicción del artículo 44 del Código Penal; por tanto, debemos pensar que es un efecto de la condena, y no pena en sí.

La cuestión que surge en este punto peculiar de los efectos de la condena se resume en la posibilidad o no de acumulación de la interdicción del ejercicio con la efectiva pérdida del cargo, función pública o cargo público electo. La interdicción del ejercicio de cargo o función pública por el lapso temporal del doble de la pena privativa de libertad constituye, para un sector de la doctrina, una ley penal más benéfica, comparada con la previsión genérica del Código Penal, que indica la pérdida definitiva del cargo o función pública. Configura, por

⁹⁹⁸ BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p.171. Sosteniendo que se trata de sanción secundaria: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem. Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...*, pp. 139-141.

⁹⁹⁹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis correlatas...* p. 283; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...* p.100; FELIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade...*p.192; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*p.165.

tanto, *lex mitior* que sobrelleva la aplicación del artículo 7.º, II, de la Ley 9.613/98, en detrimento del artículo 92.I del Código Penal¹⁰⁰⁰.

En otra línea, la interdicción para el ejercicio de cargo o función pública tiene sus efectos extendidos al futuro, y no se confunde con la pérdida de cargos eventualmente ocupados, la cual está prevista en el artículo 92.I del Código Penal, lo que permite la acumulabilidad. La expresión “cargo o función pública” utilizada en la legislación que rige el blanqueo de capitales debe ser interpretada según las orientaciones trazadas por el artículo 327 del Código Penal, y abarca las funciones del Estado¹⁰⁰¹. Otra corriente defiende que prepondera la Ley de blanqueo de capitales sobre la previsión de la Parte general del Código Penal, subrayando que, en el caso de blanqueo de capitales practicado por “quien detenta cargo o función pública, habrá la incidencia del efecto de la condena previsto en la Ley de blanqueo, prohibiéndose *ad aeternum* el ejercicio del cargo o función ocupados al tiempo del delito, tanto como el ejercicio de nueva actividad de esa naturaleza por el doble del tiempo de la condena”¹⁰⁰².

En primer lugar, conviene hacer la reserva de que el artículo 327 del Código Penal no incide integralmente en la Ley de blanqueo de capitales, pues su artículo 7.º no atiende estrictamente al empleo público, sino que menciona únicamente “cargo o función pública”. No se trata de una situación jurídica que admita la interpretación extensiva¹⁰⁰³, pues es evidente que para su presencia sería necesaria la existencia de una cláusula que admitiese tal interpretación de la disposición legal, mientras el precepto del artículo 7.º es cerrado en cuanto al encuadramiento jurídico-administrativo de los servidores públicos que quiso contemplar, y que se completa de forma cerrada en el artículo 9.º del mismo texto legal.

Se opta aquí por la segunda corriente, ya que la pérdida es definitiva y la interdicción es temporal. Sus efectos son *pro futuro* y se fundamentan en razones

¹⁰⁰⁰ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas correlatas...*, p. 283; MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 99; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 165.

¹⁰⁰¹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98...*, pp. 140 y ss.

¹⁰⁰² FELIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade...*, p. 197.

¹⁰⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais Especiais*, vol. I..., p. 429.

emanadas de ambas teorías sobre las finalidades de la pena¹⁰⁰⁴, pues con la pérdida del cargo o función pública se atiende a la prevención general, y con la interdicción se cumple el postulado de prevención especial, una vez que con aquella justamente se sanciona determinada conducta, a la vez que la segunda tiene un fin pedagógico, al retirar de la titularidad del cargo a determinadas personas que, valiéndose de él, blanquearon activos.

En relación con ambos fines de la pena, debe perseguirse alejar del mercado económico y de operaciones financieras a personas que indebidamente operaron y se valieron de estas facilidades para llevar a cabo el blanqueo de activos. De esta manera, la pena detenta la proporcionalidad¹⁰⁰⁵, en razón de una de las facetas del bien jurídico orden socioeconómico expuesto a riesgo de lesión, a saber: el orden socioeconómico y la libertad de competencia. Además, la pérdida del cargo es doblemente compatible, pues se conjuga con lo establecido en el artículo 7.º de la Ley 9.613/98. Pérdida e interdicción encierran significados y consecuencias diferentes, siendo uno definitivo y el otro temporal, y no se confunden de modo que puedan llevar a la conclusión de que se está ante una ley penal más o menos gravosa, aunque se está, eso sí, ante leyes penales con contenidos diversificados e inconfundibles, lo que impide cualquier alegación de *bis in idem*.

¹⁰⁰⁴ Acerca de las teorías de los fines de la pena, cfr. en detalle: PRADO, Luiz Regis. "Teoria da pena: Breves considerações". *Revista da Associação dos Professores de Ciências Penais*. Vol. 0 (2004), pp. 149 y ss.

¹⁰⁰⁵ Díez Ripollés explica que "el primero de ellos sería el de proporcionalidad: según este principio, que carece de consideraciones utilitarias, la existencia y entidad de la pena debe reflejar la presencia e importancia de afectación al bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor. Mediante su respeto se garantiza la coherencia de la pena con los condicionantes de sus primeros fundamentos. Un segundo principio, el teleológico, estaría constituido por lo que corrientemente se denominan los fines de la pena. A través de su configuración, estrictamente utilitaria, se determinan los efectos socio-personales que se quieren lograr con la pena. Cada uno de éstos se legitimará a la medida en que sean necesarios para cumplimentar las decisiones político-criminales que fundamentan la pena; a saber, deben coadyuvar de modo directo a la protección de bienes jurídicos, han de guardar relación con las necesidades de control social a satisfacer con la intervención penal y, en estrecha relación con lo anterior, deben prestar la debida consideración a la mayor o menor proximidad de la persona afectada de algún modo con la pena, a su posible responsabilidad por la lesión o el riesgo de bienes jurídicos" (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena". En *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* [Coords.: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adam Nieto Martín]. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2001, pp. 153-154). Gómez Iniesta destaca que el principio de la proporcionalidad reaparece como limitador de la discrecionalidad que pueda hacer resentir a las sanciones penales y para poner freno a la discrecionalidad que pueda malherir la legalidad penal (GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 99).

Por otro lado, hay igual simetría con principios constitucionales que rigen la Administración Pública –tales como impersonalidad, moralidad y eficiencia–, en la línea de rechazar a un servidor del Estado que se sirvió de las facilidades que tenía para el blanqueo de activos, y que sería merecedor de una mayor reprensión, al haber provocado un grave riesgo de afectar al buen funcionamiento de la maquinaria administrativa, además de la potencial configuración del acto como de improbidad administrativa (artículos 9.º, 10 y 11 de la Ley 8.429/92).

Otra cuestión en la que hay desacuerdo es la necesidad o no de fundamentar el acto de resolución de la interdicción del ejercicio de cargo o función pública. Quienes creen que la fundamentación es necesaria argumentan que, frente a la previsión del inciso I del texto legal que comentamos, quedaría afectada la “libertad del condenado en lo que toca a su actividad laboral”¹⁰⁰⁶ en el ejercicio de profesión; así, entiende este posicionamiento que la aplicación debe ser debidamente respaldada en los hechos del proceso, así como en el derecho incidente. Otra corriente dispensa de la argumentación en el acto decisorio, pues, aunque ese efecto “es automático y no precisa ser proclamado en la decisión condenatoria”¹⁰⁰⁷, se aparta naturalmente de la decisión que condena por blanqueo de capitales, cuya Ley dispensa la motivación, al contrario que la previsión del artículo 92, I, del Código Penal.

Así, se entiende que la pérdida de la función o cargo público debe ser debidamente fundamentada, pues no hay decisión judicial que carezca de la regular demostración del raciocinio jurídico y subsunción fáctica en un Estado democrático y social de Derecho. Por otro lado, además, se considera que, si según el Código Penal hay necesidad de motivar la sentencia¹⁰⁰⁸, no se

¹⁰⁰⁶ MOUGENOT BONFIM, Edilson; MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro...* p. 100; BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012...* p. 171; DELMANTO, Roberto; DELMANTO FILHO, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fábio de. *Leis Penais Especiais...* p. 582. A idéia alinhavada pelo último autor é coerente com sua linha de pensar em relação ao previsto no artigo 92, I, Código Penal (DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO FILHO, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fábio de. *Código Penal comentado...*, p. 173.

¹⁰⁰⁷ SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais Especiais*, vol I..., p. 429.

¹⁰⁰⁸ En ese sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I..., p. 781; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, parte geral...*, p. 421; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. I..., p. 844; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal, parte geral*, vol. II..., p. 153; DOTTE, René Ariel. *Curso de Direito Penal, parte geral...*, p.

justificaría el hecho de que, conforme a la ley especial, cuya sistemática es similar, se declinara el deber de indicar las razones de la decisión judicial. Además, las explícitas relaciones entre las funciones de la pena y el delito de blanqueo de capitales apoyan lo adecuado de disponer tal argumentación para válidamente aplicar ese efecto de la condena.

La pérdida del cargo o función no es automática, sino que debe existir una unión entre el blanqueo y el aprovechamiento del uso del órgano público para esa finalidad¹⁰⁰⁹, so pena de desconsiderar la magnitud de la culpabilidad del agente conforme a la proporcionalidad de la pena, siendo el plazo de duración del doble de la pena privativa de libertad establecida. *De lege ferenda*, lo ideal sería que esa interdicción fuera por tiempo indeterminado, como efecto de la condena, evitando así que los condenados nuevamente lograran actuar en esas posiciones de privilegio en el sector económico-financiero o en el poder público, a la vista de que hicieron mal uso de esa posición de relevancia para el Estado y para la vitalidad de la economía. No ha lugar a replicar que tal posicionamiento sería inconstitucional por violar la prohibición de las penas perpetuas existente en la Constitución Federal, puesto que el Código Penal ya contempla efectos de la condena que se proyectan al futuro tras el cumplimiento de la pena, como en el caso de la pérdida del poder familiar en los crímenes contra la familia y la pérdida de los bienes y/o confiscación, ambas ubicadas en el artículo 92 del Código Penal.

Como cuestión final en lo relativo a la interdicción para el ejercicio de cargo o función pública, tenemos la referida prohibición de extenderse o no a terceros, alcanzando actividades y funciones que, aunque no figuren en la nómina del artículo 9.º de dicha Ley, se hayan utilizado para escamotear activos ilícitos¹⁰¹⁰. En ese caso, la aplicación de una eventual penalidad vendría dada

647. Analizando la Ley 9.613/98: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*..., p. 140.

¹⁰⁰⁹ Del Carpio Delgado dice que, “a pesar de que no se prevé la imposición de la inhabilitación especial cuando los hechos se realicen aprovechando el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, entendemos que solo debe ser aplicable en cuanto esto suceda y que no baste solamente que se lleven a cabo en el ejercicio de estas” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales*..., p. 397).

¹⁰¹⁰ Conviene destacar la pertinente idea de Aránguez Sánchez, que señala la necesidad de contener el ejercicio de profesiones que potencialmente tengan la capacidad de blanquear fondos y que no estén expresamente contenidas en la ley española, específicamente en el artículo 303 del Código Penal español, por ejemplo, abogados y asesores fiscales (ÁRANGUEZ

por las disposiciones de los respectivos reglamentos éticos profesionales, así como por el artículo 47, II, del Código Penal, aunque con la reserva de que su aplicación se limita a los niveles mínimos que permean los tipos penales incriminadores de la Ley penal. Con tal limitación, se permitiría su aplicación a gran escala solo mediante una alteración legislativa, lo que sería deseable, pues se prestaría a establecer una limitación en el uso indebido de los oficios para finalidades ilícitas que desacompasan y desarreglan la sociedad.

5.3. Pérdida de cargo público electo

Con referencia quien ostente la condición de cargo público electo y que constitucionalmente acumule funciones conforme al artículo 37, XVI, se debate acerca de la posibilidad de incidir en la medida de pérdida del cargo electo del artículo 92, I, del Código Penal, conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 7.º, II, de la Ley 9.613/98¹⁰¹¹.

La Ley 9.613/98 trata específicamente de la pérdida de cargo o función pública y nada dice en relación al cargo electo, y de ahí que se entienda que la Ley de blanqueo de capitales nada disciplinó sobre la materia. Estaríamos entonces ante la aplicación de las reglas previstas en el Código Penal, cuyo artículo 92 presenta como consecuencia de la condena la pérdida de cargo público electo, y ello porque la Ley de blanqueo de activos apunta expresamente la locución “además de los previstos en el Código Penal”, lo que permite la posibilidad jurídica de acumulación de las sanciones.

Con referencia al Presidente de la República, este solamente podrá ser procesado durante la vigencia de su mandato por actos practicados en el ejercicio de sus funciones (art. 86, § 4.º, CRFB). Con relación a los actos ajenos al ejercicio de las funciones, anteriores o no, se da la suspensión provisoria del proceso y de la prescripción penal. Con referencia a los actos practicados en el

SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 305). En la misma línea: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 397.

¹⁰¹¹Barros admite esa hipótesis al comentar que “aún es preciso destacar que los demás efectos no conflictivos con la ley especial pueden ser también determinados por el juez (ejemplo: pérdida del cargo público electo), dado que la aplicación de los efectos de la condena previstos en el Código Penal fue expresamente ratificada por la Ley de Blanqueo” (BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas...*, p. 283).

ejercicio de la función o en razón de él (*in officio* o *propter officium*), es necesaria autorización previa de la Cámara de los Diputados para el inicio del proceso ante el STF [art. 102.I.b) CRFB]¹⁰¹².

Acerca de la pérdida del cargo público electo por parte de parlamentarios, hay que sopesar si resultaría automáticamente de la decisión judicial, con amparo en el artículo 15, III, de la Magna Ley brasileña, en concordancia con el artículo 92, I, a), del Código Penal; o si ha de procederse a una votación en sede parlamentaria, conforme al artículo 55, VI, y § 2.º, de la Constitución Federal. La pérdida o suspensión de los derechos políticos es efecto automático de la sentencia condenatoria firme, y no depende de motivación judicial *ex vi legis* del artículo 15, III, de la Constitución Federal, que no se confunde, en teoría, con el precepto en cuestión, que es especial solo con relación a diputados federales y senadores¹⁰¹³, dependiendo de lo previsto en la Constitución de los Estados miembros para alcanzar a los diputados estatales, y no aplicable a concejales.

Así pues, conviene analizar la hipótesis desde el prisma de la otra disposición constitucional. El artículo 55, VI, de la CRFB dice que es causa de pérdida del cargo público electo la condena penal en sentencia firme; sin embargo, dispone el párrafo segundo que habrá votación en la sede a que pertenezca el parlamentario, que podrá perder el cargo mediante voto secreto de mayoría absoluta de la respectiva sede, a iniciativa de la Mesa o partido político representado en el Congreso Nacional, garantizada una amplia defensa¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional...* p.928/929.

¹⁰¹³ OLIVEIRA STOCO, Leandro de; SOBRAL, Ricardo Miguel. "Perda de Mandato parlamentar por condenação criminal. Análise à luz do «julgamento do mensalão»". *RT*, n.º 933. RT: São Paulo. (jul. 2013), pp. 289-291.

¹⁰¹⁴ Entre los constitucionalistas la posición mayoritaria defiende la validez de la disposición: NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. Método: São Paulo, 2008, p. 545; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...*, p. 465; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo...*, p. 541. Mendes, Coelho y Branco destacan que "la pérdida del mandato debe ser votada en sede parlamentaria en los casos comprendidos en los incisos I, II (falta de decoro) y VI (sentencia criminal firme) del art. 55 de la CF. En los casos de extinción del mandato (III - ausencia, IV - pérdida o suspensión de los derechos políticos, y V - por decreto de la Justicia Electoral) hay solo la declaración del acontecimiento por la Mesa" (MENDES, Gilmar Ferreria; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 903).

Una corriente sostiene que, “a partir de la ratificación del parlamentario, y mientras esté en el ejercicio de la respectiva función pública, la pérdida del cargo depende de una decisión política de sus pares en ese sentido”¹⁰¹⁵, por lo que estamos, por tanto, ante un acto constitutivo¹⁰¹⁶. Se intenta asegurar la independencia de los poderes, el libre ejercicio de las funciones legislativas, toda vez que han sido elegidos por el pueblo. Abundando en esa línea, se considera que la adopción de posturas que vayan más allá del texto constitucional, procurando buscar la voluntad popular, “parece inadecuado cuando ocasiona la restricción de derechos, especialmente en el ámbito de los procesos penales, adjuntos al principio de la estricta legalidad (constitucionalidad)”¹⁰¹⁷. Además, añaden el hecho de que el artículo 92, I, del Código Penal no fue adoptado por la CRFB respecto de los parlamentarios federales y estatales, lo que hubiera motivado la mera repetición del precepto; así pues, en sede parlamentaria puede quedar impune de sanción legal, en caso de disentir de la decisión del Poder judicial¹⁰¹⁸. Por fin, el artículo 15, III, del texto constitucional es regla general por delante del precepto del artículo 55, VI, § 2.º, de la Carta Magna, lo que aleja la automaticidad de la pérdida del cargo¹⁰¹⁹.

Debemos apuntar aquí que, en su sentencia de la Acción Penal 470/MG, el STF estableció una distinción entre derechos políticos positivos, derechos políticos negativos y el ejercicio de cargo público electo, aseverando que es posible la pérdida de los derechos políticos sin la automática pérdida del cargo

¹⁰¹⁵ OLIVEIRA STOCO, Leandro de; SOBRAL, Ricardo Miguel. “Perda de Mandato parlamentar por condenação criminal...”, p. 290.

¹⁰¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo...*, p. 541.

¹⁰¹⁷ GASPAR NEISSER, Fernando. “A Constituição que se tem e a Constituição que se quer: A perda do mandato de Deputados Federais por decisão criminal transitada em julgado”. *RT*, n.º 933. *RT*: São Paulo. (jul. 2013), p. 182.

¹⁰¹⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito; ALBUQUERQUE CERQUEIRA, Camila. *Direito Eleitoral Esquematizado*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 884.

¹⁰¹⁹ En la sentencia de la AP 470/MG, la Ministra Rosa Maria Weber destacó que, “no obstante, pese a las buenas razones –*de constitutione ferenda*– que cuestionan aspectos de los regímenes de inviolabilidad parlamentaria e instan su restricción o abolición, presentes tales disciplinas en la Constitución brasileña, no cabe al Supremo Tribunal Federal interpretarla como si no los contemplaran. Es ampliamente reconocido por la teoría política contemporánea que las prerrogativas parlamentarias no configuran un derecho cuya finalidad sea la protección de los propios parlamentarios, y sí de la representación popular por ellos ejercida” (STF, AP470/MG, voto de la Min. Rosa Maria Weber, p. 1.444). En su voto, prosigue sosteniendo que la prerrogativa parlamentaria busca asegurar la independencia del Poder legislativo frente a los demás Poderes de la República.

público electo, que no se confunde con aquellos¹⁰²⁰. La sentencia concluía sosteniendo que el artículo 92, I, del Código Penal no puede ser la guía interpretativa para someter a la Constitución de la República, sino al contrario, y que, en los casos de improbidad administrativa, la voluntad política del constituyente está libre de ataduras, por ser obra del poder constituyente originario¹⁰²¹.

El acto de encomendar la decisión de pérdida del cargo al Poder legislativo no es una providencia adecuada. Es evidente que existe un notable riesgo de impunidad, por razón de la desobediencia a lo decidido por la Corte constitucional brasileña¹⁰²² conforme a razones políticas que pueden

¹⁰²⁰ Prosigue la Ministra Rosa Maria Weber: “El art. 15, *caput*, prohíbe la casación de derechos políticos, previendo la hipótesis solo para su pérdida o suspensión. El art. 55, § 2.º, a su vez, prevé claramente un procedimiento para la casación de cargos de Diputados y Senadores. Si la Constitución prohíbe la casación de derechos políticos y, al mismo tiempo, prevé procedimiento específico para la casación de cargo parlamentario, la conclusión forzosa es que el cargo no se confunde con el derecho político que lo fundamenta. Se trata, esto sí, de un desdoblamiento del derecho político del ciudadano que, proponiéndose como candidato, sea eventualmente elegido. La Constitución diferencia, así, los derechos políticos del ciudadano –elegir y ser elegido, objeto del art. 15– de las prerrogativas del miembro del Poder Legislativo relativas al ejercicio del cargo por él ostentado, sobre las cuales incide el art. 55. En efecto, el ejercicio del cargo, comprendido como situación jurídica, no se confunde con el ejercicio de un derecho político individual. Los derechos políticos son los tratados en el art. 14 de la Constitución Federal, como son la capacidad electoral activa –derecho de votar, de elegir– y la elegibilidad –derecho de concurrir a cargos políticos, ser votado, ser elegido” (STF, AP 470/MG, Voto de la Min. Rosa Maria Weber, p. 1.454).

¹⁰²¹ El Ministro Ricardo Levandowski puntualizó que el Poder judicial es guardián de la Constitución, y no revisor del texto constitucional para corregir sus errores, debiendo ese poder evitar impresiones subjetivas al texto constitucional (STF, AP470/MG, Rel. Min. Ricardo Levandowski, pp. 8.157-8.158).

¹⁰²² Apuntó el Ministro Celso de Mello que “la extrema gravedad de la conducta de desobediencia que viene de ser anunciada me lleva a pergeñar las presentes consideraciones, así que se impone preservar la necesaria armonía en el *convívio* institucional entre el Judicial y el Legislativo, por no revelarse posible, en plena vigencia del Estado Democrático de Derecho, que una autoridad tan cualificada pueda incumplir, ‘*tout court*’, una decisión inapelable del Supremo Tribunal Federal. El ejercicio pleno de los derechos políticos actúa como presupuesto legitimador de la investidura y de la preservación de cargos parlamentarios, de tal modo que la condena penal firme, sin embargo insuficiente, por sí sola, para generar el decreto de pérdida del cargo legislativo de miembros del Congreso Nacional, opera, sin embargo, como hecho motivador de la privación de la ciudadanía, que traduce, en los términos del propio estatuto constitucional, causa extintiva de ese mismo cargo representativo, así que nadie, en nuestro sistema de Derecho positivo, puede titularizar función pública electiva si es despojado de la posesión plena del ‘*status activae civitatis*’. No es por otra razón que la propia Constitución de la República define «el pleno ejercicio de los derechos políticos» como inalienable condición de elegibilidad (CF, art. 14, § 3.º, II). Es importante señalar, de ese modo, Señor Presidente, considerado lo que disponen las reglas inscritas en el art. 15, inciso III, en el art. 55, inciso IV, y en el § 3.º del art. 55, todos de la Constitución, que la suspensión de derechos políticos (entre ellos, la prerrogativa de ejercer o de investirse en cargo público electo) se califica, como resultante de expresa definición constitucional, como causa de extinción del cargo parlamentario (CF, art. 55, IV), susceptible, particularmente en la hipótesis de condena penal firme (CF, art. 15, III), de declaración por la propia Mesa de la Sede Legislativa respectiva (la Mesa de la Cámara de los Diputados, en el

preponderar sobre las jurídicas y que, según el STF, condicionarían la sentencia judicial a la voluntad del Legislativo¹⁰²³.

caso), observado, en consecuencia, tal como ha sido destacado por el eminente Relator, el postulado de la reserva de Parlamento (CF, art. 55, § 3.º)” (STF, Voto en la AP 470/MG, Rel. Min. Celso de Mello, pp. 8.335-8.337).

¹⁰²³ El Supremo Tribunal Federal entendió otra cosa al defender: “PÉRDIDA DEL CARGO PÚBLICO ELECTO. COMPETENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y FUNCIONES. EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. CONDENACIÓN DE LOS REOS QUE OSTENTAN CARGO PÚBLICO ELECTO POR LA PRÁCTICA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PENA APLICADA EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERTINENTE. 1. El Supremo Tribunal Federal recibió del Poder Constituyente originario la competencia para procesar y juzgar a los parlamentarios federales acusados de la práctica de infracciones penales comunes. Como consecuencia, es al Supremo Tribunal Federal al que compete la aplicación de las penas recogidas en ley, en caso de condena. La pérdida del cargo público electo es una pena accesoria de la pena principal (privativa de libertad o restrictiva de derechos), y debe ser decretada por el órgano que ejerce la función jurisdiccional, como uno de los efectos de la condena, cuando se cumplen los correspondientes requisitos legales. 2. Frente a la Carta otorgada de 1969, en los términos de la cual las hipótesis de pérdida o suspensión de derechos políticos deberían ser disciplinadas por Ley Complementaria (art. 149, § 3.º), lo que atribuía eficacia contenida a la mencionada disposición constitucional, la actual Constitución estableció los casos de pérdida o suspensión de los derechos políticos en norma de eficacia plena (art. 15, III). En consecuencia, el condenado penalmente, por decisión firme, tiene sus derechos políticos suspensos por el tiempo que duren los efectos de la condena. 3. La previsión contenida en el artículo 92, I y II, del Código Penal, es consecuencia directa de lo dispuesto en el art. 15, III, de la Constitución Federal. Así, una vez condenado penalmente un demandado que ostenta cargo público electo, cabrá al Poder Judicial decidir, en definitiva, sobre la pérdida del cargo. No cabe al Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisión condenatoria criminal, emanada del Poder Judicial, dispuesta en detrimento de miembro del Congreso Nacional. La Constitución no somete la decisión del Poder Judicial a la complementación por acto de cualquier otro órgano o Poder de la República. No hay sentencia jurisdiccional cuya legitimidad o eficacia esté condicionada a la aprobación por los órganos del Poder Político. La sentencia condenatoria no es la revelación del parecer de unas de las proyecciones del poder estatal, sino la manifestación integral y completa de la instancia constitucionalmente competente para sancionar, con carácter definitivo, las acciones típicas, antijurídicas y culpables. Entendimiento que se extrae del artículo 15, III, combinado con el artículo 55, IV, § 3.º, ambos de la Constitución de la República. Alejada la incidencia del § 2.º del art. 55 de la Ley Mayor, cuando la pérdida del cargo parlamentario es decretada por el Poder Judicial, como uno de los efectos de la condena penal firme. Al Poder Legislativo cabe, sólo, dar fiel ejecución a la decisión de la Justicia y declarar la pérdida del mandato, en la forma preconizada en la decisión jurisdiccional. 4. Repugna a nuestra Constitución el ejercicio del cargo parlamentario cuando recaiga sobre su titular, la reprobación penal definitiva del Estado, suspendiéndole el ejercicio de derechos políticos y decretándole la pérdida del cargo público electo. La pérdida de los derechos políticos es «consecuencia de la existencia de la cosa juzgada». Consecuentemente, no cabe al Poder Legislativo «otra conducta sino la declaración de la extinción del mandato» (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusión de orden ético consolidada a partir de precedentes del Supremo Tribunal Federal y extraída de la Constitución Federal y de las leyes que rigen el ejercicio del poder político-representativo, al dotar de lógica y sustancia material la decisión en el sentido de decretar la pérdida de cargo público electo. Conclusión que también se construye a partir de la lógica sistemática de la Constitución, que enuncia la ciudadanía, la capacidad para el ejercicio de derechos políticos y el pleno llenado de las condiciones de elegibilidad como presupuestos sucesivos para la participación completa en la formación de la voluntad y en la conducción de la vida política del Estado. 5. En el caso, los demandados parlamentarios fueron condenados por la práctica, entre otros, de delitos contra la Administración Pública. Conducta jurídicamente incompatible con los deberes inherentes al cargo. Circunstancias que imponen la pérdida del cargo como medida adecuada, necesaria y proporcional. 6. Decretada la suspensión de los derechos políticos de todos los demandados, en los términos del art. 15, III, de la Constitución

Por otro lado, otra corriente sostiene que el acto del Poder legislativo debe limitarse a declarar la pérdida del cargo público electo, y que la producción de ese efecto es típica del Derecho penal, sin que nada tenga que ver con razones de Derecho electoral. La aplicabilidad de la disposición del artículo 55, § 2.º, de la CRFB se limitaría a las hipótesis en que no se decreta la pérdida del cargo por el Poder judicial; por el contrario, cuando este la decreta, no habría discrecionalidad, conforme a una interpretación sistemática de la Constitución que consagra la ciudadanía, la elegibilidad y la capacidad para el ejercicio de los derechos políticos

Por otro lado, otra corriente sostiene que el acto del Poder legislativo debe limitarse a declarar la pérdida del cargo público electo, y que la producción de ese efecto es típica del Derecho penal, sin que nada tenga que ver con razones de Derecho electoral. La aplicabilidad de la disposición del artículo 55, § 2.º, de la CRFB se limitaría a las hipótesis en que no se decreta la pérdida del cargo por el Poder judicial; por el contrario, cuando este la decreta, no habría discrecionalidad, conforme a una interpretación sistemática de la Constitución que consagra la ciudadanía, la elegibilidad y la capacidad para el ejercicio de los derechos políticos¹⁰²⁴. La única hipótesis en que sería posible que el Legislativo interviniera es autorizándose la apertura de la acción penal; rebasado ese marco,

Federal. Unánime. 7. Decretada, por mayoría, la pérdida de los mandatos de los reos titulares de cargo público electo” (STF, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, pp. 20-22).

¹⁰²⁴ En el voto del Ministro Joaquim Barbosa encontramos los elementos que siguen: “La previsión cualificada, contenida en el inciso VI, se justifica, a mi sentir, en las hipótesis en que la sentencia condenatoria no haya decretado la pérdida del mandato por el parlamentario, sea porque no estén presentes los requisitos legales para tanto (art. 92 del Código Penal), sea por haber sido decretada antes de la expedición del diploma electoral, teniéndose operada la firmeza solamente en momento posterior. Me parece evidente que no hay posibilidad de transigencia o de descalificación de la condena penal firme. La Constitución contempla como único momento en que es posible al Poder Legislativo interferir en la actividad jurisdiccional la instauración de la acción penal, hipótesis en que el órgano legislativo puede interrumpir la acción penal (artículo 53, § 3.º, de la Constitución de la República). En tal situación, la Sede Legislativa puede evaluar si la condena criminal es suficientemente grave hasta el punto de impedir el ejercicio del cargo público electo. En esa situación, sería examinado si la pena impuesta y el transcurso del lapso temporal, que midió el pronunciamiento de la sentencia y su inmutabilidad, serían suficientes para descalificar la idoneidad del condenado para el ejercicio del cargo electo. Y aquí, en esta hipótesis, en que la situación jurídica personal del condenado se altera entre dos momentos procesales distintos (pasa a detentar cargo público electo después de pronunciada la condena y antes de la firmeza), habrá necesariamente una laguna, de orden constitucional, en la sentencia condenatoria. Es natural que, tratándose de un parlamentario, cuyo estatuto básico se encuentra en la Constitución, el órgano legislativo en el cual el condenado podrá venir a tener asiento pueda venir a pronunciarse sobre el vacío constitucional creado por fuerza de circunstancias fortuitas” (STF, AP 470/MG, Min. Joaquim Barbosa, pp. 8.038 y ss.).

ese Poder tiene que atender lo determinado por el Supremo Tribunal Federal, so pena de adoptar una solución ilegítima desde el prisma constitucional, además de colocar en jaque a la alta Corte constitucional de Brasil, que es guardiana de la Constitución de la República. Por tanto, el acto de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal es meramente declaratorio¹⁰²⁵.

Se une a ello la idea de que, si en la conducta de improbidad administrativa no se somete la sentencia al tamiz del Poder legislativo, y si entre los ilícitos de la Ley 8.429/92 encontramos diversos elementos de los delitos contra la Administración Pública cuya pena es superior a cuatro (4) años, se generaría la incidencia del artículo 92 del Código Penal; y, por fin, que hay una incompatibilidad al admitirse el ejercicio del cargo por el parlamentario que no posee derechos políticos¹⁰²⁶, además de dirimir el conflicto entre el artículo 15,

¹⁰²⁵ Fundamentó el Ministro Joaquim Barbosa lo siguiente: “La Constitución ya ha fijado la instancia definidora del juicio de certeza sobre la condena penal. Reexaminarlo es poner en juego la autoridad del Poder Judicial y, en particular, la de este Supremo Tribunal Federal. Más grave: solución diversa ocasionaría distinción sin fundamento y despreería la República. En síntesis, si la sentencia criminal condenatoria de Diputado Federal o Senador es decretada por el Supremo Tribunal Federal tras la promulgación, la pérdida del cargo ocurre en los términos del art. 55, IV, y consecuentemente cabrá a la respectiva Sede Legislativa tan solamente declarar la pérdida del cargo, conforme dispone el § 2.º de esa disposición constitucional. Por tanto, la deliberación de la Sede Legislativa –prevista en el art. 55, § 2.º, de la Constitución Federal– tiene efecto meramente declaratorio, no pudiendo reexaminar ni volver sin efecto la decisión condenatoria final de esta Suprema Corte. Por fin, no puede ser despreciado el hecho de que las penas a las cuales los demandados que ostentan cargo público electo fueron condenados son, en su efecto práctico, incompatibles con el ejercicio de la función parlamentaria” (STF, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, p. 8.048).

¹⁰²⁶ El Ministro Gilmar Ferreira Mendes argumentó de la siguiente manera: “Así, en el presente caso, para solucionar la antinomia verificada en el art. 15, III, y en el art. 55, VI y § 2.º, el Tribunal, siguiendo la línea interpretativa adoptada en otros varios casos presentes en la jurisprudencia, debe encontrar el substrato axiológico que informa tanto el sistema que normaliza la pérdida y la suspensión de los derechos políticos (art. 15, art. 37, §4.º), como el que informa la sistemática de pérdida del cargo parlamentario (art. 55), además de las normas que condicionan el pleno disfrute de los derechos políticos, como la del art. 14, § 9.º, que sirve de fundamento para la actual Ley de la ‘Ficha Limpia’ (LC 135/2010), que impide la candidatura de ciudadanos condenados criminalmente o por acto de improbidad administrativa en segunda instancia. El valor que informa esos sistemas normativos – esto es, las normas constitucionales sobre el tema (art. 14, § 9.º, art. 15, III y V, art. 55, IV, V y VI, y art. 37, § 4.º)– es, ciertamente, el de la ética o moralidad en la política. El fundamento de esas normas constitucionales es el de que los ciudadanos que vengan a ser condenados definitivamente, con decisiones firmes, penalmente o por actos de improbidad administrativa, no deben participar de la gestión de la cosa pública –por eso es también un fundamento republicano– y, de esa forma, no pueden ocupar cargos públicos, especialmente los de carácter político. Aquellos que, condenados penalmente o por improbidad, aún no ocupan esos cargos públicos no pueden siquiera proclamarse como candidatos a ocuparlos, pues el art. 14, § 9.º, y la actual Ley de la ‘Ficha Limpia’ los vuelven inelegibles. Y aquellos que ya los ocupan deben inmediatamente dejar los cargos, con la pérdida de cargo resultante de la suspensión de los derechos políticos que proviene de ese tipo de condena, conforme preceptúan los artículos 15, III, y 55, IV y VI, para las condenas penales, y los artículos 15, V, y art. 37, § 4.º, para los casos de improbidad administrativa. No se trata, por tanto, de una mera cuestión de verificarse la compatibilidad del ejercicio práctico de la función pública o política

III, y el artículo 55, § 2.º, ambos de la CRFB, al menos en los delitos contra la Administración Pública que tienen que ver con el blanqueo de capitales, en el caso de la AP 470/MG porque fueron considerados infracciones penales antecedentes del blanqueo. De hecho, confiar en las manos del Legislativo la última palabra sobre el mantenimiento o no del cargo, mantiene la independencia entre los poderes; pero recordemos que la independencia no es absoluta, tanto que la Constitución admite el control de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo, además de respetar las esferas de competencia.

Para unos, el Poder legislativo tendría soberanía en la decisión final, pero el control de la pérdida o no del cargo público electo podría sufrir la actuación del Poder judicial únicamente para la corrección de ilegalidades¹⁰²⁷: por ejemplo, el Sumario 473 del STF, a fines de la armonización de la sociedad y la relación entre los poderes.

Entendemos que la condena penal firme tiene el poder de determinar como efecto de la sentencia la pérdida del cargo público electo del Jefe del Ejecutivo, independientemente de toda manifestación del Poder legislativo, con

con el cumplimiento de la pena criminal o por improbidad. Tanto si la condena no genera penas privativas de libertad (delitos de menor potencial ofensivo), como en las hipótesis de suspensión condicional de la pena, puede el ciudadano quedar impedido de participar de la gestión de la cosa pública, mientras duren los efectos de la condenación". Y concluye diciendo: "Eso quiere decir que en los crímenes que buscan tutelar la buena conducta en la Administración, la improbidad administrativa es elemento del tipo. O sea, el delito es un plus en relación al acto de improbidad, el cual está contenido en el tipo. Así, el acometimiento de ciertos delitos presupone lógicamente la práctica de actos de improbidad administrativa, conforme se ha demostrado en la tabla transcrita abajo. Así, por medio de interpretación lógico-sistemática que evite contradicciones en la aplicación de la Constitución, considero que, por lo menos en los casos de condena penal firme por delitos en los cuales la improbidad administrativa esté incluida en los respectivos tipos penales, el Poder Judicial podrá aplicar el art. 15, III, en concordancia con el art. 55, IV, y § 3.º, culminando con la pérdida del cargo en razón de la suspensión de los derechos políticos, la cual debe solo ser declarada por la Sede legislativa. Eso porque la improbidad administrativa está evidentemente relacionada a algunos delitos (v.g. los delitos contra la Administración Pública). No obstante, se puede afirmar con tranquilidad que el desvalor relativo a la improbidad está contenido en los tipos contra la Administración. De ese modo, el acometimiento de improbidad administrativa está lógicamente inscrito en la condena de parlamentario por delito contra la Administración Pública. Así, se puede considerar que la condena penal firme de parlamentario solo generará la pérdida del cargo en razón de la suspensión de los derechos políticos (art. 15, III, c/c el art. 55, IV, y § 3.º) en los casos en que la decisión judicial condenatoria englobe expresamente la improbidad administrativa como resultado lógico de la decisión (lo que ciertamente ocurre en los delitos contra la Administración Pública)" (STF, AP 470/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 8192 y ss.).

¹⁰²⁷ Moraes apunta que el procedimiento correcto es el del artículo 55, § 2.º, de la CRFB, pero hace la reserva de que "el Poder Judicial solamente podrá analizar la legalidad de la medida, pues las medidas políticas sujetas a la discreción de uno de los poderes son incensurables, salvo cuando se toman sin respeto a la Constitución o a las leyes" (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...*, p. 465).

apoyo en el artículo 15, III, de la CRFB. Luego, si para la pérdida del cargo público electo del Jefe del Poder ejecutivo no se exige la sumisión de la decisión del Poder judicial al tamiz de cualquier poder de la República, no habría razón para no adoptarse idéntico fundamento con relación a los miembros del Poder legislativo.

La imposibilidad de que el Poder legislativo desconsidere una condena proveniente de la más alta Corte brasileña, para determinar el mantenimiento del cargo de un parlamentario, implica una quiebra del equilibrio entre los poderes (art. 2.º CRFB). La función primordial del Poder judicial es aplicar el Derecho, y la admisión del hecho de que el Legislativo pudiera inmiscuirse en las razones del mantenimiento o no del mandato, en última instancia, implicaría un análisis de cuestiones relativas, más que a la elaboración de leyes, a la aplicación de las normas¹⁰²⁸. Mantener en el ejercicio de su cargo al parlamentario condenado definitivamente implica un juicio de valor político que no puede subvertir una consecuencia prevista en la ley para el análisis jurídico-penal de la comisión de un delito por parte del Poder judicial. En última instancia, la preponderancia de la voluntad del Legislativo sobre el Judicial implica desconsiderar la valoración jurídica de un hecho, preponderando elementos políticos sobre la función esencial del Poder judicial que consideró ilegítima la preservación del cargo público electo.

No se trata, en el caso, de asegurar el libre ejercicio de los poderes, puesto que garantizarle el cargo público a un parlamentario con condena penal firme, implica una subversión de la propia garantía de representatividad adecuada del pueblo¹⁰²⁹ en sede legislativa. El poder es ejercido para el pueblo

¹⁰²⁸ Gomes Canotilho aclara que el problema en la separación de los poderes reside en identificar el núcleo esencial de cada poder, defendiendo que “a ningún órgano pueden ser atribuidas funciones de las cuales resulte el vaciamiento de las funciones materiales especialmente atribuidas a otro”, conforme a un principio que trata de contener el monismo del poder (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria de la Constituição...*, pp. 555-556).

¹⁰²⁹ Gomes Canotilho explica: “La representación democrática, constitucionalmente conformada, no se reduce, sin embargo, a una simple ‘delegación de la voluntad del pueblo’. La fuerza (legitimidad y legitimación) del órgano representativo se asienta también en el contenido de sus actos, pues solo cuando los ciudadanos (pueblo), más allá de sus diferencias y concepciones políticas, se pueden reencontrar en los actos de los representantes en virtud del contenido justo de estos actos, es posible afirmar la existencia de una *representación democrática material*. Existe, pues, en la representación democrática, un *momento referencial sustantivo*, un *momento normativo* que, de forma tendencial, se puede reconducir a las tres ideas siguientes: (1) representación como *actuación* (cuidado) en el interés de los otros y, concretamente, de los ciudadanos portugueses; (2) representación como *disposición para responder* (*responsiveness*,

y por el pueblo, y el mantenimiento del cargo genera una tensión grave entre los poderes, además de ser ilógico esperar la conducta adecuada de parte de un miembro del Legislativo que malversó a los fines de comisión de infracción penal, y que por tanto se convirtió en una ‘ficha sucia’ en los términos de la Ley Complementaria 135/2010.

La interpretación que surge del cotejo de los artículos 15, III y 55, VI, § 3.º, de la Constitución Federal es que el Poder judicial tiene la última palabra sobre la pérdida del cargo público electo, por tratarse de la consecuencia de un análisis jurídico-penal de un delito en el que está involucrado un parlamentario. Insistimos en que no es creíble ni aceptable admitir, para la armonización constitucional entre los poderes, que pueda el Poder legislativo subvertir la decisión del STF, y admitir que un parlamentario condenado en firme por delito, y con sus derechos políticos suspensos, pueda, a pesar de eso, proseguir en el ejercicio de su cargo.

En el caso, al Poder legislativo le queda únicamente declarar la pérdida del cargo, en atención al comando derivado de la sentencia penal condenatoria firme, siempre que la apreciación con juicio valorativo sobre el ejercicio del cargo público electo restrinja la hipótesis de condena penal firme con pena inferior a un año, conforme expone el artículo 92, I, del Código Penal. Admitir siquiera la idea de un posible control posterior de legalidad sobre el mantenimiento o no de la decisión de preservar al parlamentario en su cargo, solamente sería posible en la hipótesis de que el Poder judicial no se manifestase sobre la pérdida del cargo público electo.

En el caso contrario –esto es, si el Poder judicial se ha manifestado en el sentido de la pérdida del cargo público electo–, el control de legalidad quedará un tanto vaciado inicialmente, porque si nuevamente se pronunciara sobre la pérdida del cargo público electo bajo el fundamento de ilegalidad, tendríamos una revisión de la materia en que tenemos la cosa juzgada. Así pues, el acto de control de los motivos de la preservación del cargo público electo dependería del

en la terminología norteamericana), o sea, sensibilización y capacidad de percepción de los representantes para decidir en congruencia con los deseos y necesidades de los representados, afectados y vinculados por los actos de los gobernantes; (3) representación como proceso dialéctico entre representantes y representados en el sentido de una realización actualizadora de los momentos o *intereses individualizables del pueblo* (no en puras ideas de deber ser o en valores apriorísticos)” (*Ibidem*, p. 294).

análisis de un acto administrativo discrecional basado en un juicio político carente de motivación, porque la votación en sede legislativa es secreta, dispensándose de toda fundamentación. Por tanto, la cuestión gravitaría nuevamente sobre un reexamen por el Poder judicial, con cosa juzgada, de los motivos por los cuales entendió que era pertinente la pérdida del cargo público electo, en especial por tratarse de control de legalidad del acto administrativo, no cabiendo a ese poder reexaminar elementos políticos por la preservación del cargo.

CAPÍTULO V

LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

SECCIÓN 1.ª EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL: APUNTES HISTÓRICOS, SUJETOS DEL DELITO Y TIPICIDAD

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA

1.1. Las modificaciones al Código Penal de 1973

1.1.1. *Ley Orgánica 1/1988*

En el Derecho penal español, el delito de blanqueo de capitales apareció por primera vez en su legislación¹⁰³⁰ en el artículo 546 *bis f*) del Código Penal, por Ley Orgánica 1/1988, para su reforma en materia de tráfico ilegal de drogas, en cuya Exposición de Motivos hace referencia a la “represión de las conductas de tráfico ilícito y de las de aprovechamiento económico”, aun reconociendo, de forma correcta, la insuficiencia de la Ley para combatir la droga.

La estructura típica está fuertemente inspirada en el modelo de la Convención de Viena, puesto que limitó la incidencia del tipo penal a que el delito antecedente sea considerado tráfico de estupefacientes.

Como se ha visto ya en otro lugar de este trabajo (apartado 2.3 del Capítulo II), el acto normativo internacional delimitaba el blanqueo de capitales como resultado de los provechos ilícitos provenientes del tráfico de sustancias

¹⁰³⁰ Acerca de la evolución histórica del delito de blanqueo de capitales, cfr. en detalle: 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 hasta la última reforma de 2003”. *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 20 (2005), pp. 5-26.

estupefacientes y recomienda a los países la creación de tipos penales que hagan frente a esa situación (art. 3.b.I y II Convención de Viena).

El delito del artículo 344 del antiguo Código Penal de España se refería a las conductas de tráfico, cultivo, elaboración de estupefacientes; promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas o que se las posean con esas finalidades.

El tipo penal hacía alusión a las conductas de recibir, adquirir o de cualquier otro modo aprovechar para sí o tercera persona de los efectos o provechos de los delitos de los artículos 344 *bis a*) y 344 *bis b*) del Código Penal.

El delito del artículo 344 del antiguo CPe se refería a las conductas de tráfico, cultivo, elaboración de estupefacientes; promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas o que se las posean con esas finalidades.

Contemplaba el artículo 344 *bis a*), 1.º al 7.º, del Código Penal algunas causas de aumento de pena cuando los estupefacientes sean facilitados a menores de dieciocho años de edad, discapacitados físicos o psíquicos o se introduzcan en centros docentes, establecimientos y unidades militares o establecimientos penitenciarios; y establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos, entre otras.

El artículo 344 *bis b*) de la misma Ley igualmente contemplaba la hipótesis de agravamiento de pena para los jefes, administradores o encargados de organizaciones, además de facultativamente contemplar la posibilidad de disolución de la organización o cierre definitivo de sus establecimientos o locales de acceso público; suspensión de las actividades de la organización o cierre de los establecimientos abiertos al público de seis meses a tres años; y prohibición de realizar sus actividades, operaciones mercantiles o negocios cuyo ejercicio haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

Al fin, merece apuntarse el hecho de que la Ley española previó la posibilidad de comiso de los bienes provenientes del narcotráfico [art. 344 *bis e*) CP] cuya incidencia también recae sobre el delito de *blanqueo de capitales*.

Es de notar que no es necesario insertar causas de aumento de pena y situaciones de efectos de la condenación como infracciones penales

antecedentes al delito de blanqueo de capitales, bastando la previsión del tipo penal base del artículo 344 del Código Penal.

Como ya ha quedado expuesto en otra parte, contemplar única y exclusivamente los delitos de tráfico de estupefacientes como delito antecedente al blanqueo de capitales desemboca en una laguna de punibilidad, por ser esta una de las principales formas de inserción del capital en la economía, pero no la única fuente de obtención de capital por la criminalidad. Y, en efecto, la inserción del delito en el ordenamiento jurídico español motivo que la doctrina señalaba tanto sus aspectos positivos como los negativos, pudiendo enumerar entre los primeros la renuncia a la autonomía del delito de blanqueo de capitales por su vinculación a la receptación; la supresión del casuismo de la normativa internacional; la mejora de la redacción de la receptación, por admitir la sustitución del objeto, su aprovechamiento por tercera persona; y la no incorporación de aspectos del favorecimiento real¹⁰³¹. Entre los aspectos negativos, destacamos la necesidad de su inclusión en un capítulo autónomo¹⁰³², desgajándose del capítulo donde se insertó.

El delito de blanqueo de capitales no debería ubicarse entre los delitos contra la salud pública, porque, como ya expusimos anteriormente cuando tratamos del bien jurídico, las conductas de reciclado poseen autonomía de aquello que fuera afectado por el delito anterior, además de afectar igualmente al orden socioeconómico; y tampoco podría insertarse entre los delitos contra el patrimonio, como se hizo. Se caracterizaría esta figura penal como un delito de receptación específica¹⁰³³, pero que promueve un distanciamiento del tradicional bien jurídico tutelado por ese delito, esto es, el patrimonio, admitiéndose el orden socioeconómico con afectación eventual a la administración de la justicia o al

¹⁰³¹ En ese sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”. *Cuadernos de Derecho Judicial* (Monográfico sobre el encubrimiento, la receptación y el blanqueo de capitales. Normativa comunitaria) (1994), p. 595; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Tendencias político-criminales en materia de drogas”. *Jueces para la democracia*, n.º 19 (1993), p. 46.

¹⁰³² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 159. Defiende la inserción, debido a la semejanza entre blanqueo y receptación: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”..., p. 162.

¹⁰³³ Así, considerando correctamente el orden socioeconómico como bien jurídico, cfr.: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”..., p. 596. Valorando positivamente la inserción del tipo penal en la legislación española: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 158.

patrimonio, pero sin considerar que sea la salud pública el valor concretamente afectado.

Pese a que evidentemente resulta indebida la consideración del legislador de que el delito de blanqueo de capitales es algo dependiente del narcotráfico, y que su existencia para tener relevancia penal se circunscriba solo a este delito, por otro lado la postura del legislador español se justifica en el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por España, cuyo foco era la lucha contra el narcotráfico, vislumbrándose el delito en estudio como una resultante de aquél.

1.1.2. Ley Orgánica 8/1992

El delito de *blanqueo de capitales* sufrió una alteración en el año de 1992 por intermedio de la Ley Orgánica 8/1992, que promovió una modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. La nueva redacción del tipo penal mantuvo la adecuación a la fórmula general trazada en la Convención de Viena de 1988 contra el narcotráfico.

La materia pasó a ser tratada en los artículos 344 *bis* h), i) y j) del Código Penal, vinculada aún al tráfico de sustancias estupefacientes, y con un aumento considerable de las conductas con relevancia penal, tanto por ampliar los verbos encartados en el tipo objetivo, como por admitir el dolo, incluyendo el elemento subjetivo del injusto y la culpa como elementos subjetivos, según se verá.

Los delitos antecedentes previstos en el capítulo se refieren a los delitos de tráfico de estupefacientes de los artículos 344, 344 *bis* a) y b) del Código Penal, manteniéndose por tanto inalterada la sistemática anteriormente en vigor.

El tipo penal del artículo 344 *bis* h), 1, del Código Penal tipifica las conductas de convertir o transferir bienes conociendo que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos de tráfico de estupefacientes; o realizar un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de estos delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

El tipo penal no exige dolo específico en la primera parte, pero exige, en la segunda, que el agente actúe con el ánimo de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar al agente a eludir las consecuencias jurídicas de las conductas de los delitos antecedentes.

La crítica fundamental a esta disposición por parte de la doctrina era que el tipo penal del artículo 344 *bis h*).1 CP “incluía como conducta típica no sólo la conversión o transferencia de bienes, sino también la realización de «actos de participación en los delitos que producen tales bienes», con lo cual sancionaba inexplicablemente conductas que ya estaban contenidas en el art. 344 ACp”¹⁰³⁴. De hecho, existe una evidente violación del principio *ne bis in idem* y la imposibilidad jurídica de sanción por el delito de tráfico de drogas y su nueva punición por el mismo hecho contenido en el artículo 344 *bis h*) del Código Penal.

La fórmula es idéntica a la descrita en el artículo 3.b).I de la Convención de Viena, sin verificación alguna de la adaptabilidad o no de este texto al ordenamiento jurídico español¹⁰³⁵, razón por la que la doctrina critica la ignorancia dogmático-penal del legislador al repetir comportamientos ya vigentes en el artículo 546 *bis f*), “el cual ni se modifica acomodarlo a los nuevos preceptos, originándose una incomprensible doble regulación al respecto”¹⁰³⁶.

Debe apuntarse que la reproducción de la Convención de Viena por la Ley española le da la oportunidad a Díez Ripollés para calificar como colonización

¹⁰³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 161. Igualmente: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Tendencias político-criminales en materia de drogas...*, p. 46.

¹⁰³⁵ Crítico en relación a eso: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Tendencias político-criminales en materia de drogas...*, p. 46. El autor, en otro trabajo, señala: “Ya no se trata de asumir sin reservas las propuestas internacionales, sino de una absoluta renuncia a cualquier intento de utilizar los conceptos jurídicos propios de nuestro ordenamiento jurídico, e incluso del ámbito jurídico europeo al cual pertenecemos, para introducir las exigencias internacionales en nuestro Derecho Penal” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”..., p. 601).

¹⁰³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Tendencias político-criminales en materia de drogas...*, p. 46; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”. En *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. (Dir.: Francisco José Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli y Miguel Ángel Núñez Paz). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011, p. 119. En sentido contrario, admitiendo la acomodación de ambos por entender que hay diferencia entre ellos, puesto que esa conducta se refiere a una modalidad de favorecimiento sin intención alguna de obtener provecho económico personal, al contrario que el blanqueo de capitales: QUERALT JÍMENEZ, Joan Josep. “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)”. *Jueces para la democracia*, n.º 16-17 (1992), p. 117.

jurídica “el proceso por el que un determinado Estado incorpora a su ordenamiento sus compromisos internacionales de un modo mecánico, sin molestarse en realizar su adecuada integración en su peculiar configuración constitucional y de legalidad ordinaria”¹⁰³⁷; y prosigue el penalista de Málaga señalando que “la legislación penal sobre blanqueo de capitales surgida en 1992 es una legislación colonial”¹⁰³⁸ que genera una tipología defectuosa, casuística, indeterminable.

El artículo 344 *bis h*).2 CP contempla otro delito de blanqueo de capitales al prever que la ocultación o encubrimiento la naturaleza, origen, localización, destino, movimiento o la propiedad real de bienes o derechos relativos a los mismos, sabiendo que proceden de los delitos de tráfico de drogas o de un acto de participación en los mismos.

Las conductas de los párrafos del artículo 344 *bis h*) del Código Penal contemplan situaciones jurídicas bastante próximas, no demandándose para la última la presencia de elemento subjetivo del injusto, sino que basta el conocimiento del origen del bien proveniente de un delito de tráfico de drogas, mientras que en el primero se requiere, además, la finalidad de eludir las consecuencias jurídicas del acto u ocultar o encubrir el origen ilícito. O sea, en el primero ocultar o encubrir es dolo específico consistente en la finalidad del agente y en el segundo es la conducta tipificada en sí, lo que no es justificable por quebrar la estructura típica del delito sin fundamentación creíble.

La legislación penal española sobrepasa los límites de la Convención de Viena al contemplar figuras no previstas en la Ley internacional, pues tipifica los comportamientos de adquirir, poseer y utilizar [art. 344 *bis i*) CP] y va más allá cuando criminaliza al blanqueo de capitales imprudente por ignorancia inexcusable [art. 344 *bis h*).3 CP], lo que es de dudosa validez¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas” ..., p. 602.

¹⁰³⁸ *Ídem*.

¹⁰³⁹ Por todos: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Tendencias político-criminales en materia de drogas...*, p. 47. Admitiendo su posibilidad abstracta, pero entendiendo estar abocada al fracaso, al tratarse de un Derecho penal simbólico: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)” ..., p. 117.

La diferencia con relación a la normativa precedente es que en esta hubo un considerable aumento de las conductas, incluyendo el dolo específico, que no era exigido en el tipo penal del artículo 546 *bis f*) del Código Penal.

1.1.3. El Código Penal de 1995

El nuevo Código Penal de España vio la luz con la Ley Orgánica 10/1995, que presenta sensibles alteraciones en el paradigma de la legislación penal española.

Ciñéndonos al tema de nuestra tesis, el delito de blanqueo de capitales obtuvo el reconocimiento de su autonomía, desgajándose del capítulo destinado a los delitos contra la salud pública y, en especial, del tráfico de sustancias estupefacientes, para ser ubicado entre los delitos contra el orden socioeconómico en los artículos 301 a 304.

El tipo penal que inaugura la nueva reglamentación del hecho revela la conducta de adquirir, convertir o transferir bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 301.1 CPe).

El delito grave es aquel castigado con prisión de más de tres años¹⁰⁴⁰, lo que generaba un marco delimitador de la incidencia del tipo penal, ampliando el catálogo de delitos antecedentes para incluir también, pero no solamente, el narcotráfico, que se recuerda como causa de aumento de pena (art. 301.1, 2.º inc., CPe). La ampliación del catálogo de delitos antecedentes por el mandato normativo que prevé delito grave promueve una mayor adecuación a la realidad del blanqueo de capitales, en atención a lo dispuesto en la Convención de Estrasburgo de 1990, que ya señalaba la alteración en ese sentido.

El tipo penal del artículo 301.2 del Código Penal preveía otra figura de incriminación, con la diferencia de que en el primer delito se admite solo el dolo directo, mientras que en el segundo la Ley no da margen cuanto a la

¹⁰⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "La política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código Penal". *Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada. Hoy y Mañana* (1999), pp. 87-135.

admisibilidad del dolo eventual. Se castigaba aquí la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, destino, movimiento o la propiedad real de éstos, con conocimiento de que proceden de algún delito grave antecedente o de un acto de participación en éstos.

La nueva Ley mantuvo la previsión del blanqueo de capitales imprudente, pero operándose la sustitución del elemento de ignorancia inexcusable por imprudencia grave (art. 301.3 CPe) e innovaba al prever la punición de la conducta de quien provoca, conspira o propone la comisión de los delitos descritos en los tipos penales arriba indicados (art. 304 CPe).

Había previsión legislativa sobre el principio de la justicia universal en materia de blanqueo de capitales, autorizando la reprobación de la conducta por el Derecho penal español aunque los delitos antecedentes o los actos de blanqueo hubieran ocurrido total o parcialmente en el extranjero (art. 301.4 CPe).

La legislación española también previó la incidencia de causas de aumento de pena a las personas que integran una organización orientada a los delitos previstos en este capítulo y una elevación mayor de pena a los jefes, administradores o encargados de esas organizaciones (art. 302, 1^{er} inc., CP). La Ley contemplaba como efecto de la condena el deber de imposición de la inhabilitación especial del reo para el ejercicio de profesión o industria de tres a seis años, además de permitir que se decrete, conjuntamente, alguna de las medidas de “disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años; prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años” [art. 302.a), b) y c)]

El artículo 303 del Código Penal preveía que, si los delitos de los artículos anteriores se hubieran practicado por empresario, intermediario en el sector financiero, funcionario público, facultativo (médicos, psicólogos, personas tituladas en el área de salud, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes), asistente social, profesor o educador, en el ejercicio de sus cargos, profesión u

oficio, se impondrá, además de la pena privativa de libertad como efecto de la condena, la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años, que será inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los hechos sean cometidos por autoridad o agentes de la misma.

1.1.4. La modificación de 2003

El cuerpo legislativo del Código Penal arriba apuntado sufrió alteraciones con motivo de la Ley Orgánica 15/2003.

Se inició la modificación en el artículo 301.1 del Código Penal español, con la sustitución del elemento “delitos graves” por “delitos”, expresión que abarca los “graves” los “menos graves”, en los términos del artículo 13 del Código Penal vigente, dejando de fuera las contravenciones penales llamadas “faltas”, que sufren pena leve¹⁰⁴¹. Además, el legislador añadió un apartado 5 al artículo 301 del Código, disponiendo sobre el comiso de los lucros provenientes del reciclaje de capitales.

El artículo 302.2 del Código Penal sufrió una sustancial modificación con la inserción del comiso de los bienes objeto del delito, de los productos y de los beneficios provenientes directa o indirectamente del acto delictivo. Los jueces o tribunales podrán aún decretar las medidas del artículo 129 del Código Penal español, que se refiere a consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 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 de duración de la mayor de las penas privativas de libertad que les sean impuestas. Hizo bien el legislador con esa modificación, porque es mejor adoptar un sistema estandarizado y general para responsabilidad penal de la persona jurídica que un método aislado para cada delito, lo cual podría contemplar una protección insuficiente al bien jurídico por

¹⁰⁴¹ 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 15 de noviembre*. Bosch: Barcelona, 2005, p. 22; DEL CARPIO DELGADO, Juana. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”. *Duc in Altum. Caderno de Direito*, vol. 4, n.º 6 (jul.-dic. 2012), p. 97.

sanciones no proporcionadas a la gravedad de la conducta. No obstante, algunas de las medidas de reprobación jurídica del hecho podrían ser aplicadas a las personas físicas que cometieran el delito y que podrán volver a ser aplicadas a raíz de la *novatio legis in melius* que las suprimió del Código penal.

Hay que terminar advirtiendo de que ha habido una ulterior modificación legislativa en virtud de Ley Orgánica 5/2010, la cual promovió una profunda alteración en el Código Penal de España. Se trata de la actual legislación penal en vigor para el tratamiento del delito de blanqueo de capitales en el país, razón por la que sus diversos aspectos serán analizados más adelante, tanto en este Capítulo, como en los siguientes.

1.1.5. Ley Orgánica 5/2010

La evolución legislativa española referente al delito de blanqueo de capitales se cierra hasta la fecha con la publicación de la Ley Orgánica 5/2010.

La alteración legislativa promovió una sensible reestructuración en el Código Penal, algo que se deja notar profundamente en el delito de blanqueo de capitales, pues se ha modificado lo que se considera delito antecedente, que era definido como delito grave, mientras que ahora el elemento ha pasado a ser 'actividad delictiva'.

Se ha operado una alteración en la proporcionalidad de las sanciones aplicables a las personas físicas y jurídicas que cometan el delito, además de otras situaciones de agravación del delito que van a ser analizadas.

2. LOS INJUSTOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITALS EN EL CÓDIGO PENAL

Los delitos de blanqueo de capitales se encuentran previstos dentro del Código Penal de España en los tipos penales de los artículos 301.1, 301.2 y 304 en la forma dolosa, y en su artículo 301.3, en la forma imprudente; mientras que el resto de disposiciones que complementan el tratamiento jurídico-penal del delito revelan agravantes, aspectos relativos al comiso y efectos de la condena. En este Capítulo y en los siguientes pretendemos realizar un análisis dogmático

y jurisprudencial de las principales cuestiones que afectan al delito del tipo penal del artículo 301.1, del CPe.

3. EL DELITO DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 301.1 del Código Penal español presenta el primer tipo penal, que establece la reprobación de las conductas de blanqueo de capitales¹⁰⁴² y presenta la fusión de aspectos delimitadores del tipo penal con consecuencias jurídicas del delito en un único dispositivo.

La Ley española presenta la conducta delictiva estableciendo su pena, además de prever cuestiones de inhabilitación para el ejercicio profesional o la actividad empresarial unida a la posibilidad de cierre del establecimiento.

Los principales aspectos de este delito serán analizados ordenadamente, comenzando por el sujeto activo, que presenta grandes diferencias respecto al Derecho penal brasileño, puesto que la Ley española consagra de forma expresa en una cláusula general la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31.2 CPe) que es especificada en el delito de blanqueo de activos [art. 302.1.a) y b) CPe]. Se une a ello una previsión –que, adelantamos, a nuestro entender es bastante pertinente– referida a la expresa posibilidad de la punición del autoblanqueo, salvando por fuerza de ley eventuales espacios de incertidumbre o dualidad de concepciones, o al menos procurando salvarlos.

El delito de blanqueo de capitales en la modalidad imprudente genera algunos interrogantes sobre la necesidad político-criminal de su tipificación o no en la doctrina penal española.

¹⁰⁴²El tipo penal del artículo 301.1 CPe establece en su primer inciso: “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 criminalización del delito de blanqueo de capitales es una realidad concreta en los marcos internacionales de lucha contra los delitos socioeconómicos, pero no se puede decir lo mismo con relación a la figura imprudente del delito. Las principales reuniones supranacionales de la Organización de las Naciones Unidas, como las Convenciones de Viena (1988) y de Palermo (2000) y la Conferencia de Mérida (2003), no apuntan como medida de política criminal global o europea la creación de esa figura penal¹⁰⁴³, y en el mismo sentido se orienta la normativa del FATF-GAFI. Siguiendo en el ámbito internacional, no se puede decir lo mismo de las normativas del Consejo de Europa, pues en el artículo 6.3.a) del Convenio de Estrasburgo (1990) y en el Convenio de Varsovia (2005) pueden encontrarse elementos que posibilitan la criminalización de comportamientos a caballo entre el dolo eventual y la culpa consciente¹⁰⁴⁴.

Así, se puede verificar que el alineamiento político-criminal de España sigue una posición minoritaria en los ámbitos europeo y mundial, que mayoritariamente recomiendan solo la punición del delito de blanqueo de capitales en su forma dolosa. Esa línea de pensamiento acarrea una serie de problemas relativos a la delimitación del alcance del tipo penal y de su funcionamiento cuando se analiza junto al delito de blanqueo de capitales doloso y a los demás delitos socioeconómicos.

La tipicidad imprudente del delito en análisis se justificaría por la dificultad de comprobación del origen ilícito de los bienes, instrumento legislativo que en teoría servirá como mecanismo legal de contención del delito, cuya prueba en la forma dolosa será muy difícil para la acusación. Así pues, para un sector el delito de blanqueo de activos imprudente emerge como una norma de política criminal¹⁰⁴⁵ internacional que justifica situaciones en que la acusación no

¹⁰⁴³Fabián Caparrós apunta: “Resulta significativo que esta figura no aparezca contemplada por ninguna de las Convenciones sobre la materia aprobadas en el ámbito de las Naciones Unidas”; y dice más: “el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el marco internacional” (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de capitales. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales”. *RBCcrim*, n.º 89 [2011], pp. 134 y 137).

¹⁰⁴⁴*Ibidem*, pp. 135-136.

¹⁰⁴⁵FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 154.

consigue reunir pruebas suficientes para justificar la condena por el delito de reciclaje de capitales doloso, además de evitar la condena por el delito de blanqueo de activos doloso con pena elevada, y no ser caso también de atipicidad de la conducta. Según la doctrina, el tipo penal de blanqueo de activos imprudente tiene por objetivo detectar hipótesis de malversación del sistema económico, operaciones sospechosas o anómalas mediante el análisis y control de los datos, para su posterior investigación, con el fin de impedir que el capital de actividades ilícitas pueda burlar a las autoridades competentes, pues interesa a la administración de la justicia la investigación, persecución y punición de esos delitos¹⁰⁴⁶.

Además, debemos tener en cuenta que la gravedad de las conductas de blanqueo de capitales y la amplia gama de normas que presentan los deberes de cuidado objetivo con base legal o reglamentaria en la prevención del blanqueo justificarían la opción del legislador español de crear el tipo penal imprudente¹⁰⁴⁷. A ese pensamiento se opone otro sector que defiende que el Derecho penal no se presta a corregir deficiencias probatorias de nadie. La previsión del delito de blanqueo de capitales imprudente generaría una dificultad para la circulación del dinero en la economía¹⁰⁴⁸, pues las transacciones financieras son las mismas que ocurren normalmente en el mercado financiero, y hay una pluralidad de técnicas para llevar a cabo el blanqueo. Se crea una carga en el deber de averiguar el origen ilícito de los bienes que no pertenecen al ciudadano ni al

¹⁰⁴⁶ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal*. [Dir.: Manuel Gomez Tomillo]. Valladolid: Lex Nova. 2010, p. 1.178-1.179.

¹⁰⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.354. Señala el carácter subsidiario del delito de blanqueo de capitales doloso, en concreto en caso de dolo eventual, especialmente cuando están ausentes los elementos para imputarlo con garantías típicamente penales y las pruebas cuyos indicios sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia: [FERNÁNDEZ TERRUELO, 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*, n.º 7.657, año XXXII (2011), pp. 9-10].

¹⁰⁴⁸ Apunta Aránguez Sánchez: “La comunicación errónea de una sospecha de blanqueo generará retrasos y gastos que no podrán ser repercutidos directamente en el cliente investigado, y que, por tanto, minorarán la cuenta de beneficios de una entidad, pero al trasladarse la obligación de control policial a estos intermediarios en el mercado financiero, tampoco pueden sustraerse a ese deber de diligencia, pues pueden incurrir en esta responsabilidad penal por blanqueo imprudente” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 279).

agente financiero sometido a las normas de la Ley 10/2010, en paulatina sustitución de funciones eminentemente estatales.

Así, la creación del delito de reciclaje de activos imprudente provoca una quiebra de los parámetros habituales de no criminalización de los delitos socioeconómicos en la figura imprudente¹⁰⁴⁹, debiendo el legislador optar por una solución que expanda el Derecho penal para todos los delitos socioeconómicos y buscar una armonización de la Ley penal o un reduccionismo penal para la supresión integral de los tipos penales imprudentes del Derecho penal económico. Y, en efecto, la criminalización del delito de blanqueo de capitales imprudente rompe la tradición del legislador penal español en los delitos socioeconómicos, pues la previsión del artículo 301.3 del Código Penal crea el único tipo penal imprudente en los delitos en que el bien jurídico es el mismo¹⁰⁵⁰, máxima porque estamos ante delitos de peligro abstracto.

La solución en el ámbito legislativo debería ser la misma por una cuestión de coherencia; o sea, todos los delitos socioeconómicos deberían tener criminalización imprudente o no tenerla ninguno. El hecho de que en el plano internacional y europeo la recomendación para la reprobación del blanqueo de capitales imprudente sea minoritaria no implica por sí misma la imposibilidad de su criminalización, siendo cierto que las normativas internacionales representan un estándar mínimo¹⁰⁵¹ o máximo abierto¹⁰⁵².

A nuestro entender, lo adecuado sería la inexistencia de delitos socioeconómicos en la forma imprudente, porque su existencia generará una dificultad de aplicación, inherente a la caracterización del deber objetivo de cuidado, así como susceptible de generar una rigidez del flujo de capitales en la economía, salvo si hubiese el aislamiento del tipo penal con configuración

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 278; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, vol. 1..., p. 160. Fabían Caparrós señala que: "En el marco de los países democráticos, la protección penal de bienes jurídicos colectivos respecto de ataques culposos es infrecuente" (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales...* p.378).

¹⁰⁵⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 278.

¹⁰⁵¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales...*, p. 134.

¹⁰⁵² ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales...*, pp. 177-178.

autónoma y "no una mera referencia a la figura dolosa"¹⁰⁵³. No obstante, y como ahí está la previsión normativa, pasemos a analizar sus principales aspectos.

3.1. Tipo objetivo

El artículo 301.1 del Código Penal de España presenta el primero de los tipos penales en especie que tipifican el delito de blanqueo de capitales. La tendencia del legislador penal español fue la de acompañar una línea universal, "castigando a quienes proporcionen un aspecto lícito a los bienes ilegalmente obtenidos; [...] [y] reprimiendo a todos aquéllos que realicen actos que entorpezcan la actuación de los poderes públicos en orden a localizar, secuestrar o decomisar esos bienes sucios"¹⁰⁵⁴.

Iniciamos el análisis del precepto objetivo con análisis sobre los sujetos del delito.

3.1.1. Sujetos del delito

El delito de blanqueo de capitales es un delito común que es cometido por cualquier persona, siendo que la ley penal no exige ninguna calidad especial del agente.

Un aspecto que suscita una considerable discusión en torno al delito de blanqueo de capitales, en su forma imprudente, reside en la delimitación de si el sujeto activo sería cualquier persona, por tratarse de crimen común, o si sería un delito que demandaría la actuación de determinadas personas vinculadas al respeto de un deber objetivo de cuidado impuesto por fuerza de la legislación administrativa.

La primera línea de pensamiento sustenta que el delito en cuestión es común¹⁰⁵⁵, o sea, cualquier persona puede cometerlo porque el Código Penal

¹⁰⁵³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales....* p.384.

¹⁰⁵⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales....*, p. 276.

¹⁰⁵⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales....*, p. 284; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de

español no propone un modelo de incriminación previamente limitado a los profesionales del sector financiero con obligación de prevenir el blanqueo de capitales por obediencia a normativas administrativas¹⁰⁵⁶. Al contrario, el Código Penal presenta un concepto amplio que alcanza a todos los ciudadanos, cuyas conductas serán analizadas desde el prisma del comportamiento de un hombre inteligente y prudente, conocido criterio del hombre medio¹⁰⁵⁷, esto es, la conducta adecuada tomada por otra persona del mismo ramo de negocios para evitar el blanqueo¹⁰⁵⁸. La adecuación típica demanda la ocurrencia de la imprudencia grave, sin que cualquier acto imprudente sea apto para caracterizarla, sino solamente aquellos negocios que afronten las reglas de la lógica y de la experiencia¹⁰⁵⁹ achacables a cualquier persona prudente.

Ha de tomarse en consideración que, en caso de que se limitase el alcance del delito solo a los profesionales que actúan en el mercado financiero o que posean un deber de cuidado objetivo en ese sector, habría una laguna de punibilidad en lo que se refiere a las demás hipótesis en que hay blanqueo de capitales sin que la operación pase por el sistema financiero. El blanqueo de capitales se da también en actividades ajenas al mercado financiero, dada la renuencia del autor a pasar por sistemas administrativos de prevención de ese delito; pero eso no implica que se dé preferentemente en aquel sector. Así pues,

capitales...”, p. 157; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 756 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, pp. 1.174-1.175.

¹⁰⁵⁶ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 283.

¹⁰⁵⁷SAP Huesca (Sec. 1.ª) 466/2012, de 17 de diciembre de 2012. N.º de Recurso: 74/2012. N.º de Resolución: 222/2012. Procedimiento: Penal - Apelación Procedimiento Abreviado. Ponente: José Tomás García Castillo.

¹⁰⁵⁸Cfr. en ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1034/2005: “Problemática será en las actividades sociales en que no se hayan 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 en el ámbito de los negocios cuál sería la aptitud con respeto a la realización de operaciones comerciales diferentes (pago con elevadas sumas en efectivo, transferencias para o de paraísos fiscales, etc.). Presupuesto, por lo tanto, es que todos los ciudadanos tengan un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de *blanqueo*, la distinción entre imprudencia grave y leve, a pesar de su utilidad y dificultad, radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, caracterizándose la primera por la omisión de todas las precauciones o, por lo menos, una grave infracción de normas elementales de cuidado” (STS 1034/2005. Recurso Casación N.º 1043/2004. Fecha Sentencia: 14/09/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer).

¹⁰⁵⁹ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 284.

teniendo en cuenta que los tipos penales de blanqueo de capitales son delitos comunes, por la misma razón que el tipo penal doloso debe tener consecuencias sobre los sujetos activos, así también debe suceder con el tipo penal imprudente¹⁰⁶⁰.

En contrapunto con esta primera corriente, hay un sector de la doctrina que defiende que el delito en estudio es, en verdad, un delito especial¹⁰⁶¹ cuyos sujetos son únicamente quienes tengan el deber objetivo de cuidado previsto en normativas administrativas, lo que también vuelve el tipo penal una ley penal en blanco. La imprudencia susceptible de caracterizar el delito de blanqueo de capitales no puede ser investigada en la conducta del hombre medio, sino solo en aquellos profesionales que operen en el mercado¹⁰⁶² en otros sectores en los exista el deber legal de cumplimiento de las medidas de prevención del blanqueo de capitales¹⁰⁶³ previstas en la Ley 10/2010, cuyo artículo 2.º presenta cuáles serían los sujetos obligados a esas medidas. La imputación del delito de blanqueo de capitales solamente se hará a personas que tengan el deber legal de conocer y adoptar providencias para evitar la comisión de ese delito, hipótesis que debe ser limitada al campo administrativo, sin que haya exigibilidad del deber de cuidado objetivo específico a los ciudadanos no sometidos a dicha legislación.

Este posicionamiento se fundamenta en la idea de que en un Estado democrático de Derecho no se puede imponer obligaciones y deberes sino mediante ley, y ciertamente la Ley 10/2010 contempla sujetos específicos y no extiende a todos el deber de investigar y comunicar movimientos económicos¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ *Ídem*; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de capitales...”, p. 151.

¹⁰⁶¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal: parte especial*. 13.ª ed. Dykinson: Madrid, 2008, p. 568.

¹⁰⁶² *Ídem*.

¹⁰⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, vol. 2..., p. 497. En el mismo sentido: FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, pp. 154-155.

¹⁰⁶⁴ Afirma Gómez-Benítez: “La obligada restricción de los posibles autores de estas imprudencias tiene que ver con la consideración básica de que el deber de actuar diligentemente en este ámbito se refiere a la comprobación del origen ilícito de los bienes, por lo que solo puede imponerse a aquellas personas que tienen, precisamente, el deber legal específico de ejercer funciones de control sobre la naturaleza lícita o ilícita de los bienes en las transacciones económicas. No tiene sentido político criminal alguno imponer un deber genérico a todos los ciudadanos de vigilar el posible origen ilícito de los bienes, pues esto supondría extender la posible aplicación del Derecho Penal a las más elementales transacciones cotidianas. Naturalmente, esto no sólo implicaría un incumplimiento flagrante de los principios de la

Luego no se puede atribuir a toda la sociedad deberes que se limitan a un sector de la misma, el cual interviene directamente en actividades con mayor incidencia, en teoría, del blanqueo de capitales. La Ley penal no hace alusión al deber de cuidado objetivo aplicable a las personas fuera de la Ley 10/2010, donde cualquier mención a la imprudencia grave se refiere a la prevención del reciclaje de capitales. En definitiva, no puede el legislador equiparar el deber de cuidado típico de las personas descritas en el artículo 2.º de la Ley 10/2010 con el comportamiento del hombre común no afectado por esas limitaciones, pues violaría el principio del carácter fragmentario del Derecho penal¹⁰⁶⁵ y la taxatividad.

Una vez puntualizadas las líneas de pensamiento señaladas *supra*, entendemos que el delito de blanqueo de activos es un delito común. Aunque inicialmente la existencia de obligaciones establecidas en la Ley 10/2010 genera deberes especialmente incidentes sobre los sujetos vinculados por fuerza de su oficio, es evidente que el delito bajo análisis puede ser perpetrado por sujetos ajenos al rol de obligados de la Ley española de prevención administrativa del blanqueo de capitales. Esos sujetos, no obstante, estarían vinculados a adoptar comportamientos prudentes, pautados por la razonabilidad, dotados de buen sentido e inclinados a un comportamiento estándar como forma de fidelidad ética inherente a toda la sociedad.

Los delitos tendrán la determinación de su sujeto pasivo de acuerdo con la titularidad del bien jurídico.

A pesar de que los delitos de blanqueo de capitales estén ubicados junto al delito de receptación, no se comunica el bien jurídico afectado, puesto que se trata de realidades distintas. En concreto, respecto del delito de blanqueo de capitales tenemos como bienes jurídico-penales afectados el orden

subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, sino que, además, convertiría la norma penal en ineficaz, incluso desde el punto de vista simbólico, dado su inevitable incumplimiento generalizado. No cabe, pues, más interpretación racional que la de entender que las imprudencias punibles en el ámbito del blanqueo son profesionales, es decir, vinculadas a conocimientos y deberes específicos en materia de control del movimiento de bienes y capitales” (GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales”. *Derecho Penal y Criminología. RICPC*. vol. 27, n.º 82 [2006], pp. 70-71).

¹⁰⁶⁵FALK BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. “Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa”. En *Direito Penal Econômico. Questões Atuais* (Coords.: Alberto Silva Franco y Rafael Lira). RT: São Paulo, 2011, p. 460.

socioeconómico¹⁰⁶⁶, en la vertiente del tráfico lícito de bienes en el curso de la economía, y la administración de la justicia. Por tanto, es el Estado el sujeto pasivo del delito.

El reconocimiento de un sujeto pasivo colectivo, como la sociedad¹⁰⁶⁷, frente al anterior, se funda en la inexistencia de una víctima concreta¹⁰⁶⁸. Esta posición, sin embargo, es contestada argumentando que su admisión posibilitaría, en teoría, que el Estado sea sujeto pasivo de delito, lo que vislumbramos, como regla general, como algo incompatible con el Derecho penal¹⁰⁶⁹. No obstante, este impedimento señalado en su día por la doctrina se ha superado con la previsión del artículo 31 *bis.5* del Código Penal, que expresamente veda la responsabilidad penal del Estado, con las reservas ya expuestas cuando tratamos de la inadecuación del impedimento de la responsabilidad de empresas que contienen capital estatal, pero que se disputan el mercado en igualdad con los particulares. No se considera al particular como afectado, puesto que, como el bien obtenido fue resultante de origen ilícito y se inyectó en la economía lícita, no se podría precisar cuánto fue el perjuicio patrimonial¹⁰⁷⁰, gozando la víctima del resguardo de la tutela penal dentro del delito antecedente, pero no dentro del blanqueo de capitales. Entendemos por fin que el Estado sería el sujeto pasivo del delito porque tiene el deber constitucional de asegurar el justo desenvolvimiento de las actividades económicas; luego asume una posición de protector del orden socioeconómico.

Pero, por otro lado, el posicionamiento que defiende un sujeto pasivo colectivo no singularizado presenta cierto grado de corrección, pues, pese al interés del Estado por salvaguardarla, los agentes económicos y la sociedad son fuertemente afectados por los comportamientos de reciclaje de activos, cuya lesión trasciende la esfera de intereses del Estado.

¹⁰⁶⁶ Admitiendo bien jurídico diverso: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 180. Fundado en la pluriofensividad: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 320.

¹⁰⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1.293.

¹⁰⁶⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 320.

¹⁰⁶⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 180.

¹⁰⁷⁰ *Ídem*, p. 180.

3.1.2. Conductas típicas

Hay una profunda divergencia en cuanto al alcance del tipo penal, puesto que hay una línea de pensamiento que defiende que la figura típica contempla una conducta única de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión de bienes, que representan una gama ejemplificativa integrada por la conducta típica real de *realización de cualquier acto* de los bienes provenientes de actividad delictiva precedente dirigida a la ocultación, favorecimiento o ayuda¹⁰⁷¹. Y, al contrario, otros propugnan que el tipo penal contempla dos grupos de conductas típicas, a saber, de un lado las conductas de adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes conociendo que proceden de un delito previo, independientemente del elemento subjetivo del injusto; y, por otro lado, “la tipificación de actos indeterminados tendentes a la ocultación, el encubrimiento o el auxilio”¹⁰⁷².

Las acciones de adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir, según Abel Souto, no exigen finalidades concretas, “porque presume que semejantes comportamientos ya de por sí devienen apropiados para el encubrimiento o auxilio”¹⁰⁷³; y, abonando esa tesis, destaca la doctrina que solamente es así cuando se trata de la conducta de realizar cualquier otro acto orientado a encubrir el origen del bien, porque el elemento volitivo del dolo en tal caso está

¹⁰⁷¹ GONZÁLES RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial...*, pp. 852-853.

¹⁰⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, pp. 489-490; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial (CD Rom)*..., pp. 2-3; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.165; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 945; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 273; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 671; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal, tomo II, parte especial*. 5 ed. Thomson/ Civitas: Navarra, 2008, p. 347; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 99; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. "La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio"..., p. 20. Es el criterio adoptado por la jurisprudencia española: SAN 1186/2014 (Sala de lo Penal). Id Cendoj: 28079220042014100009. Sede: Madrid. Sección: 4. N.º de Recurso: 2/2013. N.º de Resolución: 9/2014. Procedimiento: Procedimiento Abreviado. Ponente: Juan Francisco Martel Rivero.

¹⁰⁷³ Fundamentando esa posición en documentos internacionales a los que España se adhirió: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 99. Agregando a eso las nuevas figuras de poseer y utilizar, dispensándolas de las finalidades de ocultar, encubrir o favorecer: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. "La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio"..., p. 20.

determinado¹⁰⁷⁴. Este posicionamiento se funda inicialmente en la meridiana claridad al delimitar el tipo penal de blanqueo de capitales, porque las actividades de adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir muestran comportamientos que, independientemente del ánimo específico, ya revelan afectación al tráfico de capitales en la economía lícita, que es uno de los bienes jurídico-penales protegidos. Además, pone a salvo la administración de la justicia cuando apunta a la realización de cualquier acto, lo cual supone un intento de corrección de su amplitud, en un esfuerzo del legislador por la exigencia de los elementos subjetivos del injusto con el ánimo de ocultar, encubrir o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas del delito.

La Ley anti-blanqueo de España, anterior a la alteración promovida en el Código Penal, puede auxiliar en la construcción de esa idea, puesto que, al conceptualizar las operaciones de blanqueo en su artículo 2.º, señala que las conductas de adquisición, posesión y utilización de bienes demandan solo el conocimiento de su procedencia de una actividad delictiva, aunque en los verbos convertir o transferir señala la suficiencia del criterio arriba indicado, dejando aún como alternativas las hipótesis de ocultar, encubrir el origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. Así, el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal adoptó en cuanto a los verbos adquirir, poseer, utilizar, convertir y transferir el concepto de conocimiento de la procedencia de los bienes resultantes de una actividad ilícita, remitiendo los elementos subjetivos del injusto a la conducta de “por cualquier otro acto”, a lo que también se puede llegar desde la estructura típica.

Encontramos aún otra línea de pensamiento que considera un tipo penal en dos partes, a saber, las conductas de adquirir, convertir, poseer, usar, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, para ocultar o encubrir su origen ilícito; y una segunda parte del artículo 301.1 del Código Penal, donde encontramos los mismos verbos, ahora para expresar las acciones con el fin de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las

¹⁰⁷⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 273. En el mismo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 671.

consecuencias legales de sus actos¹⁰⁷⁵. Así, esta corriente contempla que el tipo penal se agrupa, por un lado, en adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes sabiendo que estos provienen de actividad delictiva practicada por él o tercera persona; y, por otro, en las mismas conductas con el ánimo de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que cometió la infracción o infracciones antecedentes a eludir las consecuencias legales de sus actos. Se trata, por tanto, de una concepción que admite el carácter pluriofensivo que conferimos al delito.

Al haber un delito que afecta al orden socioeconómico y a la administración de la justicia, la realización de una construcción típica que contemple los verbos en su totalidad, dejando que el elemento subjetivo del tipo se amolde al caso concreto, puede desembocar en un tipo penal que, en teoría, intente abarcar los dos bienes jurídicos lesionados, describiendo la obtención del resultado efectuado por el agente con sus conductas de ocultar, encubrir o ayudar. Hay quien defiende correctamente que entre los tipos hay una relación de alternancia¹⁰⁷⁶, e incluso que se trata de un tipo mixto alternativo¹⁰⁷⁷, o sea, que la realización de todas las conductas ocasiona la consideración del hecho como un único delito de blanqueo de capitales.

A pesar de eso, y visto lo anterior, está claro que el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal posee una redacción trunca que fue objeto de arduas críticas¹⁰⁷⁸, habiendo en la doctrina quien lo califica de “un auténtico

¹⁰⁷⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento español...*, p. 398; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 167; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 419-420; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 555. Apuntando que esa solución es la que mejor satisface los tratados internacionales firmados por España, como la Convención de la ONU de 1988 y la Directiva 91/308/CEE: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. “Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 1 (2000), p. 479.

¹⁰⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 556; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 220.

¹⁰⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 490; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 221; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 429.

¹⁰⁷⁸ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, pp. 92-95; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 489; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 447.

maremágnum combinatorio”¹⁰⁷⁹, en función del exceso de la conjunción “o” existente en el tipo.

La acción de adquirir¹⁰⁸⁰ revela cualquier forma de ingreso o acceso a los bienes de origen delictivo¹⁰⁸¹; tiene, por tanto, un significado diverso del léxico y también de los institutos de Derecho Civil¹⁰⁸², que la asocian con la tradición o transmisión de la cosa con ánimo de lucro o beneficio. La ley no produjo esa vinculación al factor lucro o provecho económico para fines del delito de blanqueo de capitales; por tanto, el verbo adquirir comprende “la obtención de una propiedad o bien de titularidad de un derecho a título oneroso o lucrativo y por cualquiera de las formas que señala el Código civil”¹⁰⁸³ por actos *inter vivos* o *causa mortis*¹⁰⁸⁴ por inventario o testamento. Por el contrario, otros representantes de la doctrina defienden que la adquisición “parece aludir a la entrega a cambio de una contraprestación”, aunque no mencione expresamente

¹⁰⁷⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 360.

¹⁰⁸⁰ El verbo adquirir, según concepción léxica, es “hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. El significado es el ofrecido por el *Diccionario de Real Academia Española* (DRAE) (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=adquirir>. Fecha de acceso: 10/04/2014).

¹⁰⁸¹ El ánimo de lucro es dispensado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 490; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 225; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, p. 49; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 425; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 451-452; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial* (CD-ROM)..., p. 5.

¹⁰⁸² Del Carpio Delgado señala: “Por otro lado, lo que al Derecho Penal le interesa, no son las formas en que se realizan estos negocios jurídicos como la adquisición, la conversión o transmisión de bienes, incluidos dentro de éstos los derechos, sino estos actos como negocios jurídicos en cuanto el objeto sobre el cual recae la acción civil, mercantil o bancaria tenga su origen en la comisión de un delito grave y que hayan sido realizados con la finalidad de ocultar o encubrir su origen o para ayudar a la persona que haya intervenido en el delito previo a elidir las consecuencias jurídicas de sus actos” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 169).

¹⁰⁸³ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 425. El autor suscita el cuestionamiento defendiendo, aunque de forma discutible, la posibilidad de usucapión del bien obtenido de forma ilícita, porque el Código Civil solamente exige buena fe y el justo título susceptible de obtención por quien blanquea los activos. Aun así, la legislación demanda la presencia de la posesión mansa y pacífica, de naturaleza ajena a la posibilidad de posesión violenta, clandestina o precaria; y quien posee, aunque sea por un largo período de tiempo, no consigue desenmarañarse de los vicios de posesión existentes.

¹⁰⁸⁴ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 120.

que sea económica¹⁰⁸⁵; e incluso hay quienes sientan la necesidad de un incremento patrimonial con una relación de disponibilidad¹⁰⁸⁶.

Podemos concluir el análisis de este aspecto afirmando que, al ser naturalmente un delito socioeconómico, el delito de blanqueo de capitales fomenta en la doctrina el debate sobre si exige que el blanqueador obtenga o no lucro resultante de la actividad delictiva. Se trata, no obstante, de una discusión polarizada por el prisma criminológico, ya que la obtención del lucro es irrelevante para la ocurrencia del delito de blanqueo de capitales¹⁰⁸⁷.

La acción de conversión es uno de los principales mecanismos que promueve la alteración de la naturaleza del bien y el delito de blanqueo¹⁰⁸⁸, tipificando de hecho la primera de las tres fases para el procedimiento señalado por el GAFI. Ese comportamiento de convertir podemos entenderlo como “hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era”¹⁰⁸⁹; implica la transformación de un bien dotado de existencia física –y, por tanto, material– en algo inmaterial o viceversa, además de la mutación en algo abstracto como una anotación contable¹⁰⁹⁰, con la irrelevancia de la reversibilidad o no de la mutación¹⁰⁹¹. Se puede hablar incluso de la conversión en otro de la misma especie y cantidad que implique una valoración mayor o menor, siendo lo

¹⁰⁸⁵ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...*, p. 141. En la misma línea, Del Carpio Delgado: “[cuando] la adquisición de esos bienes haya supuesto un incremento en el patrimonio del adquirente y cuando no se pueda apreciar ese incremento patrimonial habrá que recurrir al criterio de la toma de posesión” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 172).

¹⁰⁸⁶ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 106; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 141. Cfr. en el mismo sentido, aunque por vía oblicua: CASTRO MORENO, Abraham. “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”. *Diario La Ley*, n.º 7277, año XXX (2009), p. 2.

¹⁰⁸⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 279.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 173; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.158.

¹⁰⁸⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 226. Concordando con su relevancia, pero no con ser la primera fase del procedimiento de blanqueo en función de la complejidad de los mecanismos de su realización: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 451-452.

¹⁰⁸⁹ El significado lo ofrece el *Diccionario de la RAE*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=convertir>. Fecha de acceso: 10/04/2014).

¹⁰⁹⁰ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...*, p. 141; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 490.

¹⁰⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 226.

relevante que el bien haya sido modificado integral o parcialmente. Del Carpio Delgado señala al respecto que la conversión “pretende cambiar los bienes obtenidos con las actividades delictivas, por cualquier otro bien, sea mueble o inmueble, para que así no pueda ser identificado como aquel que tuvo su origen en el delito previo a fin de que posteriormente pueda ser incorporado en el tráfico económico”¹⁰⁹².

Otros autores, por el contrario, defienden que “toda adquisición o transmisión onerosa supone, en realidad, una conversión, pues el que adquiere o transmite el bien o derecho que procede de un delito, sustituye ese bien por dinero o cualquier otra cosa o derecho que se utilice como precio”¹⁰⁹³ que procede de actividad delictiva. Por evidente, nos parece que no es necesaria la obtención de lucro o dividendos para fines de caracterización del acto de convertir, para el cual es precisa una modificación de su estado inicial¹⁰⁹⁴ en otro. La alteración propiciada por la conversión no se limita a la de su naturaleza física, de mueble a inmueble, sino, también en el plan existencial, de material a inmaterial, pudiendo darse una modificación dentro de la misma naturaleza o no, así como de su naturaleza jurídica¹⁰⁹⁵.

La ley penal contempla aún como conducta típica la de transmitir, que se entiende como el acto de “trasladar o transferir” o “enajenar, ceder o dejar a alguien un derecho u otra cosa”¹⁰⁹⁶. El acto de transmitir es el otro lado de la moneda, la conducta típica de adquirir, pues, para que haya la adquisición, otra persona promueve la transmisión con la ley cercando la cadena de

¹⁰⁹² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 178.

¹⁰⁹³ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 429.

¹⁰⁹⁴ No dicen nada respecto al ánimo de lucro: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 490; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, p. 49.

¹⁰⁹⁵ El agente, por ejemplo, obtiene dinero resultante de un robo y con ese producto comienza a realizar diversas inversiones en el mercado de acciones, además de cambiar fracción de ese capital por moneda extranjera o pasa a reinvertir parte de ese dinero en una empresa.

¹⁰⁹⁶ El *Diccionario* de la RAE indica el significado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=transmitir> (Fecha de acceso: 10/04/2014).

desplazamiento patrimonial¹⁰⁹⁷ y la reprobación jurídico-penal de la conducta de los sujetos involucrados en la relación obligacional¹⁰⁹⁸.

El traslado de titularidad podrá ser realizado de modo formal, de acuerdo con los instrumentos legales previstos, ocurriendo de hecho o de derecho, siendo lo relevante “un cambio en la titularidad de un determinado derecho, pero que no implica un desplazamiento fáctico de la cosa sobre la que recae tal derecho”¹⁰⁹⁹, tratándose del reverso del acto de la adquisición¹¹⁰⁰. Esta premisa autoriza la conclusión de que las transferencias pueden ser físicas o mediante medio electrónico, lo que alcanzaría los principales mecanismos de blanqueo de capitales por el sistema bancario y financiero¹¹⁰¹, pudiendo ser incluso por medio de transferencia, a título oneroso o gratuito, *mortis causa* o *inter vivos*¹¹⁰².

El penúltimo verbo es utilizar, entendido como el acto de “aprovecharse de algo”¹¹⁰³; y, finalmente, el de poseer, “tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella”¹¹⁰⁴. Su inclusión¹¹⁰⁵ nos

¹⁰⁹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 227; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 119.

¹⁰⁹⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 173.

¹⁰⁹⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 227.

¹¹⁰⁰ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 119.

¹¹⁰¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 460.

¹¹⁰² *Ídem*; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español...*, p. 119; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 227; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...*, p. 141.

¹¹⁰³ El significado léxico lo aporta la RAE en su *Diccionario*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=utilizar>. Fecha de acceso: 10/04/2014).

¹¹⁰⁴ La palabra es entendida de esa forma por la RAE. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=poseer>. Fecha de acceso: 10/04/2014).

¹¹⁰⁵ Schroeder, en un artículo publicado sobre lo que admiten los delitos de mera posesión, señala que esa herramienta promueve el apenamiento de la mera posesión de objetos dentro de la estructura de delitos de peligro. Puntualiza el autor que los delitos de posesión pueden ser representados como delitos puros de posesión, posesión con intención de utilización, posesión como acto preparatorio a otro delito y posesión como incentivo de producción de otros delitos. Y los ejemplifica, respectivamente, con la posesión de drogas, posesión de documentos peligrosos o con ánimo de distribución, custodia de materiales radioactivos y pornografía infantil. Según el autor, los delitos puros de posesión se relacionan con la posesión de objetos que son por sí mismos peligrosos, por ejemplo, explosivos, drogas, etc. Sigue destacando que “la conminación de pena al mero peligro de producción del resultado solamente parece conveniente cuando el peligro de producción del resultado sea tan grande que su ausencia resulte una causalidad” (SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª época, n.º 14 [2004], pp. 158-160 y 163). Adaptándolo al delito de blanqueo de capitales en la Ley española, el acto de poseer capital no sería un objeto peligroso en sí para el mero acto de posesión, como en los ejemplos apuntados por el penalista teutónico;

remite a documentos internacionales firmados por España, entre ellos la Convención de Viena contra el uso de sustancias estupefacientes y el Convenio de Estrasburgo, que incluyen entre sus recomendaciones, respectivamente en los artículos 3.1.c).i) y 6.1.c), la facultad de que los países tipifiquen, en caso de compatibilidad constitucional, la conducta de poseer o utilizar bienes con origen en una infracción penal. Acerca de esta cuestión cabe decir que la mera previsión en tratado o documento internacional no obliga necesariamente al país a hacerlo así, pues hay de por medio una consideración acerca de la adaptación constitucional de la figura típica *de lege ferenda*, lo que de hecho se pone a salvo de forma expresa en algunos de estos documentos. En efecto, en los tratados internacionales dicha previsión es, por su propia naturaleza, de base amplia, pues ha de contemplar diversos sistemas jurídicos con bases axiológicas diversas (*common law* y *civil law*), además de las inherentes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídico-penales de cada Estado signatario; lo cual desemboca inexcusablemente en ese filtro de constitucionalidad, sin que exista obligación de tipificación integral de todas las propuestas legiferantes.

A pesar de todo, algunos autores creen que por utilización “habría que entender todo uso o empleo de bienes delictivos que no implique un cambio de titularidad, en el sentido que exigen la adquisición y transmisión, una mutación de naturaleza, como requiere la conversión, una posesión sancionable, una ocultación o encubrimiento efectivo y que no se incluya en la realización de indeterminados actos para ocultar, encubrir o auxiliar”¹¹⁰⁶. La salvaguardia del precepto se daría solo para la reducción de óbices probatorios en la hipótesis de que no se consiga comprobar ninguna de las otras figuras típicas, independientemente de la finalidad del blanqueador¹¹⁰⁷.

La posesión aquí se diferencia de la mera detentación del campo civil, que en la senda penal presenta sensibles diferencias. El poseedor posee la relación de disponibilidad de la cosa, el ánimo de poseerla como propia (art. 430 CC), y

y la posesión es punible por una opción político-criminal, acabando absorbida por otras conductas dentro del tipo misto alternativo de blanqueo de capitales del artículo 301.1 CP.

¹¹⁰⁶ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 24.

¹¹⁰⁷ *Ídem*. En líneas generales: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *La posesión como hecho punible...*, p. 162.

su conducta es típica por fuerza del principio de la legalidad penal. En definitiva, como propone Queralt, la posesión y la utilización “supone que el sujeto tiene a su disposición los bienes, aun sin haberlos adquirido”¹¹⁰⁸.

Por otro lado, con relación al detentador que no tenga esa relación de disponibilidad –por ejemplo, el propietario de un garaje que acomoda en su establecimiento los bienes de un narcotraficante, consciente de su origen ilícito–, su conducta viene siendo considerada en el artículo 301.1 del CPe¹¹⁰⁹ como atípica, porque es un comportamiento neutro¹¹¹⁰. Algo que se deduce de una mera lectura del texto legal, pues, cuando el legislador hizo alusión a la mera detentación, lo hizo expresamente consonante con el tipo penal, por ejemplo, del artículo 564 del Código Penal. Creemos que en la hipótesis indicada, por tanto, habría delito de blanqueo de capitales, pues no entendemos que sea posible el principio de la insignificancia por los bienes jurídico-penales en boga y porque el agente es considerado partícipe por conocer el origen ilícito del bien, habiendo prestado colaboración para que este fuera ocultado¹¹¹¹.

El delito de blanqueo de capitales prevé las conductas de poseer y utilizar, habiendo sido ambas objeto de contundentes críticas sobre su inconveniente inclusión dentro del tipo penal, lo que ha implicado una indebida punición de comportamientos que no afectan a los bienes jurídicos tutelados por la ley penal¹¹¹². Regresando al punto de la previsión de tales conductas, las de poseer y utilizar no presentan el poder de afectar al bien jurídico tutelado, el cual es de carácter pluriofensivo, además de conducir a situaciones de vulneración de la proporcionalidad cuando se contraponen a las penas del delito antecedente y del

¹¹⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1.294. Señala Blanco Cordero la posesión como algo próximo al acto de tener (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 480).

¹¹⁰⁹ En esa línea, el autor defiende que el hecho sería atípico ante el principio de la insignificancia: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 24.

¹¹¹⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 481-482.

¹¹¹¹ De Alfonso Laso destaca que “...se despejan así las dudas en todas aquellas acciones en que el sujeto activo del blanqueo de capitales tenía una función meramente de guardián de los bienes de procedencia ilícita” [DE ALFONSO LASO, Daniel. “La modificación del delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”. En *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi: Navarra, 2010, pp. 254-255].

¹¹¹² Algunos defienden que el delito se aproxima a la receptación y que las conductas de poseer y usar “nada tienen que ver con los efectos socio-económicos que caracterizan al blanqueo” (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”..., p. 139).

blanqueo de capitales en hipótesis de no semejanza de agentes que intervinieron en el delito antecedente y en el procedimiento de blanqueo¹¹¹³. En abono de esta postura, tenemos además que la posesión del bien¹¹¹⁴ es presupuesto y elemento esencial de todos los comportamientos típicos de adquirir, transmitir, convertir.

En lo que atañe a ambos verbos, poseer y utilizar, la crítica sobre su empleo en el tipo penal señala que la utilización o posesión por parte del agente que cometió el delito antecedente se configura como *bis in ídem*, porque la realización de estos comportamientos es mero agotamiento la conducta¹¹¹⁵. Las conductas de poseer y utilizar representan una ampliación desmesurada del tipo, ya que no son propiamente conductas de blanqueo, en la medida en que no suponen ningún cambio de titularidad ni de ocultación de bienes que se poseen o utilizan¹¹¹⁶.

Por otro lado, la doctrina reconoce que esas figuras de la posesión y de la utilización pueden encuadrarse adecuadamente en la conducta del testaferrero¹¹¹⁷, reconociendo la eficacia de esta tipificación a fin de solucionar un problema de laguna de punibilidad. El injusto penal del blanqueo de capitales es correctamente visto como distinto e independiente del delito antecedente, lo que vuelve irrelevante la cuestión del mero agotamiento y de la proporcionalidad de las penas¹¹¹⁸.

¹¹¹³Castro Moreno señala que, “si el delito del que proceden los bienes es ajeno al sujeto blanqueador, por no haber intervenido en el mismo ni como autor ni como partícipe, también puede resultar éste más gravemente penado por la mera posesión del bien” (CASTRO MORENO, Abraham. “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”..., p. 3).

¹¹¹⁴Indica Castro Moreno: “Frente a ello, con relación a la conducta de posesión, cabe indicar que de admitirse tal interpretación, el art. 301.1.I ALOCP se debería entonces aplicar siempre a todo autor de un delito de contenido patrimonial, especialmente de apoderamiento, pues la posesión es consustancial a la propia conducta típica del delito” (*Ibidem*, p. 4).

¹¹¹⁵*Ibidem*, pp. 4-5; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española...*, p. 141; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil...*, p. 13.

¹¹¹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 18 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010, pp. 557-558.

¹¹¹⁷QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil...*, pp. 5-6.

¹¹¹⁸ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 23.

Para acabar con el análisis de estas figuras, indiquemos que quienes se posicionan como contrarios a la criminalización de conductas de utilizar y poseer, señalan que “puede suponer criminalizar no sólo conductas de la actividad comercial sino también conductas socialmente adecuadas o acciones de la vida cotidiana que nada tienen que ver con el delito de blanqueo”¹¹¹⁹. Con respecto a la ‘utilización’, se señala la inexistencia de su previsión como acto de blanqueo de activos en el artículo 2.º de la Ley Orgánica 10/2010. Aun así, con la inclusión de los verbos poseer y utilizar es difícil imaginar una hipótesis que se amolde a las figuras típicas descritas en la ley penal; así que tendremos una figura de ardua configuración práctica, sirviendo como limitación natural a la previsión del elemento subjetivo del injusto.

Por fin, la Ley penal contempla que la conducta de “realizar cualquier otro acto” presenta una cláusula general cuyo contenido nace de una interpretación analógica que persigue un sentido semejante, pero distinto, de los verbos anteriormente descritos en el tipo penal del artículo 301.1 del CPe¹¹²⁰. No obstante, la amplitud de los términos de esa expresión es fuertemente criticada, pues “se trata de una fórmula, excesivamente abierta e indeterminada”¹¹²¹, y su vaguedad se alía a la falta de certeza y vulnera sensiblemente los principios de taxatividad de las leyes penales¹¹²², legalidad y seguridad jurídica¹¹²³.

3.1.2.1. La cuestión del delito antecedente, el principio de la insignificancia y el grado de interconexión de la actividad delictiva con el blanqueo de capitales

El tipo penal antecedente al delito de blanqueo de capitales suscita diversos cuestionamientos, en especial sobre qué infracciones penales pueden ser susceptibles de considerar perfeccionado posteriormente aquel delito y cuál

¹¹¹⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española...*, pp. 122-123.

¹¹²⁰ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. “Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales”..., p. 480.

¹¹²¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.159.

¹¹²² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial...*, pp. 557-558.

¹¹²³ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. “Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales”..., p. 480.

es el grado de vinculación necesario entre el delito antecedente y el blanqueo de capitales.

Inicialmente, el delito de blanqueo de capitales surgió con la vinculación estricta a las conductas típicas de tráfico de estupefacientes, y solamente con la reforma de 1995 pasó a ser analizada su relevancia penal desde el prisma del delito. En cuanto el texto ahora vigente del Código Penal, trató de la materia haciendo alusión al “delito grave” como delito antecedente, desvinculándolo del narcotráfico. Delitos graves son los descritos en el artículo 13 del Código Penal, y su delimitación se obtiene de la conjunción con el artículo 33.2.a) a g) del mismo texto, o sea, pena privativa de libertad superior a tres años, inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales por más de tres años, privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años, privación del derecho de poseer y portar armas por tiempo superior a seis años y privación del derecho de residir en determinados locales o frecuentarlos por tiempo superior a tres años.

La modificación con la reforma legislativa en virtud de la Ley Orgánica 15/2003 suprimió del tipo penal el elemento “grave”, manteniéndose solo el delito. La nueva realidad legislativa amplió el alcance del delito, puesto que su incidencia no se daría únicamente en los considerados graves, implicando una considerable expansión en los tipos de blanqueo de capitales. El delito es elemento normativo del tipo¹¹²⁴, que abarcaría todas las modalidades de delitos graves y los “delitos menos graves” previstos en el artículo 13.1 y 2, en concordancia con el 33.3 del Código Penal; o sea, aquellos cuyas penas son de prisión de tres meses hasta cinco años, inhabilitaciones especiales por hasta cinco años, suspensión de empleo o cargo público por el mismo límite de tiempo, privación del derecho de conducir vehículos motorizados y ciclomotores o del derecho de tener y portar armas de un año y un día hasta ocho años, privación del derecho de residir en determinados lugares o frecuentarlos de seis meses a cinco años, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus

¹¹²⁴ La circunstancia se repite en el Derecho brasileño, por lo que nuestra opinión es extensible a ambos ordenamientos jurídicos. En España, lo contemplan de esa forma BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 275; y COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales” ..., p. 64.

familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por el tiempo de seis meses a cinco años, multa de más de dos meses, multa proporcional en cualquier cuantía y la prestación de servicios a la comunidad de treinta y un (31) a ciento ochenta (180) días.

Por su lado, la reforma promovida por la Ley Orgánica 5/2010 sustituyó el elemento “delitos” por “actividades delictivas” en el artículo 301.1 del Código Penal, dependiendo su perfeccionamiento únicamente de que su origen provenga de actividad delictiva. Por tal se podrían entender los delitos graves, los menos graves e incluso las contravenciones penales, en función de la sustitución del antiguo elemento por la nueva expresión, más amplia que la anterior. Así, con la fórmula legal se promueve la universalización del cuadro de infracciones antecedentes “extendiéndolo a toda ‘actividad delictiva’, debiendo entender por tales las conductas típicamente antijurídicas, no importando si el autor o el cómplice del hecho es irresponsable o está personalmente exento de pena”¹¹²⁵. La doctrina, sin embargo, se muestra contraria a la posibilidad de ampliación del delito de blanqueo para alcanzar las faltas, inclusión que “sería insostenible porque entonces acabaría castigando con una pena leve al autor de la infracción principal y con pena de delito al que simplemente usa, adquiere o transforma el bien”¹¹²⁶.

Por nuestro lado entendemos, no obstante, que la fundamentación ubica el delito de blanqueo de capitales como algo periférico, cuando en realidad depende de la actividad delictiva precedente para la obtención del bien, sin que por ello la valoración de la conducta y del resultado trasciendan, en no pocas ocasiones, la de la infracción que generó los provechos que se reciclan. Tampoco podría justificarse como parámetro en el bajo valor económico de los beneficios de las contravenciones penales previstas en el Código Penal español, limitadas a cuatrocientos euros (400€) en el artículo 623.1 o a cuatro mil euros (4.000€) en el artículo 627. Puede ocurrir, por tanto, que la pena del delito de blanqueo de capitales sea más elevada que la de la actividad delictiva

¹¹²⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., p. 138.

¹¹²⁶ Adoptando esos fundamentos, que son de Manjón-Cabeza: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 486. Comulgando de la misma opinión: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 247.

antecedente, sin que se hable de infracción principal o secundaria, dada la autonomía existente, y sin que vislumbremos obstáculo para la caracterización de la infracción penal antecedente como contravención penal.

Suplementariamente existen argumentos contrarios a la excesiva ampliación del delito de blanqueo de capitales. Se señala además que contrarían la Directiva 2001/97/CE y otros documentos europeos e internacionales de represión del blanqueo de capitales, así como las Recomendaciones del GAFI; y que la legislación siempre ha tratado y trata el blanqueo de capitales de delitos sin ampararse en la quiebra del parámetro adoptado para la inclusión de cualquier actividad previa¹¹²⁷, lo que genera un exagerado alcance al tipo penal, sin que por otro lado la alteración legal sirva para más que la admisión expresa del autoblanqueo¹¹²⁸.

Un criterio para intentar reducir la incidencia de los tipos penales de blanqueo de activos sería la adopción legislativa de un parámetro objetivo mínimo de valor para que el hecho fuera considerado dotado de relevancia

¹¹²⁷ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”. ..., pp. 11-14. Contempla también la inclusión de las contravenciones penales, aunque rechaza después su inclusión, amparándose en una interpretación que abarca tratados y convenciones internacionales y comunitarias de las que España es signataria: DEL CARPIO DELGADO, Juana. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”..., pp. 102 y 106-108. Esa fue también la conclusión del IV Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, realizado el 18 y 19 de julio de 2013 en España, que dice: “En segundo término, la reforma, con la inclusión de las palabras ‘actividad delictiva’, ha abierto la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo a las faltas, las cuales deben excluirse porque la expresión únicamente pretende poner de relieve que no se precisa la existencia ni la constancia formal de condenas previas por el delito base del que procedan los bienes objeto de blanqueo, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre, 9 de noviembre y 5 de diciembre de 2012, cuestión que ya resultaba tan evidente para doctrina y jurisprudencia que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2012 estima «reiterado *ad nauseam*» que no se exija una condena por el delito antecedente.” (Las conclusiones del referido Congreso se encuentran disponibles en internet en: <http://www.abogacia.es/2013/07/19/el-iv-congreso-sobre-prevencion-de-blanqueo-pide-la-aprobacion-del-reglamento-de-la-ley-102010-tres-anos-despues-de-su-entrada-en-vigor>. Fecha de acceso: 04/03/2014). Con todo, en Brasil se rechaza esa concepción, porque una de las principales formas de comisión del delito de blanqueo de capitales es a través de una contravención penal consistente en la explotación ilegal de la lotería conocida popularmente como ‘*jogo do bicho*’ (art. 58 de la Ley de Contravenciones Penales - Decreto Ley 3.688/41).

¹¹²⁸ Señala Abel Souto: “Probablemente con la inclusión de las palabras «actividad delictiva» únicamente pretendía poner de manifiesto que no es precisa la condena del delito previo para castigar el blanqueo, sin embargo tal mención ha abierto la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo a las faltas” (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”..., p. 32).

jurídico-penal¹¹²⁹, tal como se hace en el Derecho penal de Uruguay, específicamente en el delito de contrabando para fines de blanqueo que es limitado, en lo mínimo, a veinte mil dólares (U\$\$ 20.000), conforme al artículo 8.º de la Ley 17.835/04, del Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Al margen de que se piense en adoptar ese referente, consideramos que la medida de la valoración tendría que buscar un criterio, sin ampararse en la insignificancia del delito antecedente, porque de ese modo se estaría rechazando la posibilidad de que el mismo configure un hecho típico.

El criterio para la delimitación del tipo penal en lo que atañe a la actividad delictiva reside en la Ley Orgánica 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuyo artículo 1.2, al conceptuar los bienes indica claramente que su origen tiene que provenir de un delito, lo que integrando el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal, limita su incidencia a las faltas. Por otro lado, la búsqueda de referencia económica puede vaciar la razón de la tutela penal, porque para nosotros el bien jurídico es supraindividual, incluyendo aspectos del orden socioeconómico¹¹³⁰ y de la administración de la justicia, y en esos últimos no se admite el principio de la insignificancia. Además, aunque se considerase solamente el bien jurídico orden socioeconómico en la vertiente de tráfico lícito de bienes en la economía o la circulación legal de bienes y valores en el mercado, no sería admitida la aplicación del aludido principio, por no precisarse cuánto quedaría afectada la economía por la circulación de capitales ‘sucios’ o ilícitos, aunque hay quien defiende su incidencia en la línea de que el bien jurídico sea la libertad de competencia, dada la imposibilidad en tales conductas de afectación de las condiciones de libertad de competencia¹¹³¹.

¹¹²⁹ En ese sentido: DEL CARPIO DELGADO, Juana. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”..., p. 108; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas...*, p. 1184; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 353; PALMA HERRERA, José Manuel de. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 352; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?”..., p. 122.

¹¹³⁰ Esos aspectos fueron suficientemente aclarados, en cuanto al análisis de los principales principios rectores del orden social y económico dentro de la Constitución Española, en el Capítulo I de la presente tesis.

¹¹³¹ Reconociéndola como un mecanismo de “reducción teleológica del ámbito del delito” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 248).

La actividad delictiva precedente genera aún otras cuestiones que deben ser desveladas, a saber, una referente al grado de vinculación del delito antecedente con el blanqueo de capitales, y otra sobre qué grupos de infracciones penales quedan excluidas de ser consideradas susceptibles de ser caracterizadas como delito de blanqueo de capitales.

Digna de aclaración es la cuestión referente a la necesidad o no de condena firme por el delito antecedente para que se compruebe la recaudación de capital ilícito para fines de posteriores operaciones, mirando al reciclaje de capitales. Sobre el tema tratan dos corrientes divergentes: la primera argumenta que sólo es necesaria la comprobación indiciaria de la tipicidad y la ilicitud de la actividad delictiva antecedente; mientras que la segunda línea de pensamiento subraya la necesidad de una sentencia penal firme que reconozca la culpabilidad por el delito anterior.

La teoría de la accesoriidad limitada, tal cual aparece en Brasil, que la consagra expresamente en el artículo 2.º, § 1.º, de la Ley 9.613/98, justifica la primera teoría. Según esta, a fines de la consumación del delito de blanqueo de capitales, basta la presencia de indicios vehementes de autoría y materialidad de una actividad delictiva típica e ilícita¹¹³², siendo irrelevante que el hecho anterior sea libre de culpabilidad o punibilidad –incluso en función de lo dispuesto en el artículo 300 del CPe. Para esta teoría, si el delito antecedente está marcado por una causa de atipicidad o por una de las causas de justificación del delito, no se hablará de posibilidad del delito de blanqueo de capitales¹¹³³; pero si hay fundamentos que eludan la culpabilidad o la punibilidad, habrá la posibilidad de punición por los tipos penales de reciclaje de capitales. A favor de esa línea de

¹¹³² Véase en ese sentido la doctrina mayoritaria en España: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial*. 5 ed. Atelier: Barcelona, 2008, p. 1.235; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14 (2012), p.31 (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>. Fecha del acceso: 15/05/2014); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 486; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales”..., p. 138; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 291; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 281; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial* (CD-Rom)..., p. 5, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial...*, p. 556; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 136, entre otros.

¹¹³³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, p. 129; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 198.

pensamiento vino la alteración del Código Penal español promovida por la Ley Orgánica 5/2010, que sustituyó el elemento “delito” por “actividad delictiva”, lo que representa un mejor ajuste de la idea de la accesoriidad limitada, idea que ha sido asimilada por la jurisprudencia¹¹³⁴.

Contraria a ese posicionamiento se revela una línea minoritaria defendida por Cobo del Rosal, que bajo los auspicios de la antigua redacción de la Ley sustenta que, “puesto que el delito de blanqueo de capitales ahora, únicamente, presupone la existencia de un *delito anterior*, nadie podrá ser condenado por blanqueo si no existe una sentencia, firme y definitiva, anterior por un delito distinto”¹¹³⁵. El autor fundamenta sus ideas en la distorsión de la presunción de inocencia, porque, de acuerdo con la legislación de la época de su trabajo, en un delito origen “no significa otra cosa que origen en un hecho que ha sido declarado jurisdiccionalmente delito. No puede, en absoluto, ni suponerse ni ser objeto de una simple sospecha”¹¹³⁶. Hay también quien propugna, en el mismo tono, que sin sentencia condenatoria por el delito anterior, es imperiosa la absolución por el delito de blanqueo de capitales¹¹³⁷. Se hablaba entonces de la necesidad de cosa juzgada penal y la inexistencia de causas de extinción o exención de responsabilidad penal¹¹³⁸.

Sopesados los posicionamientos, no hay violación alguna del principio de la presunción de inocencia o necesidad de adopción de la hiperaccesoriidad o accesoriidad máxima, consagrando el hecho como típico, ilícito, culpable y punible. Se trabaja con la prueba indiciaria para reunir elementos que apunten que hay una actividad delictiva antecedente, o sea, el injusto penal cuya

¹¹³⁴ Por todos: “...el delito de blanqueo de capital es un delito *autónomo* de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el artículo 301 del Código Penal. No requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de *enjuiciamiento previo* y sanción penal” (STS 1919/2013. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 11045/2012. N.º de Resolución: 228/2013. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, p. 82).

¹¹³⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”..., p. 64; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “El desatinado delito de blanqueo de capitales”..., pp. 17-18.

¹¹³⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”..., p. 64.

¹¹³⁷ GOMÉZ BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales*..., p. 78.

¹¹³⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”..., p. 64.

comprobación deberá ocurrir en proceso autónomo para discutirlo o, si acaso hay pruebas suficientes de autoría y materialidad de este último, nada impide su discusión en el mismo hecho.

Con referencia a los indicios del delito antecedente comprobables para fines de blanqueo de activos, es posible encontrar como criterios en la jurisprudencia española la importancia de la cantidad de dinero limpio; la vinculación de los autores con actividades ilícitas, grupos o personas relacionadas con ellas; el incremento patrimonial no usual o desproporcional; la naturaleza y características de las operaciones llevadas a efecto (por ejemplo, adoptando para ellas una elevada cantidad en moneda); la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que fundamentarían las operaciones; las frágiles explicaciones sobre el origen de estos capitales; la existencia de sociedades 'fachada' u organizaciones financieras que no se funden en actividades económicas lícitas¹¹³⁹.

El delito de blanqueo de capitales se desvincula de la actividad delictiva antecedente por fuerza de su autonomía, como ya hemos subrayado *supra*, sin que las infracciones penales que dieron origen al capital ilícito o negro dependan del primero para su existencia. No hay, por tanto, una relación de interdependencia y/o vinculación probatoria entre ambas y/o lesión a la presunción de inocencia, puesto que tiene la defensa la oportunidad de justificar el origen espurio del capital, y la acusación la de comprobar la línea de indicios necesarios para el reconocimiento del delito¹¹⁴⁰.

¹¹³⁹ STS 468/2014. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 933/2013. N.º de Resolución: 91/2014. Procedimiento: Recurso Casación. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. Y SSTS 202/2006, de 2 de marzo; 1260/2006, de 1 de diciembre; y 28/2010, de 28 de enero. En ese tono, anota Quintero Olivares: "La equiparación entre lo 'inexplicable' y lo 'delictivo' es así tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo" (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil". *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 12-r2 [2010], p. 4. [Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>. Fecha de acceso: 08/04/2011]).

¹¹⁴⁰ Vid. en la jurisprudencia española: "No se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente conocía que el dinero transferido no tenía un origen lícito y que se benefició económicamente de la transacción propuesta, con el objeto de ocultar el destinatario final del dinero transferido. Las explicaciones dadas por el recurrente respecto a la operación económica propuesta no son lógicas y denotan que conocía la ilegalidad de la misma" (ATS 791/2014. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 1697/2013. N.º de

Vencida la cuestión, debemos proceder a analizar el aspecto referente al grado de consumación y a la naturaleza del delito antecedente, con objeto de verificación del juicio de adecuación típica de los delitos de blanqueo de capitales.

La Ley penal anota el elemento “actividad delictiva”, pero no presenta cuál es la naturaleza del delito, o sea, si es doloso, imprudente o preterintencional y, en lo que cuida del *iter criminis*, si puede ser consumado, intentado o ser un acto preparatorio.

Martínez-Buján defiende que es pacífico en la doctrina que “el delito previo puede consistir no sólo en un hecho consumado, sino también un hecho *intentado*, e incluso en un *acto preparatorio* punible, en la medida en que de él se puedan derivar bienes idóneos para ser objeto de blanqueo”. Sigue el profesor gallego apuntando que “nada obsta teóricamente tampoco que el delito previo consista también en un hecho imprudente, siempre que el mismo genere bienes”¹¹⁴¹. Bajo los auspicios de la legislación anterior, esta posición encontró resistencia en la doctrina, que defiende la imposibilidad de que el delito imprudente genere bienes para fines de blanqueo de capitales, porque los bienes, según Palma Herrera “tendría[n] su origen o procedería[n], en todo caso, de un acto de liberalidad aceptado por quien cometió un delito de manera imprudente, pero no podría establecerse la necesaria relación «delito-bien» que se desprende de los términos «tener su origen en un delito» o «proceder de un delito»”¹¹⁴². El autor prosigue diciendo que el artículo 127 del Código Penal excluía la posibilidad de comiso de bienes, instrumentos o provechos provenientes de un delito imprudente, y que la misma lógica se aplicaba a los delitos de blanqueo de capitales¹¹⁴³.

Resolución: 72/2014. Procedimiento: Recurso Casación. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, p. 2).

¹¹⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 486. En el mismo sentido: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 189; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 130; DEL CARPIO DELGADO, Juana. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”..., pp. 89 y ss.; y, revisando su posicionamiento: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 286.

¹¹⁴² PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 334-335.

¹¹⁴³ *Ibidem*, p. 335.

La reforma promovida en el Código Penal alteró la redacción del artículo invocado como fundamento de resistencia a la imposibilidad de considerar el delito imprudente como hábil a propiciar el capital para el reciclaje de capitales, puesto que el artículo 127 pasó a admitir, aunque en carácter facultativo, el comiso de bienes provenientes de un delito imprudente¹¹⁴⁴.

La reforma promovida en el Código Penal alteró la redacción del artículo invocado como fundamento de resistencia a la imposibilidad de considerar el delito imprudente como susceptible de propiciar el capital para el reciclado, puesto que el artículo 127 pasó a admitir, aunque con carácter facultativo, el comiso de bienes provenientes de un delito imprudente¹¹⁴⁵.

Con relación al delito preterintencional, consideramos que, pese a su ardua configuración, como sucede con el delito imprudente, en teoría nada impide su configuración.

Y por fin, con referencia a que el delito antecedente sea consumado o intentado, para la obtención de los dividendos, del provecho económico del delito, es necesaria su consumación. No obstante, y pese a reconocerse la dificultad fáctica en su obtención, dogmáticamente no hay impedimento para considerar la tentativa, bastando que con ella sea posible la obtención de beneficios financieros¹¹⁴⁶.

3.1.2.2. Deberes de control, información y prevención del delito de blanqueo de capitales descritos en la Ley Orgánica 10/2010

La normativa administrativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo actualmente está dispuesta en la Ley Orgánica 10/2010, dispositivo legal que no presenta elementos de Derecho penal, sino de Derecho administrativo sancionador dirigido hacia una acción preventiva¹¹⁴⁷ con

¹¹⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* p. 286.

¹¹⁴⁵ *Ídem*.

¹¹⁴⁶ Por todos, cfr.: FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 137; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial...*, p. 484.

¹¹⁴⁷ Gómez Iniesta anota, en comentario a la Ley 19/1993: "La obligación de identificación de nuevos clientes, así como de transacciones de dinero de cierta cantidad, son el presupuesto fundamental para cumplir aquella misión y de esta forma penetrar en las estructuras de la criminalidad organizada, con una normativa cuyo esfuerzo si dirige a dotar de racionalización y

el fin de reglamentar determinados sectores económicos y de prestación de servicios especialmente sensibles a la acción del blanqueo de capitales.

La necesidad del establecimiento de medidas de prevención de la comisión del delito, además de propiciar el rastreo y mapeo de las principales actividades de blanqueo de activos, es expresión de lo que ya se apuntaba en el ámbito internacional y europeo en diversos documentos emanados de órganos supranacionales con fuerza de vinculación mínima¹¹⁴⁸: Recomendación R(80) del Comité de Ministros de Europa, Convención de Palermo (art. 7.º), Convención de Mérida (art. 14), Directivas 91/308/CEE, 2001/97/CEE y 2005/60/CEE. Además, existen otros instrumentos que, aunque no posean esa vinculación, presentan notoria fuerza orientativa mínima, como la legislación modelo del IMoLIN (arts. 2.2.1 y ss.), las Cuarenta Recomendaciones del GAFI (recomendaciones nueve a veintisiete).

El deber de creación de esas normas sin fuerza obligatoria estatal también surgió en el segmento privado, en forma de *soft law*, de iniciativa e influencia eminentemente estadounidense, a través de la formación de *networks* para el establecimiento de una estandarización en los modelos de fiscalización, rastreo y mapeo de las actividades de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, lo que quedó evidenciado con la elaboración de documentos de asociaciones privadas, como la Declaración de los Principios de Basilea o los Principios de Wolfsberg.

En España, la materia fue inicialmente tratada en la Ley 19/1993, que disponía sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y que posteriormente fue complementada por el reglamento que advino con el Real Decreto 925/1995. Posteriormente, la Ley Orgánica 10/2010 promovió la unificación de los sistemas de prevención frente a la obtención de provechos

modernización el sistema, a dotarle de transparencia y equilibrio, con el fin de evitar la obtención de beneficios económicos procedentes de operaciones con capital o bienes ilícitos” (GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 67).

¹¹⁴⁸ Se habla de fuerza vinculante mínima porque, como ya se ha dicho, en la actualidad el deber de creación de un sistema de contención penal y administrativo al delito de blanqueo de capitales será precisado en su contenido conforme a la autonomía de cada país. Para una mayor profundización, *vid.*: BLANCO CORDERO, Isidoro. “El Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05 (2004), pp. 3-4 (Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>. Fecha de acceso: 14/04/2014).

ilícitos, presentando para ello una nueva normativa anti-blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo. El fundamento de esas normas son “razones e intereses de solidaridad general del sistema, sea por exigencias de transparencia y limpieza del sector económico [...]”¹¹⁴⁹.

La norma anti-blanqueo comienza presentando sus objetivos, que se resumen en el mantenimiento de la protección e integridad del sistema financiero y otros sectores de la actividad económica mediante providencias preventivas del blanqueo de capitales (artículo 1.1 de la Ley 10/2010). La descripción legal sirve también de respaldo a la idea de que el bien jurídico obligatoriamente pase por la tutela de la libre circulación de bienes en el circuito económico, aunque, yendo más allá, la Ley acaba representando una interpretación auténtica de los tipos penales de blanqueo de capitales.

La aserción posee validez cuando su artículo 1.2 presenta en qué consiste el blanqueo de capitales, cuyo contenido se asemeja casi íntegramente al legalmente empleado, salvo algunos apartados, como el artículo 1.2.d); y prosigue admitiendo expresamente el autoblanqueo en el mismo artículo.

La Ley 10/2010 establece en su artículo 2.1 un amplio catálogo de sujetos obligados por la Ley, que correctamente contempla personas físicas y jurídicas en ejercicio en diversos sectores de la economía y del mercado financiero [art. 2.1, apdos. a) a y)], como aseguradoras, entidades de crédito, entre otras, incluso alcanzando personas físicas como abogados, contables, dejando una cláusula abierta para alcanzar a otros profesionales liberales que participen de determinadas operaciones financieras y o comerciales [art. 2.1.ñ)]. Además, la legislación establece que la imputación de la conducta recaerá sobre la persona jurídica en cuyo nombre actúe el empleado (art. 2.2).

La norma española consagra las reglas del deber de identificación de sujetos y de transacciones, estableciendo, al igual que en las normas y deliberaciones supranacionales ya apuntadas, medidas normales de diligencia debida cuya incidencia es mínimamente exigida para todas las transacciones realizadas por los sujetos (art. 3.1). Se debe señalar que la Ley prevé situaciones donde existe el deber de identificación del titular real de la transacción (art. 4).

¹¹⁴⁹ GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 86.

Existe la imposición del deber de promover una previa investigación sobre las intenciones y objetivos de las relaciones negociales, trazando un perfil del cliente para verificar la idoneidad de las declaraciones ofertadas, cuyo pronóstico de riesgo será hecho de conformidad con informaciones del cliente y otras que el sujeto obligado obtuviere (art. 5). Ese procedimiento se refuerza con medidas de *follow the money* que determinan el rastreo de las operaciones extendidas en el tiempo, para mantener el mapeo de riesgo y garantizar la actualización de los datos (artículo 6).

Las medidas de diligencia debida serán mantenidas siempre que concurra la presencia de indicios de blanqueo de capitales o si hay dudas sobre las informaciones prestadas por el cliente (art. 7.1), además de establecer medidas específicas para algunos tipos de transacción o sector de negocio en que haya sujetos obligados. Existe asimismo una intensificación en las medidas de diligencia debida (art. 11) de acuerdo con la actividad desempeñada o condiciones especiales del cliente que genere riesgos más elevados de blanqueo de capitales, por ejemplo, clientes no presenciales (art. 12.1), actos transfronterizos (art. 13), personas públicas (art. 14) y productos u operaciones propicias al anonimato (art. 16); mientras que, por el contrario, se tiende al relajamiento de esas medidas (art. 9.1), por ejemplo, en el caso de entidades financieras situadas en la Unión Europea sometidas a las mismas obligaciones.

La Ley no establece concretamente una nómina de situaciones, pudiendo recurrirse a la integración con los informes de tipologías de blanqueo de capitales elaborados por el GAFI.

Los sujetos obligados tienen, entre otros, los deberes de prestar colaboración activa (prestación de informaciones) o pasiva (permiso para realización de transacciones)¹¹⁵⁰. La Ley presenta el deber de comunicar las operaciones con indicios de blanqueo de activos al Servicio Ejecutivo de la Comisión, cuando haya discrepancia entre la naturaleza, el volumen de la actividad o antecedentes operativos de los clientes, en especial al descubrir una falta de justificación económica, profesional o de negocio para su realización (art. 18.1). El deber de abstención de realizar la transacción prohibida es una

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 84 y ss.

imposición del artículo 19.1 de la Ley Orgánica 10/2010, que es matizada cuando su realización impida o dificulte la investigación, debiendo inmediatamente comunicar la operación. En tales situaciones, el texto legal suprime el deber de garantizar y elude el dolo por blanqueo de capitales, aunque el agente conozca el origen espurio del capital, creando la posibilidad de que los sujetos obligados se conviertan en agentes infiltrados¹¹⁵¹.

Los órganos competentes para la averiguación de blanqueo de capitales tienen derecho al acceso a informaciones referentes a las operaciones realizadas por los agentes cuando haya la actuación de los sujetos obligados (art. 21.1).

La Ley consagra el deber de mantener el secreto de las comunicaciones, evitándose reportar la noticia de que informará actividades sospechosas del delito de blanqueo de capitales a los sujetos que realizaron la transacción (art. 24.1) y que la comunicación de buena fe cuando no caracterice el delito de blanqueo de capitales no deriva en responsabilidad jurídica en el ámbito administrativo, civil o penal (art. 23). La documentación que refleja las transacciones debe ser archivada durante diez años para comprobación del cumplimiento de la Ley (art. 25.1). Dispone aún la necesidad de establecer regímenes internos de control por auditorías (art. 26.1), dotación de autonomía y análisis por auditorías externas (art. 28.1), mecanismos de intercambio de información para control y fiscalización (art. 33), además de establecer medidas específicas para diversos sectores de sujetos obligados (arts. 34 a 36, 38 a 43) y para el funcionamiento del sistema interno de control del blanqueo (arts. 44 a 49).

La normativa anti-blanqueo de capitales de España dispone, a partir de su artículo 50, previsiones a las infracciones de los deberes instituidos por la misma Ley que provienen del Derecho administrativo sancionador. Se aprecia que la materia es, por lo demás, controvertida en cuanto a los límites entre Derecho penal y Derecho administrativo. Por un lado, algunos critican la legitimidad teórica de la potestad porque “todo poder sancionador debe quedar en manos de los jueces”¹¹⁵², aunque en contraste la Constitución Española prevé

¹¹⁵¹ *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁵² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales”. En *Política criminal y blanqueo de*

en sus artículos 25 y 106 el establecimiento del principio de la legalidad en relación con los delitos y las infracciones administrativas¹¹⁵³, la inestabilidad en el control jurisdiccional de estos actos y la imposibilidad de pena de sanciones penales por infracciones administrativas.

Establecidas estas líneas generales, las infracciones previstas en la Ley 10/2010 derivan típicamente del Derecho administrativo sancionador, y los artículos 50 y siguientes de la normativa anti-blanqueo prevén un sistema de infracciones administrativas que las califica como muy graves (art. 51.1), graves (art. 52.1) y leves (art. 53).

Las sanciones varían, en el caso de infracciones muy graves, desde la amonestación pública, multa cuyo valor mínimo será de ciento cincuenta mil euros (150.000€) y máximo del cinco por ciento (5%) del patrimonio bruto del sujeto obligado, el doble del contenido económico de la operación o un millón quinientos mil euros (1.500.000€) y revocación de la autorización administrativa, en caso de que sea necesaria para su funcionamiento. Para las infracciones graves, la sanción puede ser amonestación pública o privada, multa con valor mínimo de sesenta mil un euros (60.001€) y máximo del uno por ciento (1%) del patrimonio bruto del sujeto obligado, entre otras. Para las infracciones leves, la pena puede ser de amonestación privada y multa de hasta sesenta mil euros (60.000€).

La dosimetría de las sanciones administrativas es fijada con base en el artículo 59 de la Ley 10/2010, a saber, total de los beneficios provenientes de la

capitales (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 127. En la misma línea: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas: Madrid, 1978, pp. 107-108.

¹¹⁵³ La diferencia entre ambas conductas reside en un criterio puramente formal o cualitativo: “Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento penal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales...*, p. 130). En igual sentido, Zugaldía Espinar *et al.* agregan que la Constitución Española previó en el artículo 25.3 el impedimento de la Administración a fijar penas privativas de libertad (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 87). En el otro extremo, otros autores sostienen que el criterio es eminentemente sustancial, porque procura tutelar sectores de actividades, reforzando con sanciones un modelo de gestión sectorial de la Administración cuya principal manifestación es tipificar el delito de peligro abstracto, aunque el Derecho penal debería preocuparse por la peligrosidad concreta (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, p. 125).

infracción y las consecuencias de las omisiones o acciones; iniciativa propia del sujeto obligado a sanear la infracción; verificación de previa infracción impuesta al sujeto obligado en los últimos cinco años. Las medidas pueden incluso alcanzar a la persona física del administrador, responsable por la infracción muy grave y grave (arts. 56.2 y 57.2, respectivamente), si bien no hay tal previsión para las infracciones leves.

El artículo 59.2 de la Ley 10/2010 establece los criterios para imposición de la sanción a las personas físicas, a saber, el grado de responsabilidad o intencionalidad de los hechos que concurra en el interesado; las conductas anteriores del sujeto obligado con relación al cumplimiento de las exigencias legales; el carácter de la representación del interesado; y su capacidad económica.

La prescripción de las infracciones muy graves y graves es de cinco años, y de dos años las leves (art. 60).

A pesar de poseer contenido administrativo, representan normas que deben respeto a los principios de Derecho penal, porque forman parte de la rama del Derecho punitivo¹¹⁵⁴, habiendo quien propugna que, si hay simultáneamente la caracterización de infracción administrativa y delito, deberá la Administración aplazar el curso del procedimiento mientras se dirime la cuestión en el campo penal, so pena de vulneración del principio *ne bis in idem*¹¹⁵⁵. La solución fue proporcionada por el artículo 62.2 de la Ley 10/2010, según la cual “no podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico”.

A pesar de la previsión legislativa, el incumplimiento de las normas de la Ley Orgánica 10/2010 tiende a configurarse como infracción administrativa, en especial por lo que respecta a los fines de la caracterización de los deberes de garante, con el fin de evitar el resultado lesivo e influir en la verificación de las reglas de *compliance* criminal.

¹¹⁵⁴BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales...*, p. 142.

¹¹⁵⁵*Ibidem*, p. 159.

3.1.2.3. Gatekeepers

Cabe destacar aquí el agente que funciona como *gatekeeper*, o sea, guardián del deber de *compliance*¹¹⁵⁶ y del mantenimiento de los parámetros de legalidad en las actividades económicas¹¹⁵⁷, según lo establece la Ley Orgánica 10/2010, en no pocas ocasiones se verá sometido a la disyuntiva entre atender a ese deber y la preservación de la confidencialidad de operaciones económicas de la empresa. Antes de adentrarnos en esa cuestión, recordaremos que el incumplimiento del deber de confidencialidad empresarial en atención a las reglas de *compliance* podría producir, en teoría, la tipicidad de la conducta de delitos relativos al secreto (arts. 197 y 417 CPe), descartándose cuestiones laborales y/o administrativas de los servidores públicos. La aparente existencia de un conflicto en la conducta del *whistleblower*¹¹⁵⁸ que cumple los deberes de *compliance* para notificar la conducta delictiva de blanqueo de capitales, desatendiendo el pacto de lealtad, confidencialidad y secreto empresarial, es resuelta por la doctrina en España bajo el signo de la ponderación¹¹⁵⁹ por el estado de necesidad (art. 20.5 CPe).

Desde esa perspectiva, Ragués i Vallès señala que el estado de necesidad queda caracterizado “en aquellos casos en los que incumple sus

¹¹⁵⁶ Nieto Martín destaca que, “a la par que la auditoría se extiende, las normas de auditoría clásica confieren cada vez con mayor claridad al auditor una función policial con el fin de descubrir las irregularidades que tienen lugar dentro de la empresa. Si de acuerdo con la concepción tradicional el auditor podía actuar bajo la creencia de que todo está en orden, y solo adquirir una obligación de denunciar o investigar cuando se encontraba con algún tipo de irregularidad, las nuevas formas de auditoría obligan a actuar con la obligación de investigar aquellos hechos delictivos que pueden tener reflejo en el balance” (NIETO MARTÍN, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación...”, p. 8).

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹¹⁵⁸ Ragués i Vallès los conceptúa como “aquellos actos de delación realizados por sujetos que están o han estado vinculados con una determinada organización, ya sea administrativa o empresarial, en la que se ha cometido una conducta ilícita” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS*, n.º 1, v. 1 [2013], p. 90).

¹¹⁵⁹ Marín de Espinosa señala que “este requisito –que exista una *diferencia esencial de jerarquía entre los bienes o intereses en conflicto*– exige una ponderación en la que hay que tomar en consideración todos los factores que rodean el conflicto (valoración integral del hecho)”; y sigue la autora aclarando que ha de considerarse la valoración jerárquica (y estática) de los bienes, evaluándose la gravedad de las penas conminadas en su lesión; merecimiento de tutela de los intereses en choque; y el medio utilizado para resolver la dicotomía debe ser socialmente adecuado a los valores fundamentales del grupo social (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 319-320).

deberes de buena fe o lealtad de forma penalmente relevante con el objeto de evitar un perjuicio para los bienes jurídicos más elementales de otras personas”¹¹⁶⁰. Este autor incide aún en la polémica que se puede generar cuando se trata de hechos ya ocurridos o una ofensa futura a bienes jurídicos, destacando como solución que corresponde en ese caso “una interpretación restrictiva de los tipos penales basados en la infracción de deberes de confidencialidad”, porque “los tipos pensados para la protección de los datos confidenciales de las empresas nunca serían aplicables cuando la información revelada consistiera en una actuación delictiva”¹¹⁶¹. A nuestro entender, la visión es correcta y aplicable a cualquier empleado de la empresa que tenga conocimiento del hecho ilícito, aun cuando el *compliance officer* no ocupe el puesto de *gatekeeper* –o sea, cuando tenga por fuerza de la Ley Orgánica 10/2010 o por delegación interna el deber de comunicar, fiscalizar o abstenerse de conductas ilícitas.

3.1.3. Objeto material del delito

Los tipos penales de la legislación penal de España presentan como objeto material de la conducta de blanqueo de capitales, en el delito del artículo 301.1 del Código Penal, el elemento “bienes”¹¹⁶².

Como se trata de un delito contra el orden socioeconómico, es necesario emplear un concepto que conciba el bien como algo posible de valoración económico-financiera, con cuantificación monetaria.

En el contexto del delito de blanqueo de capitales, los bienes son “toda ventaja económica derivada del delito previo”¹¹⁶³, pudiendo ser considerados muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, fungibles o infungibles, además de considerar los “documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su

¹¹⁶⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, *InDret*, n.º 364 (jul. 2006), p. 13.

¹¹⁶¹ *Ídem*.

¹¹⁶² Según el Diccionario de la RAE (Real Academia Española de la Lengua), “bienes” significa: “Patrimonio, hacienda, caudal”. En una segunda acepción, especializada: “*Fil.* En la teoría de los valores, la realidad que posee un valor positivo y por ello es estimable”. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=bienes>. Fecha de acceso: 07/03/2014).

¹¹⁶³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 391.

forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”, de acuerdo con el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/2010.

Se adoptó un concepto que considera las diversas clasificaciones del Derecho civil e insertó finalmente los documentos o instrumentos jurídicos en forma digital o electrónica que reconozcan la propiedad de esos bienes. La expresión se vuelve innecesaria habiéndose apuntado la expresión “bienes inmateriales”, puesto que la misma abarca los documentos electrónicos o digitales, que igualmente son inmateriales y pueden ser materializados.

3.1.3.1. Objeto material del delito precedente y su relación con el delito de blanqueo de capitales

Es de notar que aquellos bienes que por su naturaleza circulan ilícitamente, por ejemplo las armas de fuego de uso prohibido, no pueden ser objeto de blanqueo de capitales, aunque sí el lucro de su comercialización, porque “no lesiona el interés de la comunidad por preservar la licitud de los bienes en la circulación mercantil”¹¹⁶⁴. Naturalmente, el objeto de la actividad delictiva antecedente será objeto de decomiso por el artículo 127.1 del Código Penal. Como ya se ha destacado, nada impide la apuración conjunta de ambos delitos, y en esa hipótesis sería posible decretar el comiso de los instrumentos de la infracción antecedente junto a la pérdida del lucro proveniente de esa infracción, en este caso el delito de blanqueo de capitales.

La excepción a esa regla reside en la consolidación del instrumento y del objeto material del delito antecedente como un lucro o dividendos en el delito de blanqueo de capitales; por ejemplo, en un delito de extorsión mediante secuestro no se exige la percepción de ventaja para su perfeccionamiento, bastando su exigencia para la consumación. Imaginemos que los agentes reciban los valores, vendan el coche utilizado para conducir a la víctima a su encierro y agreguen ese valor a parte del pago del rescate para la adquisición de una lancha para

¹¹⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial...*, p. 484.

emprender fuga¹¹⁶⁵. En ese caso, tenemos que si los dividendos o lucro de la actividad delictiva anterior se ubica al margen de su *iter criminis*, por no ser necesario para el perfeccionamiento del delito, están perfectamente dentro del campo de acción del delito de blanqueo de capitales¹¹⁶⁶.

Mientras tanto, tenemos en la doctrina que la identidad de objetos materiales entre la actividad delictiva antecedente y el blanqueo de capitales se quiebra con la primera conversión, porque en este último concurre frecuentemente una multiplicidad de operaciones¹¹⁶⁷. En materia de delitos socioeconómicos y criminalidad organizada hay una tendencia a adoptar una estandarización conductual, olvidando con frecuencia que estamos ante una criminalidad volátil que cambia de procedimientos constantemente y que en el delito de legitimación de activos no necesariamente tendremos una pluralidad de operaciones, pudiendo perfeccionarse el blanqueo de activos con solamente un acto (por ejemplo, obtención de dinero en especie en un hurto y posterior adquisición de diversas acciones en una única operación en el mercado de valores).

Para finalizar con la cuestión, estamos de acuerdo con la idea de que, por regla general, el objeto material de la actividad delictiva antecedente no es susceptible de blanqueo de capitales, a salvo la hipótesis de que tenga valoración económica, así como que la realización de las operaciones de blanqueo de capitales no configure el delito ya perpetrado¹¹⁶⁸, este último en atención al principio *ne bis in idem*.

¹¹⁶⁵ En términos semejantes: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial...*, p. 484; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*p. 259.

¹¹⁶⁶ Contrariamente, tenemos quien defiende que “respecto a la posesión de los demás bienes derivados directamente de la comisión del delito como el producto, el precio o las ganancias o beneficios, tampoco puede constituir un delito de blanqueo toda vez que ésta pueda quedar consumida en el delito previo” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”..., pp. 141-142).

¹¹⁶⁷ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código Penal Español...*, p. 166.

¹¹⁶⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 102-103.

3.1.3.2. Beneficio bruto o lucro líquido del producto del delito antecedente

Un aspecto candente, aunque no muy debatido en la doctrina, afecta a la consideración del delito de reciclaje de capitales en cuanto al alcance del provecho económico, o sea, si ese beneficio derivado, que será objeto material del blanqueo, es considerado como beneficio bruto o líquido.

Una primera línea de pensamiento sostiene que el objeto material del delito de blanqueo de capitales incide en el beneficio bruto que el agente obtuvo con el delito antecedente, sin ninguna clase de descuento sobre los valores utilizados en su ejecución. Los argumentos a favor de esa corriente defienden que está de acuerdo con normativas europeas sobre el delito de blanqueo de capitales, como las Decisiones marco¹¹⁶⁹, además de garantizar que el delito no sea provechoso, lucrativo o valga la pena. Blanco Cordero señala que “lo justo es que quien comete un delito no pueda enriquecerse de él y, además debe asumir el riesgo de perder los bienes investidos en su comisión mediante el decomiso”; y sigue para decir que “no se entiende por qué este riesgo debe recaer sobre el Estado” y que “el beneficio del delito *no le pertenece a él*, en cuanto que el delito no representa en ningún ordenamiento un título legítimo para la adquisición de propiedad o de otros derechos sobre un bien”¹¹⁷⁰. Los beneficios brutos del delito conllevarían aquí toda utilidad, lucro o beneficio del delito antecedente en tanto que materializables en capital, dinero¹¹⁷¹, incluso el precio, promesa o recompensa del delito antecedente¹¹⁷².

Por otro lado, hay quien defiende que lo correcto es la incidencia sobre el lucro líquido obtenido por el agente, o sea, como destaca Blanco Cordero, “solo puede ser objeto material del delito de blanqueo lo obtenido en el delito, una vez que se ha descontado lo que el delincuente ha invertido en la realización del

¹¹⁶⁹ CORREA AGUADO, Teresa. “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. «Garantizar que el delito no resulte provechoso»”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 15-05 (2013), p. 5 (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc15-05.pdf>. Fecha de acceso: 07/03/2014); BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: Una aproximación desde el análisis económico del Derecho...*, p. 297.

¹¹⁷⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 252.

¹¹⁷¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, p. 102.

¹¹⁷² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 204..

mismo (método del descuento)¹¹⁷³. Se restan de los ingresos brutos del valor de lo gastado como resultado de la práctica del delito antecedente, quedando solamente el lucro líquido. Conforme a la redacción en vigor en 2003, Abel Souto defiende esa segunda corriente y sostiene que el capital de origen lícito empleado en orígenes criminales no afecta al bien jurídico consistente en el tráfico lícito de bienes en el círculo mercantil; que el dinero gastado en la comisión del delito no queda abarcado por el procedimiento; y que la materia es muy distinta en otros países, no siendo las dificultades de cálculo del valor superiores a las que establecen la pena base de multa¹¹⁷⁴.

Los principales documentos internacionales para la represión y lucha contra el delito organizado y el blanqueo de capitales prevén la ampliación del objeto material del delito de blanqueo, estableciendo que bienes obtenidos directa o indirectamente con el delito antecedente pueden ser confiscados. Así lo encontramos en la Convención de Viena contra el narcotráfico y la de Nueva York contra el delito organizado transnacional y la corrupción.

Según nuestra visión, el bien jurídico es afectado de forma pluriofensiva por la conducta; no debe hablarse, por tanto, de falta de afectación por el capital empleado en actividad delictiva. Incluso, si no lo fuera, tenemos que fue empleado en la circulación lícita en la economía para la adquisición de los instrumentos para la práctica del delito o en la obtención de los medios y mecanismos para su comisión, aunque parcialmente. Luego la idea correcta es aquella que admite que el objeto material es el lucro bruto del delito, incluyendo todos los gastos preparatorios del delito antecedente y los beneficios directos o indirectos resultantes.

3.1.3.3. *El delito de blanqueo de capitales en cadena*

¹¹⁷³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 251. A favor de esa corriente tenemos que por bienes con origen en actividad delictiva se entiende “todo lo que proceda de ese delito, ya sea ganancia neta o un bien dirigido a cubrir a los gastos del propio delito” (PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...* p. 315).

¹¹⁷⁴ 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 15 de noviembre...*, p. 176-177.

El delito de blanqueo de capitales también presenta puntos de polémica cuando se trata del llamado blanqueo en cadena, o sea, “los supuestos en que el delito previo viene integrado a su vez ya por un delito de blanqueo de bienes”¹¹⁷⁵.

En España, la legislación penal localiza el origen en una actividad delictiva, sin especificación alguna en cuanto a la gravedad del delito o a la modalidad de infracción penal antecedente cometida. No restringe, por tanto, su incidencia como lo hacía en los antiguos tipos penales, que limitaban el alcance al delito de tráfico de estupefacientes o a un delito grave. Así pues, sería perfectamente apropiado al blanqueo de los bienes obtenidos en un delito anterior que fueran objeto de previas operaciones de eliminación de sus trazos de ilicitud.

La tipificación del delito de blanqueo de capitales cuando se comete de la forma arriba descrita implica la atención al escenario criminológico y la medida político-criminal adecuada¹¹⁷⁶; además de denotar conocimiento de los mecanismos empleados para obtener capitales ilícitos, dado que esas operaciones no suceden en actos aislados o estancos, sino que se pasa por una pluralidad de actos en vistas al reciclado, facilitando la ocultación o disimulación del origen¹¹⁷⁷. Se trata, por tanto, de evitar la formación de lagunas de punibilidad¹¹⁷⁸, en razón de cuestiones de prueba en el proceso penal con o sin

¹¹⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial...*, p. 487. Defienden igualmente la posibilidad de blanqueo de capitales en cadena: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 335; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial (CD-Rom)...*, p. 6; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 556; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 192-193; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, p. 137; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 134; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español...*, p. 19.

¹¹⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial...*, p. 487.

¹¹⁷⁷ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 134.

¹¹⁷⁸ Señala la doctrina que, “según esto, tanto si el segundo blanqueador conoce el delito originario de los bienes, como si conoce el previo delito de blanqueo, conoce que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva, con lo que su conducta será típica del art. 301 CP”; y prosigue: “...es punible la legitimación de un bien procedente de la legitimación de otro bien, que procede de un previo delito” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 335).

rastreo de las transacciones¹¹⁷⁹. Lo que importa es conocer el origen delictivo de los bienes que hayan generado el objeto de las operaciones de blanqueo de activos, o que hubo una operación previa de blanqueo de capitales¹¹⁸⁰, lo cual está en sintonía con la perspectiva de “*follow the money*” adoptadas también en España.

Respecto a esta cuestión, debe analizarse la diferencia entre el reciclado en cadena y la receptación descrita en el artículo 298 del Código Penal, si bien es cierto que en el momento oportuno nos adentraremos en las cuestiones de concurso aparente de normas o de delitos. Sin embargo, digamos que, de entrada, a nuestro entender en la receptación tenemos la limitación en cuanto a la comisión de un delito contra el patrimonio o al orden socioeconómico, apuntando un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de lucro y, como conductas típicas, ayudar al aprovechamiento de los efectos, recibimiento, adquisición u ocultación de los efectos de los delitos arriba apuntados. Además, esta cuestión debe ser sopesada también de conformidad con el artículo 302.1 del Código Penal, puesto que invariablemente el agente que actúa con ánimo de lucro lo hace dentro de una estructura funcional organizada para la comisión secuenciada de delitos de esa envergadura.

3.1.3.4. *El blanqueo de capitales de bienes sustitutivos*

El delito de blanqueo de capitales también suscita comentarios cuando proviene de bienes sustitutivos, o sea, aquellos que no proceden directamente de una actividad delictiva, pero cuyo origen está calcado sobre un delito y cuyas alteraciones en su cantidad y calidad se funda en sucesivas operaciones y transformaciones sufridas por el capital. Martínez-Buján explica que “se trata, por tanto, de todos aquellos bienes que a través de cualquier operación económica

¹¹⁷⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española...*, pp. 89-90.

¹¹⁸⁰ Apunta Aránguez Sánchez que es difícil comprobar el origen ilícito de los bienes provenientes del primer procedimiento de reciclado; sin embargo, se vuelve más fácil saber que el agente se dedica al blanqueo de capitales, de forma que ese delito puede servir de base a la imputación de otro delito de blanqueo de capitales (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 193).

se obtienen a partir de los bienes conseguidos con la infracción penal precedente”¹¹⁸¹.

Los bienes que son indirectamente provenientes de actividades delictivas antecedentes y aquellos que derivan de actividad ilícitamente acometida, pero que en esencia son lícitos, demandan un análisis en cuanto a que sean susceptibles de blanqueo de activos. El aspecto central para dilucidar de la cuestión reside en la cuestión de la contaminación del capital cuyo trazo inicial de ilicitud se alarga para alcanzar a otros bienes cuya génesis esté en una actividad delictiva antecedente.

El tipo penal describe como requisito para la adecuación típica que el bien tenga origen o proceda de una actividad delictiva, no haciendo alusión a la posibilidad del origen directo o indirecto, ni prohibiendo su sustitución por otro¹¹⁸². La originaria obtención de los bienes con amparo en delito genera una mácula que acompaña a las sucesivas transformaciones del bien y afecta a otros que son agregados a él, pero que se refieren al origen ilícito. El mismo Martínez-Buján explica que “no sólo deben quedar comprendidas las ganancias inherentes a la previa conducta criminal, sino también las que traigan causa del mismo en cada caso, así como los rendimientos que de ellas procedan”, porque “ese objeto debe concebirse del modo más amplio posible, de manera que sea capaz de abarcar a multiplicidad de formas que puede adoptar la riqueza ilícita”¹¹⁸³.

Debido a la ampliación de la posibilidad del delito de blanqueo de capitales en virtud de bienes sustituidos, conviene delimitar cuál sería el límite de su incidencia, para evitar una infinita regresión, expresamente cuando nos encontremos ante la hipótesis de una mezcla de bienes. La doctrina, en especial en Alemania y Suiza, parte de premisas como la teoría de la contaminación total

¹¹⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 487.

¹¹⁸² Admiten esa idea: GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 47; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 206; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 487; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 300-301; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 365; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 107; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.161; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 336 y ss.

¹¹⁸³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 300-301.

o descontaminación parcial fundada en la equivalencia de los antecedentes, adecuación social e imputación objetiva¹¹⁸⁴. Inicialmente, cuando ocurre la mezcla de productos económicos provenientes de actividades delictivas distintas, mantiene la calificación jurídica del hecho como reciclaje de capitales, cabiendo solo el análisis concursal del hecho que se hará en momento oportuno.

Otros mantienen como regla fija la de limitarse al valor proporcional del capital de origen ilícito, sin ponderaciones económicas, partiendo de la premisa de que el delito de blanqueo de capitales sea considerado pluriofensivo por la lesión al tráfico lícito de bienes en la economía y a la administración de la justicia. Como resultado, el objeto material del delito de blanqueo de capitales será la faceta proporcionada por la actividad delictiva previa, sin analizar la contaminación o descontaminación, conformándose al principio de la legalidad, por ser una solución adecuada a la ley, y gozando de seguridad jurídica, ya que son previamente cognoscibles las consecuencias, además de atenta al principio *in dubio pro reo*, al evitar soluciones desproporcionadas con inversión de la carga probatoria¹¹⁸⁵.

El blanqueo de capitales en cadena presenta cuestiones que pasan por el análisis de situaciones de especificación, revalorización, pérdida de valor y prescripción del delito previo.

Comenzando por el último, existen posicionamientos que defienden que la prescripción opera la descontaminación del provecho resultante de la actividad delictiva previa, puesto que con él eliminaría los trazos de ilicitud del capital proveniente del delito precedente y extingue la punibilidad de este hecho¹¹⁸⁶. El elemento nuclear de la tesis reside en el punto de que la contaminación no puede perdurar cuando el hecho que le confirió existencia dejó de tener relevancia jurídico-penal. Por otro lado, y de forma más acertada, hay quienes defienden la irrelevancia de la prescripción, porque el delito de blanqueo de capitales posee

¹¹⁸⁴ Con riqueza de detalles, y con la normativa anti-blanqueo como parámetro: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 207-219. Adoptan como criterio los aspectos arriba aludidos: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 348 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 109. Otros vislumbran la solución del problema con criterios típicos del Derecho civil: Díez Ripollés, José Luis. *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español...*, p. 611.

¹¹⁸⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 363-364.

¹¹⁸⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 219.

autonomía con relación a la actividad delictiva antecedente, la cual demanda – según la teoría de la accesoriedad limitada– únicamente la demostración de la concurrencia del injusto penal, o sea, un hecho típico e ilícito, de acuerdo incluso con la previsión del artículo 300 del Código Penal español¹¹⁸⁷.

En la hipótesis de beneficios ordinarios provenientes de un bien de origen delictivo objeto de reciclaje de capitales, el producto quedará igualmente afectado a los fines del delito indicado. Incide aquí el “principio de todo o nada”, “según el cual tras el cálculo en bruto de beneficios, si la parte de procedencia ilícita es significativa, debe prevalecer la consideración de la globalidad de los beneficios como ilícita”¹¹⁸⁸.

Algunos sostienen que, en casos como este, el provecho no se transmite al objeto material y que no se puede hablar de delito de blanqueo de capitales, porque “la finalidad del delito de blanqueo, que se introduce en el Código penal para evitar que se introduzcan en la economía los beneficios producidos por actividades ilícitas, en el caso de esas inesperadas ganancias debidas al azar, la aplicación de la normativa antiblanqueo carece de sentido”¹¹⁸⁹.

Sin embargo, seguimos otra línea de más largo alcance, ya que el acto de encontrar diamantes promovió una apreciación de la finca para la futura realización de negocios, además de que las gemas fueron encontradas solamente en función de la compra de la finca. De acuerdo con la doctrina, “la razón fundamental se debe a que el importe de la revalorización va a quedar contagiado por la mancha de los fondos delictivos”¹¹⁹⁰.

Las hipótesis de revalorización o devaluación del bien tampoco suprimen el rastro de ilegalidad del objeto material y permiten la imputación por delito de blanqueo de capitales. En el primer caso se centra en la ventaja adicional derivada de la valoración; y en el segundo, incidirá proporcionalmente al nuevo

¹¹⁸⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 365.

¹¹⁸⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 212.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 213.

¹¹⁹⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 365.

valor del bien con los actos de transformación y sustitución¹¹⁹¹, o recaerá correctamente sobre el valor originalmente obtenido con el bien¹¹⁹².

Un agente que haya participado en el procesos de blanqueo de capitales, incurriendo en cualquiera de los verbos descritos en el tipo penal sin conocimiento del origen espurio del capital inicialmente obtenido, resultará naturalmente sin responsabilidad penal por los hechos, en virtud de la ausencia de dolo debida a su buena fe¹¹⁹³, debiendo examinarse los hechos, en particular, conforme a las normas antiblanqueo, a fin de verificar el incumplimiento del deber de cuidado objetivo.

Por fin, la última posibilidad de blanqueo de capitales por sustitución radica en la especificación cuando el agente o tercero actúa sobre el bien obtenido ilícitamente con el fin de darle un nuevo aspecto, por ejemplo, un relojero recibe una cantidad de oro y añade una parte de su propiedad y sus materiales, además de su técnica, para transformarla en relojes de bolsillo. A nuestro entender, habrá existido el blanqueo del bien en su integridad.

A modo de conclusión, entendemos que, cuando el agente busca, mediante la combinación de capitales, limpiar los activos ‘sucios’ o ‘negros’ obtenidos de una actividad delictiva, estos¹¹⁹⁴, por regla general, también contaminarán a los que son de origen lícito y que habrán de ser considerados igualmente objeto de blanqueo.

3.1.4. Autoblanqueo de capitales

El autoblanqueo de capitales es una cuestión que, en cuanto a su admisibilidad, presenta un análisis dogmático y jurisprudencial cuya problemática ya existía en los primeros tipos penales que trataban la materia.

Conviene que consignemos en primer lugar que el delito de blanqueo de bienes es un delito común “en el sentido de que el tipo no restringe el círculo de

¹¹⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 214.

¹¹⁹² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 104.

¹¹⁹³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 217.

¹¹⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 357.

sujetos activos a un determinado grupo de personas que ofrezca una característica peculiar”¹¹⁹⁵.

Las objeciones realizadas a la posibilidad de reprobación penal del *autoblanqueo*¹¹⁹⁶, en especial antes de la reforma penal de 2010, se fundan esencialmente en la cuestión de si el bien jurídico tutelado es, de acuerdo con una parte de la doctrina, la administración de la justicia. Por tanto, no habría fundamentación político-criminal suficiente para su previsión de forma apartada e independiente de los delitos de favorecimiento. Existiría también, por tanto, el derecho a la aplicación del privilegio de la impunidad del auto-favorecimiento¹¹⁹⁷, cuyo reconocimiento especifica el artículo 451 del Código Penal.

Se agrega como argumentación contraria a su tipificación la inexigibilidad de conducta diversa, porque el agente que obtiene los bienes derivados de un delito forzosamente realizará los actos con tendencia a emplearlos en el mercado lícito¹¹⁹⁸, por lo que, finalmente, reprobar esa situación implicaría sancionar un acto posterior no punible¹¹⁹⁹.

Por otro lado, una corriente predominante sostenía, incluso antes de la Ley Orgánica 5/2010, que podía reprobarse la conducta delictiva antecedente que generó los bienes destinados al blanqueo en concurso con el delito de

¹¹⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 493. Igualmente: FARALDO CABANA, Patricia. “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”. En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (Dir.: L. M. Puente Aba). Comares: Granada, 2008, pp. 161-194; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 309.

¹¹⁹⁶ Corcoy Bidasolo señala: “La tipificación expresa del autoblanqueo no impide las dudas sobre su legitimidad y, eventual, inconstitucionalidad por: 1.º eludir la prohibición de *bis in idem*; 2.º convertir un concurso de leyes en un concurso de delitos, por ser el blanqueo un acto posterior copenado para el responsable del delito originario; 3.º se castiga al agotamiento delictivo (no tendría legitimidad el castigo en meros casos de disfrute o transformación de los bienes de un delito en bienes de consumo); 4.º son supuestos de autoencubrimiento en los que no se puede exigir otro comportamiento” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales”..., p. 67).

¹¹⁹⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de legitimación de capitales...*, pp. 35-38. En el sentido de no admitirla véase: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)*..., pp. 117-118.

¹¹⁹⁸ Sostiene que es una cuestión de concurso aparente de normas resuelto por el delito antecedente, a salvo el acometimiento de otra infracción penal intermedia entre la originaria del capital ilícito y el blanqueo de capitales: PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 389-394.

¹¹⁹⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial...*, p. 852.

reciclaje de capitales¹²⁰⁰, puesto que el bien jurídico salvaguardado en este último delito es de orden socioeconómico o pluriofensivo, no debiendo hablarse de continuidad de la lesión al bien jurídico antecedente. Existe, así pues, un escenario político-criminal favorable a la duplicidad de sanción penal, sin que se piense en *bis in idem* ni siquiera en una línea de entendimiento similar a la de tratados, documentos internacionales y la del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/2010¹²⁰¹.

Además, el delito de blanqueo de capitales es autónomo de la actividad delictiva previa, lo que quedó reafirmado con la alteración del panorama legislativo¹²⁰², que promovió el expreso permiso a la reprobación del comportamiento de agente que obtiene el capital por fuentes ilícitas y posteriormente emplea actividades de legitimación de éste¹²⁰³. Esto es así

¹²⁰⁰ GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas de política criminal sobre el delito de lavado de capitales...*, p. 67; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 176-178; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 317-318; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 236-237 y 241-243; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 131; FARALDO CABANA, Patricia. *Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes...*, pp. 161-194; Díez Ripollés, José Luis. *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español...*, p. 611.

¹²⁰¹ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 14.

¹²⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial...*, p. 556; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial (CD Rom)...*, p. 5; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, pp. 14-17; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, pp. 493-494; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.164; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 539-540; FARALDO CABANA, Patricia. "El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010". *RJ*, n.º 0 (2012), pp. 31-32; DEL CÁRPIO DELGADO, Juana. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española...*, p. 114; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español". En *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...*, pp. 132 y ss.

¹²⁰³ La jurisprudencia española apunta que "el delito de blanqueo de capitales a que se refiere el art. 301 del CP y por el que se ha formulado condena, busca sancionar toda conducta destinada a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes generados como consecuencia de una actividad delictiva previa. Los moldes históricos, cerrados en las ganancias obtenidas por el tráfico de drogas, han sido ya desbordados por una tendencia internacional expansiva en la que se sanciona, no sólo convertir o transmitir bienes, sino poseer o utilizar esos mismos bienes. Además, en línea con lo que ya había declarado esta Sala en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006, la redacción vigente –resultado de las reformas sucesivas operadas por la LO 15/2003, 25 de noviembre y por la LO 5/2010, 22 de junio– castiga tanto el delito de blanqueo de bienes, como verdadero acto de encubrimiento de un ilícito penal cometido por un tercero, como el autoencubrimiento, cuya punición, según algunos autores, no estaría suficientemente justificada. Sea como fuere, más allá de los variados problemas que suscita un tipo penal que busca evitar las tradicionales lagunas de impunidad derivadas del incontrolado enriquecimiento de los bienes procedentes de actividades delictivas, lo cierto es que el delito de

porque la Ley consagra “cualquier actividad delictiva cometida por él o tercera persona” en la nueva redacción del artículo 301.1 del Código Penal, lo que diverge de los tipos penales de los artículos 298.1 y 451, que contemplan la expresa imposibilidad de la punición del mismo agente por receptación/favorecimiento y un delito antecedente.

Sin embargo, hay quien incluye una matización en la tipificación del *autoblanqueo*, cuando exista identidad de bienes jurídicos afectados o si la valoración del delito anterior ya abarca la del delito de blanqueo de capitales¹²⁰⁴.

Posteriormente hubo otra decisión del Tribunal Supremo¹²⁰⁵ en que la cuestión del autoblanqueo de capitales sufrió algunas precisiones en cuanto a la posibilidad o no de su consideración en los casos concretos. Villegas García apunta en su análisis de la sentencia que la cuestión del autoblanqueo presenta dos situaciones, una que admite el autoblanqueo y la responsabilidad penal por el delito antecedente de tráfico de drogas y robo: “De una parte, aquellas en las que el patrimonio ilícito procede de una actividad delictiva previa a la que es objeto de la concreta operación de tráfico que ha supuesto la intervención policial, y el posterior procedimiento judicial. En estos supuestos, dice el Tribunal, «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

tráfico de drogas sigue siendo, en el escenario más común, el delito antecedente por excelencia. Y este es precisamente el delito que sirvió al recurrente para obtener las ganancias que luego quiso transformar mediante su incorporación al mercado ordinario. En el plan subjetivo –aspecto del que también nos ocupamos *infra*, al resolver el motivo formulado con similar inspiración por Eloy–, la prueba del dolo se facilita sobremanera en aquellos casos, como el de Baltasar, en los que estamos en presencia de un supuesto de autoblanqueo, esto es, cuando quien busca enmascarar el origen ilícito de una determinada ganancia, es el propio autor del delito antecedente de tráfico de drogas. Fue el recurrente quien, buscando rentabilizar los resultados económicos de su dedicación profesionalizada al tráfico de drogas, desarrolló toda una serie de actos de inversiones inmobiliarias y adquisiciones de vehículos, dirigida a encubrir el producto de la venta y distribución clandestina de drogas. Ninguna duda existe, por tanto, de su conocimiento acerca de la vinculación entre el delito precedente y los bienes que se blanquean” (STS 553/2014. Id. Cendoj: 28079120012014100092. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 1729/2013. N.º de Resolución: 83/2014. Procedimiento: Recurso Casación. Ponente: Manuel Marchena Gómez).

¹²⁰⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española...*, p. 114.

¹²⁰⁵ STS (Sala de lo Penal) n.º 858/2013, de 19/11/2013 (Nº: 10502/2013). Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

investigación». Cuando el patrimonio, continúa la sentencia, «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 casos, se concluye, 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 tráfico”¹²⁰⁶.

Sigue diciendo que no se admite la doble reprobación del autoblanqueo y el delito antecedente: “De otra parte, estarían aquellas situaciones, como la del supuesto de hecho examinado en la resolución dictada. Estamos ante unas operaciones de tráfico puntuales, que dan lugar a una tenencia y unas posteriores ventas, generadoras de un patrimonio, que se detalla en los hechos probados, y que se presenta como incremento patrimonial derivado de un concreto tráfico de drogas. La conducta típica del tráfico de drogas se concreta, según el Tribunal, en la tenencia y venta de la droga, mientras en la venta se sustituye el valor de la droga por su equivalencia en dinero, que se transforma en unos bienes que se relacionan (inversión y adquisición de un vehículo, moto y embarcación). Esos efectos son consecuencia del delito y por ello el Código Penal prevé su comiso, conforme al artículo 127; mientras la valoración de la droga es el criterio rector para la imposición de la pena pecuniaria proporcional a la operación de tráfico. En estos casos, sancionado ese concreto acto de tráfico, los actos posteriores que tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio por él obtenido, son, concluye el Tribunal, actos penados en el tipo penal en el que el mismo se encuadra, y no pueden ser objeto de punición en otra figura delictiva, en la medida en que están ya penados y absorbidos por el citado tipo. Concluye pues el Tribunal «el delito de tráfico de drogas absorbe los posteriores hechos de aprovechamiento de los efectos del delito cuando el

¹²⁰⁶ VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *El castigo del autoblanqueo: precisiones jurisprudenciales* (2014), pp. 2-3. Disponible en internet: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/el-castigo-del-autoblanqueo-precisiones-jurisprudenciales>. Fecha de acceso: 02/11/2014. La jurisprudencia subraya que “el acto de transformación de las ganancias procedentes de un hecho delictivo que es objeto de sanción penal es un hecho que entra en la tipicidad del delito que lo genera” (STS [Sala de lo Penal] n.º 858/2013, de 19/11/2013 [Nº: 10502/2013]. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, p. 10).

patrimonio que se transforma es el que directamente procede del delito contra la salud pública, pues este tipo penal comprende, en su total dimensión, la conducta y la penalidad de manera que afecta a la totalidad del patrimonio, ilícitamente generado por el delito objeto de la sanción. Cuestión distinta es que el patrimonio formado procediera de actos típicos distintos a los que son enjuiciados en el caso concreto en cuyo caso cabría la punición separada pues los objetos son distintos en uno y otro delito»¹²⁰⁷.

La reprobación del hecho referente al narcotráfico y/o el robo no impide que las conductas de invertir los bienes o enajenarlos no presente consecuencias socioeconómicas independientes de la punición del delito antecedente. Lo que conduciría al *bis in idem* es la cuestión del comiso de los bienes, pero no el hecho. La tipicidad no se guía por las consecuencias jurídicas del delito, sino por la lesión del bien jurídico afectado.

El autoblanqueo de capitales no encontraba óbice legislativo en el silencio legal, que no lo excluía expresamente, en cuyo caso, y si hubiera sido esa la intención del legislador español, traería la previsión de una disposición análoga a la de los delitos de receptación y favorecimiento¹²⁰⁸ dentro del delito de blanqueo de capitales.

El delito de legitimación de capitales presenta un bien jurídico diverso de aquel del delito antecedente que generó los bienes destinados al blanqueo, puesto que su carácter pluriofensivo repele la identidad de los mismos¹²⁰⁹, con vistas a autorizar la caracterización de *bis in idem*. Sin embargo, dentro de esta formulación de bien jurídico es difícil encontrar delito con identidad de vulneraciones a los fines de repeler el delito de blanqueo de capitales.

Al consagrarse como válida la inexigibilidad de conducta diversa del blanqueador que obtuvo en otro delito los bienes destinados al blanqueo, se desconsidera la gravedad, no raras veces peor que el delito antecedente¹²¹⁰, de las consecuencias socioeconómicas del tipo penal en análisis, con amparo en la

¹²⁰⁷ *Ibidem...*, pp. 2-3.

¹²⁰⁸ Con razón: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 178.

¹²⁰⁹ Aunque divirgiendo en cuanto al bien jurídico tutelado, así lo entiende ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 171.

¹²¹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 318.

norma constitucional y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anulada en el Tratado de Lisboa, que consagra en sus artículos 16 y 17 el derecho a la propiedad y a la libertad de tráfico de los bienes. En ese paréntesis, y a pesar de que no haya previsión expresa de la posibilidad del empleo de la analogía en el Código Penal español, no vemos impedimento para su empleo *in bonam partem*¹²¹¹, aunque en la situación señalada no vislumbramos su posibilidad, dada la ausencia de semejanza con los tipos penales que prevén de este mandato. Por lo tanto, hay posibilidad de responsabilidad penal por el delito de blanqueo de capitales y el delito antecedente en concurso, cuya rotulación dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas, las cuales desarrollaremos específicamente en la presente tesis.

3.1.5. Tipo subjetivo

El delito del artículo 301.1 del Código Penal de España presenta tipos penales dolosos, si bien la legislación suscita algunas cuestiones que deben dirimirse en cuanto al origen de la actividad delictiva cometida por el propio agente (autoblanqueo), el fin de ocultar o encubrir su origen ilícito o la ayuda a la persona que haya participado en la infracción o infracciones para eludir las consecuencias legales de sus actos.

En referencia a la actividad delictiva cometida por el agente, tuvimos la oportunidad de analizar en profundidad la cuestión del autoblanqueo de capitales en el apartado 3.1.4 precedente, al cual remitimos. En adelante analizaremos el delito desde la perspectiva del dolo, esto es, entre los elementos y las modalidades del tipo¹²¹².

¹²¹¹ Admitiéndola de modo correcto: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 126.

¹²¹² El dolo directo es “conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo”, donde “actúa dolosamente el que sabe que está realizando los elementos de un tipo penal y *quiere hacerlo*” (RAMOS TAPIA, María Inmaculada *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 271). Cobo del Rosal y Vives Antón aclaran que dentro del dolo directo podemos encontrar “un dolo directo de *primer grado*, en el que el querer del autor se dirige a las consecuencias de su acción como a un fin, de un dolo directo de *segundo grado*, en el que el autor representa como necesarias las consecuencias de su actuar y, aun cuando no las persiga directamente, sin embargo, las acepta. Puede decirse, pues, que en el dolo directo de primer grado, *querido* es lo que el autor ha *perseguido* con su acción, mientras que en el de segundo

Inicialmente, cabe analizar la necesidad o no de que se tenga conocimiento de que los bienes provienen de una actividad delictiva practicada por tercero y cuál es la intensidad necesaria de esa percepción. La doctrina mayoritaria entiende que el conocimiento de que el bien tiene su fuente en una actividad delictiva es un “*elemento subjetivo del conocimiento* por parte del autor de que los bienes tienen su origen en un delito”, admitiendo compatibilidad con todas las formas de dolo¹²¹³ y no considerándose un elemento subjetivo del injusto. La comprobación podrá darse a través de una prueba directa de que origen del bien se halla en una actividad delictiva, así como por la existencia de proceso por el hecho anterior e incluso en condena con o sin sentencia firme, puesto que se dispensa la condena previa por el delito antecedente. Debemos puntualizar, no obstante, que la principal forma de comprobación del delito es el empleo de prueba indiciaria¹²¹⁴, independientemente del juicio categórico de certeza sobre de qué actividad delictiva se trata.

grado, *querido* es lo que el autor *ha aceptado* como consecuencia necesaria o inevitable de su conducta. Si habla, en cambio, de *dolo eventual* cuando el autor se representa como *probables* las consecuencias antijurídicas de su actuar y, pese a ello, actúa, asumiéndolas. En el dolo eventual, pues, *querido* es lo que el autor *ha asumido*” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal: parte general...*, p. 625). En sentido similar: RAMOS TAPIA, María Inmaculada *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, pp. 272-273. La teoría del consentimiento es la adoptada por el Código Penal para fundamentar el dolo eventual (por todos: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 539; aunque con disensiones: RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 274).

¹²¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 495; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 266; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 329-330; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.170.

¹²¹⁴ Zaragoza Aguado expone que, “como elementos indiciarios de interés, será necesario valorar para demostrar el conocimiento del origen ilícito, entre muchos, datos tales como la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testafierros 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” (ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, pp. 1.170-1.171). En sentido similar: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 269-270; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 143.

No basta aquí la mera sospecha sobre el origen del bien sometido al procedimiento de blanqueo de capitales que, en teoría, puede haber provenido de un delito¹²¹⁵; es necesario un hecho antecedente típico y antijurídico que desprece la culpabilidad y la punibilidad¹²¹⁶, conforme a la teoría de la accesoriadad limitada. Creemos, en efecto, que no “es suficiente un conocimiento genérico de la ilicitud (administrativa, civil, etc.), sino que se tiene que ser consciente del carácter antijurídico penal del hecho, siendo irrelevante el conocimiento, o su ausencia, sobre características concretas de la culpabilidad o punibilidad del hecho”¹²¹⁷.

Al asumir el posicionamiento arriba expresado, creemos correcto que el elemento ‘actividad delictiva’ sea considerado como un elemento normativo jurídico del tipo penal¹²¹⁸, sin que se requiera la previa delimitación exacta de los hechos ni su calificación jurídica amparada en que basta el conocimiento de que proviene de un delito¹²¹⁹; sino que es suficiente la *valoración paralela en la esfera del profano*, o sea, “para su constatación es necesario un juicio de valor por parte del sujeto activo que le lleve a la convicción de que se ha cometido un delito del que proceden los bienes que se blanquean”¹²²⁰.

3.1.5.1. Dolo subsequens y dolo sobrevenido

El dolo en el delito de blanqueo de capitales “abarca sustancialmente el objeto material y su procedencia, las conductas que sobre éste se realizan y el

¹²¹⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 268.

¹²¹⁶ En ese sentido: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 13.

¹²¹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 268; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 299.

¹²¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 495.

¹²¹⁹ GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, p. 57.

¹²²⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 659. Partiendo del mismo criterio: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 330; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 267; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 495; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 144.

nexo causal con el resultado”¹²²¹; y ha de inferirse en el momento exacto de la ejecución de la conducta delictiva de blanqueo de capitales, por fuerza de la teoría de la actividad establecida por el artículo 7.º del CPe¹²²². Así, se opone la cuestión referente al llamado dolo *subsequens*, o sea, el agente toma conocimiento que los bienes por los cuales cometió las conductas de blanqueo de capitales eran resultantes de la actividad delictiva, la cual no conocía antes.

La cuestión merece destacarse en la hipótesis de que el agente posteriormente tome conocimiento de que el origen de los bienes es una actividad delictiva, y aun así deje de informar a las instancias competentes, teniendo el deber de hacerlo por fuerza de la Ley 10/2010. En esa situación, hay en la doctrina voces que sostienen la posibilidad de la ocurrencia de un delito comisivo por omisión¹²²³ a partir del momento en que se conoce la circunstancia delictiva que permea los bienes objeto de las conductas realizadas por el agente, quien no pensaba que pudieran tener una fuente ilícita, y este no hace la comunicación de la operación sospechosa, aunque sin extenderse la responsabilidad criminal por actos de blanqueo realizados en momento anterior¹²²⁴.

Hay que decir que en si tratando de un vínculo obligacional de tracto sucesivo o diferido en el tiempo cada nueva conducta dentro del ciclo financiero expuesto, tendremos una nueva conducta de blanqueo de capitales, sin que pueda hablarse de dolo en aquellas en que haya desconocimiento por el agente, salvo que este descubra el hecho *subsequens*. En el caso de las operaciones en

¹²²¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 299.

¹²²² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 327; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Económico, parte especial...*, p. 495; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 662.

¹²²³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 330; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 664; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 327; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 274. Quintero Olivares es perentorio con relación a eso al decir: “Por último, y en lo que atañe a la manera de ejecutar la conducta, fácil es aceptar que se puede cometer por acción o por omisión, en este segundo caso cuando el administrativamente obligado omite aplicar los controles o inspecciones debidos precisamente para la prevención de estas conductas” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, pp. 945-946).

¹²²⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 327; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 144.

que ya hubiere el conocimiento del origen ilícito de los bienes, y contando con su inercia, el delito de blanqueo de capitales podrá tener lugar en diversas ocasiones, conforme a los criterios del concurso de delitos en función de las variantes involucradas.

Si un agente descubre que otra persona que está en vía de negociaciones con él durante un cierto tiempo, desea finalmente por medio de tales negocios realizar un delito de blanqueo de capitales, y no hace nada respecto a ello, podrá igualmente ser responsable por el delito de blanqueo de capitales en la vía omisiva impropia, en el caso de que tenga el deber de comunicar las operaciones por el llamado “dolo sobrevenido”¹²²⁵. Si comunica la operación y cesa la conducta de blanqueo de activos, deberíamos, en teoría, analizar el hecho desde el prisma de la tentativa idónea, a los fines de configuración de tentativa de un delito de blanqueo de capitales doloso o del delito imposible, además de enfocar la conducta de aquel que no prosiguió el trato dentro de los actos preparatorios o de la renuncia voluntaria, lo que conduce el hecho a su atipicidad. En ausencia de dolo cuando de la conducta, no hay obstáculo para imputarla como blanqueo de capitales a título de culpa, dependiendo de las variantes del caso concreto. En ese punto el delito imprudente consigue salvar algunas lagunas de punibilidad, aunque de forma muy cuestionable, como se verá.

3.1.5.2. Dolo directo y dolo eventual

Cabe discutir también si en el delito de blanqueo de capitales descrito en el artículo 301.1 del Código Penal es admitido el dolo en todas sus modalidades o si hay alguna restricción. La polémica se instaura porque el tipo penal base ha adoptado la expresión “sabiendo”, mientras que en el artículo 301.2 se presenta bajo la forma de la locución “a sabiendas”. Etimológicamente no hay diferencias entre ambas, sin que veamos inconveniente a admitir en el tipo penal base del delito de blanqueo de capitales el dolo directo de primer o de segundo grado, dolo eventual¹²²⁶, con la reserva, en cuanto al dolo eventual y el dolo de

¹²²⁵ La idea de Vives Antón fue reproducida por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 274. Sin adoptar la expresión, pero con la misma conclusión: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 309.

¹²²⁶ Admitiendo todas las modalidades de dolo: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 495; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El*

consecuencias necesarias¹²²⁷, de que la conducta de realizar cualquier otro acto demande el elemento subjetivo del injusto consustanciado en las finalidades de ocultar, encubrir o ayudar.

Por otro lado, la presencia de los elementos subjetivos del injusto repele la caracterización del dolo eventual, siendo precisa aquí la “ciencia cierta de que lo hace, persiguiendo de modo deliberado el resultado”¹²²⁸, o al menos “debe abarcar en su voluntad la realización de estos últimos, por lo menos, como consecuencia necesaria de su actuar, aunque no las desee”¹²²⁹.

El dolo eventual es admitido en el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal sin ninguna restricción, pues la descripción de la finalidad deseada por el agente o su efectivo deseo a través de los procedimientos de reciclaje de capitales no elude la posibilidad de que el agente voluntariamente se ciegue o asuma el riesgo de llevar a cabo dichos procedimientos para alcanzar la finalidad apuntada.

3.1.5.3. *El blanqueo de capitales imprudente*

El delito de blanqueo de capitales imprudente¹²³⁰ también encierra una dificultad referente a la delimitación de lo que sería imprudencia grave.

El Código Penal español prevé dos modalidades de culpa: la grave y la leve. La culpa grave genera, por regla general, la responsabilidad penal por delito, mientras que la leve es un irrelevante penal, aunque con carácter

blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español..., p. 611. Admiten expresamente el dolo eventual: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1295; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 6; ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 27. Admiten el dolo eventual, el dolo directo de primero y de segundo grados: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 675.

¹²²⁷ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 276.

¹²²⁸ Por todos: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 398; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 317.

¹²²⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 317.

¹²³⁰ El artículo 301, apartado 3, del Código Penal trae la tipificación del delito de blanqueo de capitales imprudente cuando dice: “Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple”.

excepcional podemos hablar de la configuración del hecho como contravención penal (falta), cuando hubiere lesión a bienes jurídicos importantes¹²³¹.

La gravedad de la conducta ha de analizarse objetivamente de acuerdo con el peligro creado, sin que deba hablarse de disminución del grado de culpa si una conducta posterior busca evitar el resultado, siendo cierto que se “debe evitar relacionar la gravedad de la culpa con la gravedad del resultado”¹²³². La imprudencia grave se evalúa de acuerdo con la conducta practicada y la posibilidad de no concurrencia del resultado lesivo, cuando en un juicio previo se evaluara que el resultado era evitable mediante la toma de precauciones¹²³³.

La cuestión gravita nuevamente sobre la delimitación del sujeto activo de la conducta. Nuestra postura es que el delito de reciclaje de activos es delito común practicable por cualquier persona, luego la imprudencia grave será analizada desde el prisma de la conducta efectuada. No se puede exigir que solamente personas que operen en el mercado financiero y a las que afecten las normativas específicas antiblanqueo sean aptas para cometer el delito en cuestión, puesto que en principio la Ley penal no expresa ninguna limitación, pero especialmente porque no se puede exigir diligencia en la realización de cualquier negocio jurídico solamente a determinados sectores específicos del sistema económico. A cualquier persona le es posible distinguir si determinado negocio está permeado de validez, con la precisa observación de sus elementos configuradores y adoptando los parámetros del hombre medio o del hombre menos diligente, dadas las circunstancias concretas del caso. La premisa ignoraría también que es consustancial a las operaciones de blanqueo de capitales el obviar la normativa de control antiblanqueo y que, por tanto, tienden

¹²³¹ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general...*, p. 291; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 6 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004, p. 292.

¹²³² RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general...*, p. 291.

¹²³³ Ramos Tapia apunta: “En la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele describirse la imprudencia grave como el olvido de las más elementales normas de previsión y cuidado o como la omisión de aquella diligencia que observaría hasta el menos cuidadoso y atento de los hombres (baremo *del hombre menos diligente*). En general, la gravedad de la imprudencia está muy relacionada con la jerarquía de los bienes jurídicos que se pongan en peligro (a mayor importancia del bien jurídico, mayor obligación de evitar las conductas peligrosas para el mismo) y con la intensidad con que aparezca el riesgo de lesión, de manera que la imprudencia es grave cuando, para cualquier persona prudente que observara *ex ante* la situación, hubiera sido evidente la probabilidad del resultado, es decir, en las circunstancias que actúa el autor, la posibilidad de causar un resultado lesivo ‘saltaba a la vista’” (*Ibidem*, p. 290).

a optar por negocios que no involucren los mecanismos arriba citados. Aun así, en el caso de pase por tales sectores, tampoco se tiene la intención de llamar la atención o de practicar negocios voluminosos de alta ingeniería financiera. La criminalidad económica es amorfa y buscará medios que no se topen con tanta fiscalización preventiva del Estado, con la finalidad de blanquear el activo ilícitamente obtenido.

Al limitar el espectro del tipo penal solamente a los casos de imprudencia grave, no todo comportamiento descuidado será apto para caracterizar el delito, lo que eludirá la responsabilidad penal en masa por el delito de blanqueo de capitales imprudente, máxime porque la imprudencia leve no autoriza la consideración de un hecho como delito. El punto problemático de la cuestión radica en la delimitación de la inobservancia del deber de cuidado objetivo dentro del delito de blanqueo de capitales. El delito imprudente, como tipo abierto que es, no describe en la Ley penal todas las modalidades ni el reglamento prudente para evitar el resultado típico, dado eso endurecería al juzgador y representaría una función imposible para el legislativo, ante la variedad de comportamientos humanos. Así pues, el tipo de injusto se completa por vía judicial o doctrinal a través de la búsqueda de una integración normativa que ofrezca un punto de referencia de lo que sería el deber de cuidado objetivo¹²³⁴, compuesto por un elemento objetivo, formado por cuál sería el cuidado exigido en la vida social para dicho comportamiento, y otro normativo, derivado de los factores intelectual y valorativo¹²³⁵.

La doctrina fija algunos criterios para la exacta delimitación de lo que sería el deber de cuidado objetivo¹²³⁶, nacida de la “comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la

¹²³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general...*, p. 284.

¹²³⁵ Muñoz Conde y García Arán nos explican que “dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable («objetivo») eran de previsible producción («previsibilidad objetiva»); y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente” (*Ibidem*, p. 285).

¹²³⁶ Cerezo Mir apunta que “se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social. La medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado *necesario* para el desarrollo de una actividad social determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización” (CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 555).

observada realmente por el autor”¹²³⁷. La divergencia entre la conducta realizada y la que debería ser realizada es el centro del delito imprudente, buscándose para la delimitación de la culpa reglas de cuidado en el criterio del hombre de inteligencia media, reglas profesionales (*lex artis*), el principio de la confianza, adecuación social; e incluso algunos sustentan otros criterios de imputación objetiva. Para las personas sometidas a la égida de la Ley 10/2010, el parámetro objetivo del deber de conducta puede situarse en las obligaciones recogidas en esa normativa, además de documentos internacionales como los Principios de Wolfsberg y la Declaración de la Basilea, entre otros, así como en las circunstancias del negocio¹²³⁸.

Sin embargo, como estamos ante un delito común, en que no se exige la imprudencia profesional¹²³⁹, el deber subjetivo de cuidado dependerá del análisis de elementos subjetivos del agente, a saber, el “nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto”¹²⁴⁰, en relación con las reglas y principios de la experiencia, que son abstracciones y generalizaciones aplicables a los casos concretos para determinar la culpa¹²⁴¹. Fabián Caparrós destaca que la

¹²³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general...*, p. 285.

¹²³⁸ Con relación a los intermediarios financieros y profesionales del mercado económico, señala la doctrina que lo exigido “es un comportamiento diligente y una particular atención a todas las circunstancias que rodean el negocio” (GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, p. 60). Critica la propuesta de tipificación imprudente, porque “en la práctica se construye un sistema que obliga a suministrar datos a la Administración bajo amenaza penal, lo que según los parámetros jurídicos europeos *no oficialistas* resulta a todas luces inadmisibles”: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. En *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (Dir.: GONZÁLES CUSSAC, José Luis; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2009, p. 23.

¹²³⁹ Ramos Tapia explica: “El CP tiene en cuenta, en la tipificación de algunos delitos imprudentes, si la conducta ha sido realizada «por imprudencia profesional»; es el caso del homicidio, el aborto y las lesiones imprudentes (arts. 142.3, 146, 152.3 y 158 CP). Se trata de supuestos en los que el resultado lesivo se produce por un déficit en el profesional de los conocimientos técnicos o científicos que le son exigibles en atención a su cualificación profesional o por una defectuosa aplicación de los mismos (por ejemplo, en las intervenciones médicas que producen la muerte o lesiones del paciente debido a que el médico no ha actuado según la *lex artis*). Por ello, porque lo característico de este tipo de imprudencia es la falta de pericia profesional, el CP prevé en estos casos la imposición adicional de penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Sin embargo, no deben considerarse casos de «imprudencia profesional» los supuestos en los que el resultado se produce, no por falta de pericia del profesional, sino por incumplir deberes de atención comunes a cualquiera («imprudencia del profesional»)» (RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general...*, pp. 291-292)

¹²⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general...*, p. 286.

¹²⁴¹ *Ibidem*, p. 287.

imprudencia grave debe ser puntualizada en la sentencia condenatoria, indicando concretamente cuándo ocurrió la infracción del deber de cuidado objetivo y señalando cómo podría obtenerse en el caso concreto el conocimiento acerca de la procedencia delictiva de los bienes¹²⁴². Se antoja necesario que el delito de blanqueo de capitales imprudente sea considerado común, puesto que no se puede dejar de exigir de la sociedad un comportamiento que respete los límites de lo ético o lo prudente, o sea, que adopte las mínimas cautelas elementales¹²⁴³ en la práctica de los negocios.

Otro factor polémico entre la doctrina, dentro del delito de blanqueo de capitales imprudente, es en qué aspecto se asentaría la violación del deber objetivo de cuidado, puesto que hay tres instantes posibles que dividen a la doctrina.

La imprudencia recaería sobre el desconocimiento del origen ilícito de los bienes, siendo la culpa reputada como grave con la mayor violación al deber de cuidado en la búsqueda del origen ilícito de los bienes advenidos de delito¹²⁴⁴. El relevante para la determinación de la imprudencia grave y el límite para fines del delito doloso reside en la búsqueda de cuidados en el origen del bien resultante de actividad delictiva, y no el comportamiento en sí de no saber o poder saber que se realiza actividad de blanqueo¹²⁴⁵. Otros defienden que la imprudencia

¹²⁴² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de capitales...”, p. 145. La jurisprudencia española destaca que “su comportamiento pudo ser descuidado o incluso revelar algún grado de imprudencia, pero en ningún caso en la dosis necesaria para la incardinación en la conducta típica del blanqueo de capitales, que exige un descuido de las normas más elementales” (SAP San Sebastián-Donostia [Sec. 1.ª] 165/2013. Id. Cendoj: 20069370012013100078. N.º de Recurso: 1073/2012. N.º de Resolución: 170/2013. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Jorge Juan Hoyos Moreno).

¹²⁴³ Fabián Caparrós entiende que cabe exigir de todos los ciudadanos ciertas precauciones elementales, sin duda menos intensas que las que recaen sobre ciertos profesionales cuya actividad se encuentra específicamente reglamentada (*Ibidem*, pp. 145 y ss.). En el mismo sentido: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 284 (“...porque sólo resulta inculpada la imprudencia grave, las formas más extremas del actuar descuidado”); DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho Español...*, p. 32.

¹²⁴⁴ Es la posición de Del Carpio Delgado, que dice: “Para medir o graduar la gravedad de la imprudencia habrá que tener en cuenta la capacidad del sujeto, el rol específico que cumple así como sus conocimientos especiales. Es decir, si deberá tener en consideración «el grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia de peligro que supone la acción que realiza». De ahí la importancia del deber subjetivo de cuidado ya que mientras más grave sea su lesión, más grave será la imprudencia” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, p. 337).

¹²⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español...*, p. 611.

recae sobre el propio conocimiento de la conducta de blanqueo de capitales¹²⁴⁶. Y está, por fin, la postura de quienes consideran la imprudencia grave solo en las formas más extremas de actuar descuidado, vinculando el blanqueo de activos imprudente a elementos normativos y psicológicos¹²⁴⁷.

La imprudencia en el blanqueo de capitales recae tanto en el conocimiento del origen de los bienes como en la conducta de blanqueo, pero influye en la previsibilidad del comportamiento el conocimiento del origen ilícito del bien, que tiene el grado de imprudencia analizado de acuerdo con la formación del agente, o sea, si era una persona común o un profesional sometido a las reglas de la Ley antiblanqueo.

La incidencia del tipo penal es un aspecto que genera divergencia en la doctrina, puesto que la Ley penal española ha silenciado la previsión de marcos delimitadores de ese alcance, lo que ha propiciado tres posturas al respecto.

Un sector defiende que la previsión del artículo 301.3 del Código Penal español se interprete de modo amplio, de modo que conlleve a una forma no restrictiva de todos los delitos de blanqueo de capitales¹²⁴⁸, porque la Ley no ofreció restricciones en cuanto a su alcance. Así pues, no podría el intérprete ir más allá de lo que expresó el legislador, por ser un tipo penal independiente de los anteriores¹²⁴⁹. La Ley penal española ofrece la expresión “*hechos*”, lo

¹²⁴⁶El defensor de esa línea de pensamiento es Fabián Caparrós, que apunta: “el legislador español no ha querido ceñir el ámbito de la imprudencia punible vía art. 301.3 NCPE al conocimiento de los bienes. Contrariamente, valiéndose de una fórmula tan breve en las formas como amplía en su contenido, ha preferido referir la negligencia «a los hechos» descritos en los apartados 1 y 2, es decir, no solo al objeto o a sus cualidades, sino también a la propia conducta de blanqueo” (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 420-421).

¹²⁴⁷Es el pensamiento de Aránguez, que apunta que los elementos normativos son “las normas que establecen deberes genéricos y específicos de evitar conductas de blanqueo. En este sentido, cobra una particular relevancia el atender al incumplimiento de los deberes de prevención previstos en la normativa administrativa”; aunque los elementos psicológicos serían: “la imprevisión de consecuencias nocivas cuando las mismas eran fácilmente previsibles, prevenibles y evitables. La formación y educación del sujeto condicionan la posibilidad de conocer y prevenir estas conductas, pues en la materia que nos ocupa, no será igualmente exigible un comportamiento cauteloso a un particular que a un profesional de la banca” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 285).

¹²⁴⁸Admitiéndola: VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1997, pp. 128-129.

¹²⁴⁹VIVES ANTÓN, Tomás; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1996, p. 1.466.

que conecta con las previsiones de los tipos penales predecesores del artículo 301.1 y 2.

Algunos admiten la incidencia del tipo imprudente en el inciso primero del artículo 301.1 de la Ley española para las conductas de adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir, porque no demandan el elemento subjetivo del injusto, que solo se ofrece en apartado 2 del mismo artículo 301, y solo en este se demanda el especial fin de actuar del agente, el cual es incompatible con la culpa¹²⁵⁰.

Finalmente, otra corriente defiende la absoluta incompatibilidad del tipo imprudente con los tipos penales que lo anteceden, puesto que, en referencia al delito del artículo 301.1 del Código Penal, la presencia del dolo específico repele la presencia del delito imprudente.

Con relación al pensamiento defendido por la primera corriente, creemos que su formulación es poco acertada, puesto que la construcción de los tipos penales no revela la posibilidad de su acometimiento en todas las figuras típicas. La exigencia del elemento subjetivo del injusto en el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal es una barrera infranqueable para cualquier intento de adopción del tipo imprudente en el párrafo tercero del mismo tipo incriminador, existiendo una incompatibilidad entre las modalidades de culpa y los tipos penales que demandan el especial fin de actuar. Como mucho, podría entenderse que en los delitos previstos en el artículo 301.1 del Código Penal español no se exige el elemento especial del injusto, siendo compatibles y permitiendo, en teoría, su admisión como tipo penal imprudente.

Otro punto que al que se resiste la doctrina es el referente a la posibilidad o no de que los verbos poseer y utilizar sean vistos en la forma imprudente, aunque admite inicialmente¹²⁵¹ la adquisición, conversión y transmisión como formas del delito previstas en el artículo 301.1 del Código Penal. Del Carpio Delgado objeta la posibilidad de la punibilidad de las conductas de mera posesión o utilización, aunque desconozca el carácter delictivo de su origen por la falta de relevancia penal del comportamiento de simplemente poseer o utilizar

¹²⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 733; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, vol. 2..., p. 497.

¹²⁵¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 282 y ss.

un bien desconociendo su origen ilícito antecedente¹²⁵². Agrega la autora que la mera posesión o utilización de bienes con dolo eventual era contraria a principios constitucionales penales, pues implica la violación del principio de la proporcionalidad al admitir que el tercero que no se ha involucrado en el delito antecedente sea responsabilizado con la misma pena que el agente que cometió el delito anterior. Finaliza la cuestión ejemplificando las penas del blanqueo imprudente con las dedicadas al hurto¹²⁵³. Por su lado, Castro Moreno comparte esas críticas y defiende que pueden surgir situaciones de desequilibrio desde la perspectiva penal por cuestiones relativas a la pena y al comportamiento de obtener el bien ilícitamente y el simple hecho de poseerlo, sin conocer su origen, lo que generaría la carencia de tutela penal¹²⁵⁴.

Las críticas que hemos presentado en los párrafos precedentes poseen fundamento, sobre todo en lo que se refiere a la pena del delito si se hubiera obtenido el bien originariamente. Evidentemente, se trata de una conducta que por sí sola no revela razones suficientes para su reprobación penal, en teoría en la forma imprudente.

Con respecto a la conducta de utilizar de modo imprudente, el principio de la proporcionalidad igualmente funciona como delimitador, con los mismos

¹²⁵² Del Carpio Delgado expone: "...dónde está la relevancia penal de la conducta que se limita simplemente a poseer o utilizar un bien que tiene su origen en un delito en el que no se ha tenido ningún tipo de intervención, y del que incluso se desconoce su realización y la procedencia del bien en ese delito, aunque con su comportamiento diligente hubiera podido conocer ese origen" (DEL CARPIO DELGADO, Juana. "Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española"..., p.147).

¹²⁵³ *Ibidem*, p. 148; FARALDO CABANA, Patricia. "El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010". *Global Chase Magazine*, n.º 0 (2012), p. 31. En sentido similar, Castro Moreno defiende que, "si el delito del que proceden los bienes es ajeno al sujeto blanqueador, por no haber intervenido en el mismo ni como autor ni como partícipe, también puede resultar este más gravemente penado por la mera posesión del bien (el art. 301.1 CP tiene penas de 6 meses a 6 años de prisión y multa del tanto al triplo), que el propio hecho de haberlo hurtado, estafado, apropiado, etc. Lo que carece de toda justificación lógica y excede con mucho el principio de rango constitucional de proporcionalidad" (CASTRO MORENO, Abraham. "Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008"..., p. 3).

¹²⁵⁴ En síntesis sustenta Castro Moreno que "no parece lógico que sea delito el mero hecho de poseer un bien, sin haberlo adquirido (que sería otra modalidad distinta), e incluso sin siquiera obtener un provecho del mismo (ello constituiría la otra modalidad nueva de utilización), y sin conocer su origen delictivo, por muy evitable que fuere ese desconocimiento. Penarse más gravemente la mera posesión culposa sin provecho alguno si el autor efectivamente tuviera obtenido el bien como en los arts. 234 y 253, del Código Penal español" (CASTRO MORENO, Abraham. "Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008"..., p. 3).

argumentos presentados en relación con la mera posesión de los bienes¹²⁵⁵. Otro fundamento reside en que la Ley española establece para el delito de hurto de uso, en el artículo 244.1 CP, que la pena no podrá en ningún caso ser igual a la del sujeto que se apropiara definitivamente del vehículo, siendo esta la misma técnica legislativa que incide en los artículos 298.3 y 452 de la misma norma¹²⁵⁶. Así pues, no se podría recurrir a esos elementos para justificar la no reprochabilidad del blanqueo de capitales imprudente. Analizando la cuestión, la doctrina presenta resistencia a ese tipo penal sosteniendo que se viola el principio de *ne bis in idem*¹²⁵⁷, según el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978¹²⁵⁸.

En lo que toca al delito de reciclaje de activos en la conducta de utilizar, el argumento crítico de la violación del principio de la proporcionalidad merece ser considerada, puesto que la mera posesión del bien sin el dolo sobre el origen espurio del mismo no puede equiparar su pena a la conducta practicada por el agente que obtuvo el bien a través de una infracción penal antecedente. La adopción de un parámetro correctivo como el de los artículos 244.1, 298.3 y 452 del Código Penal español funcionaría *de lege ferenda* como mecanismo de corrección parcial de la vulneración de la proporcionalidad. El paradigma del artículo 244.1 del Código Penal se refiere al hurto de uso, o sea, el agente no intentaba quedarse con el bien para sí. En el hurto de uso, el agente utiliza el vehículo automotor o motocicleta sin el fin de apropiárselo con carácter definitivo, luego se trata de bien infungible por existir la devolución del bien. En el blanqueo de capitales, el agente quiere realizar operaciones para limpiar su origen ilícito, espurio, siendo evidente que pretende utilizar el capital ilegalmente obtenido, el cual es, por su naturaleza, un bien fungible, sustituible por otro con contenido financiero en cantidad inferior, igual o con ganancias.

¹²⁵⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. "Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española"..., p. 148.

¹²⁵⁶ CASTRO MORENO, Abraham. "Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008"..., p. 4.

¹²⁵⁷ *Ídem*.

¹²⁵⁸ El artículo 9.3 de la Constitución Española presenta el principio de la prohibición a la arbitrariedad de los poderes públicos, que sin embargo no se prevé expresamente en la Constitución brasileña, aunque como resultado del principio de la prohibición del retroceso en materia de derechos humanos y por la impersonalidad (art. 37, *caput*, CRFB).

Sin embargo, en lo que se refiere a la línea de pensamiento relativa al agotamiento del delito antecedente por la utilización de los bienes con él obtenidos, tenemos que admitir el autoblanqueo de capitales, cuando el mismo agente adquiere el bien ilícito y busca posteriormente utilizarlo en la economía para reciclarlo. En esa situación, no vislumbramos agotamiento del delito anterior ni justificamos la ausencia de culpabilidad por la inexigibilidad de conducta diversa, siguiendo el criterio de la diversidad de bienes jurídicos.

Tampoco se nos figura posible la comisión dolosa de la infracción penal antecedente y la posterior utilización imprudente por el mismo agente, ni siquiera porque conociera el origen ilícito del capital obtenido. Adoptamos aquí la postura de que estamos obligatoriamente ante una utilización dolosa, que puede ser por tercero o por el mismo agente, en el caso de autoblanqueo de capitales. El delito de mera utilización imprudente para consumación del delito de blanqueo de capitales se justificaría en el plan abstracto solamente si hubiese una tercera persona que recibiera del agente un gran volumen de capital en determinado negocio jurídico de una persona que se encontraba en notoria y grave dificultad financiera, sin que haya cómo comprobar la fuente del capital ni incida en las normas objetivas de buena utilización del mercado económico de la Ley 10/2010.

La cuestión del error jurídico-penal, abordado dentro del delito de blanqueo de capitales en el artículo 14 del Código Penal, sopesando cuestiones referentes al error de tipo va a ser estudiada.

Blanco Cordero sintetiza la cuestión del error que afecta al delito de blanqueo de capitales apuntando que aquel que recaiga sobre los hechos configura un error de tipo (art. 14.1). Si es invencible, este excluye la responsabilidad penal del autor; en caso de ser vencible, la infracción será tipificada en el artículo 301.3 del Código Penal, si configura una imprudencia grave, puesto que, de ser leve, el hecho será atípico. Cuando el agente posee una equivocada representación de la realidad relativa a la práctica de un delito, conociendo la previsión típica pero desconociendo que la situación concreta sea jurídicamente prohibido, tendremos un error de prohibición¹²⁵⁹. La cuestión, por tanto, gravita sobre si existe error sobre el objeto material del delito, en especial

¹²⁵⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 762-763.

cuando este viene descrito en un elemento normativo. A continuación procuraremos exponer sintéticamente las principales hipótesis.

La primera se refiere a una representación equivocada de los hechos de que proceden los bienes; o sea, el agente cree que los bienes sobre los cuales recaen las conductas de blanqueo de capitales tienen un origen lícito, situación que se amolda a un elemento normativo del tipo¹²⁶⁰. En este caso, si es imposible descubrir el origen delictivo de los bienes, tendremos la exclusión del dolo y la incidencia del tipo penal imprudente, el cual, por fuerza del artículo 301.3 del CPe, debe constituir una imprudencia grave, aunque solo si hay prueba de la posibilidad de descubrimiento de ese origen¹²⁶¹.

La cuestión del error en las situaciones referentes a delito grave, menos grave o falta quedó resuelta con la modificación de la Ley Orgánica 10/2010, que pasó a prever en los tipos penales de blanqueo de capitales el elemento “actividad delictiva”, que contempla los delitos graves, menos graves e incluso las contravenciones penales, a pesar de la resistencia doctrinaria ya expuesta. La valoración paralela en la esfera del profano es adoptada como criterio a los fines de error de subsunción cuando el agente realiza una valoración equivocada de los hechos que generaran los bienes. El error aquí se da en las situaciones en que el agente “conoce las circunstancias fácticas de un elemento normativo, pero yerra en su valoración jurídica”¹²⁶².

La doctrina parte del ejemplo de un banquero suizo que recibe el depósito de una gran suma de dinero sabiendo que es producto de evasión de impuestos cuyo pago tributario debería darse a la hacienda pública española¹²⁶³. En la doctrina encontramos una divergencia referente al error sobre la valoración, si ha de ser un error de prohibición (art. 14.3 CPe) o si es un error de tipo (art. 14.1

¹²⁶⁰ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 287.

¹²⁶¹ *Ibidem*, p. 288; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 764.

¹²⁶² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 767.

¹²⁶³ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 293. Al respecto, entendemos que se dio por parte del banquero el incumplimiento de las normas de *compliance* exigidas en diversos documentos internacionales, como los Principios de Wolfsberg, las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, directivas de la CEE y tratados internacionales que concitan la toma de medidas de *KYC*, el evitar la práctica de operaciones sospechosas o el comunicarlas, además de la fuerte exhibición en los medios de comunicación sobre los delitos en cuestión. Por tanto, en teoría existe posibilidad de analizar la imputación de un delito de blanqueo de capitales según la ley española, en especial por el artículo 301.4 del CPe.

CPe), especialmente en función de la antigua previsión del Código Penal al referirse a delito grave.

Señalan los partidarios de la primera corriente que el error se dio sobre la valoración del hecho, que en realidad se configura como delito pero que no lo es en Suiza, por ser infracción administrativa, sin considerar que eso es un delito en España. El banquero conocía que el origen de los depósitos era resultante de la evasión de impuestos y que el blanqueo de capitales es un delito, lo que repele la caracterización del error de tipo y del error de prohibición directo¹²⁶⁴. Por otro lado están quienes dicen que, si el delito es distinto de aquel que el agente pensaba que era el originario, tendremos la ausencia del elemento normativo del tipo, que exige que los bienes provengan de un delito; luego el problema se centra en la valoración del tipo penal, generando un error de tipo que se resuelve en la cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error, generando en teoría, y respectivamente, el delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente. Solamente después de eso podremos considerar la cuestión desde el prisma del error de prohibición –y, en consecuencia, de un error de tipo¹²⁶⁵. La valoración paralela en la esfera del profano no demanda que el agente tenga el exacto conocimiento de los detalles del delito, bastando la conciencia de que provienen de una actividad delictiva. El error es sobre la hipótesis fáctica, que sea considerada antijurídica, y no sobre el origen, puesto que, de acuerdo con el ejemplo, era sabido que la fuente era el desvío para no efectuar pago tributario.

El agente, cuando se equivoca en cuanto a la actividad delictiva antecedente desempeñada, promueve un error de subsunción irrelevante, puesto que la Ley penal hace alusión al delito o contravención penal, importando poco la cuantificación de la pena o la gravedad del delito. Así, si el agente comprendió que adquiriría bienes resultantes de tráfico de drogas, pero posteriormente se descubre que, en verdad, se trataba de una apropiación indebida, el hecho continuará siendo penalmente relevante, dado el conocimiento de la antijuridicidad de los bienes, unido a la previsión típica del hecho¹²⁶⁶. En suma, “cuando se desconozcan las circunstancias de hecho y su

¹²⁶⁴ *Ídem*.

¹²⁶⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 768.

¹²⁶⁶ En ese sentido: ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 288. Hay una divergencia en cuanto a la clasificación de ese error, puesto que este autor destaca que

significación social, se considera que estamos ante un error de tipo, y si el desconocimiento recae sobre la concreta valoración o subsunción jurídica, siempre que implique en una creencia errónea de estar actuando lícitamente, se tratará de un error de prohibición¹²⁶⁷.

Dentro del error hay recordar que la existencia de previas operaciones de alteración del capital no desnaturaliza su origen ilícito y permite la imputación a título de blanqueo de capitales, siendo irrelevantes esos sucesos, como también la transferencia de sujetos¹²⁶⁸ y la confusión entre la falsa representación de los hechos y su divergencia con los reales, cuando tanto estos como aquellos son delictivos¹²⁶⁹. En la circunstancia de que el autor tenga conocimiento de que estamos ante bienes provenientes de una actividad delictiva, en caso de que se produzca un error en cuanto a la naturaleza del delito, creyendo el agente que eran resultado del tráfico de estupefacientes, siéndolo de malversación, se renuncia a la caracterización del aumento de pena del artículo 301.1 del Código Penal en función de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la misma norma¹²⁷⁰, respondiendo por el tipo base.

Al fin, la mera omisión de los deberes establecidos en la Ley española de prevención del delito de blanqueo de capitales no genera automáticamente la responsabilidad penal por el mismo delito¹²⁷¹, siendo necesaria la adecuación dentro de las conductas de los artículos 301 y siguientes del Código Penal¹²⁷², que pueden responder a la figura dolosa si hay error de prohibición en cuanto al deber de informar; o eventualmente por el blanqueo de activos imprudente del artículo 301.3 del Código Penal, si se trata de error de tipo vencible conforme al artículo 14.1 de la misma Ley.

se trata de un error de subsunción irrelevante, mientras otros defienden que es un error de calificación o denominación que es irrelevante (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 767).

¹²⁶⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 763-764.

¹²⁶⁸ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 294.

¹²⁶⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 769-770.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 770-771.

¹²⁷¹ De forma correcta piensan de ese modo: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 145; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 590.

¹²⁷² De esa opinión: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad penal del asesor jurídico...*, p. 112.

3.1.5.4. Elemento subjetivo del injusto

Así pues, las próximas cuestiones que deben dirimirse son las relativas a los elementos subjetivos del injusto penal y a las modalidades de dolo admitidas en el artículo 301.1 del CPe. Fabián Caparrós puntualiza, con claridad, que para el dolo en el delito de blanqueo de capitales “será suficiente que el sujeto tenga noticia del significado de su comportamiento –sea comisivo u omisivo–, así como de su idoneidad para que los bienes sobre los que versa la operación se incorporen a los cursos oficiales de la economía”¹²⁷³.

A nuestro entender, el tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal contempla elementos que inciden solo en el último verbo, “para ocultar”, “encubrir su origen ilícito” y “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

La finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito¹²⁷⁴ revela un aspecto inherente a la actividad de reciclaje de activos, cual es la disimulación de la fuente primaria por la eliminación del rastro de su nacimiento, lo que afecta al orden socioeconómico por obstaculizar el rastreo del capital en el tráfico económico. Esta descripción se ajusta correctamente al elemento subjetivo del injusto¹²⁷⁵, aunque otros entienden que se trata de una mera mención expresa, en su elemento volitivo, del dolo del agente a los fines del delito de blanqueo de

¹²⁷³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 326.

¹²⁷⁴ Asumiendo las ideas de Fabián Caparrós, consideramos que blanquear consiste en ocultar la procedencia delictiva de algunos bienes a través de otorgarles una apariencia lícita. Por tanto, ese producto económico constituye un indicio del hecho ilícito del cual provienen –y por eso un elemento clave para su esclarecimiento del mismo–; y por eso los actos de reciclaje de capitales, pluriofensivos *per se*, siempre entorpecerán en mayor o menor medida el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 326 y ss.). Otros sostienen que ambas palabras son sinónimas: ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 272. Al buscarse en el *Diccionario* de la RAE, encontraremos que ocultar es “esconder, tapar, disfrazar, encubrir la vista”; mientras encubrir es “ocultar algo o no manifestarlo, impedir que llegue a saberse de algo”. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=ocultar>; y <http://lema.rae.es/drae/?val=encubrir>. Fecha de acceso: 13/03/2014).

¹²⁷⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 294; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 146. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 360-361.

capitales¹²⁷⁶, algo que tendrá consecuencias incluso dentro del tipo imprudente del artículo 301.3 del CPe.

El elemento “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos” se refiere a la administración de la justicia, que es la otra vertiente del bien jurídico tutelado de carácter pluriofensivo. El ánimo de auxiliar a la persona a hurtar su responsabilidad penal es integrante del tipo penal, pues, cuando la Ley penal apunta “haya participado”, deja abierto el grado de involucración del agente en el delito antecedente, por lo que cualquier modalidad de concurso de agentes¹²⁷⁷ será susceptible de generar el delito de blanqueo de capitales, sin restringirse únicamente a la participación moral o al auxilio material. Las consecuencias legales de sus actos que son relevantes para el delito de blanqueo de capitales son aquellas con repercusión penal: evitar el comiso o la pérdida de los bienes, alcanzar la impunidad del agente y del hecho típico antecedente, eludir la responsabilidad civil, dificultar la incidencia de alguno de los efectos de la condena o de algún beneficio relativo a la pena del agente¹²⁷⁸.

3.1.6. Tipos agravados

El delito de reciclaje de capitales presenta en el artículo 301.1, 2.º y 3.º, del Código Penal dos causas de aumento de pena en función de que los bienes reciclados tengan origen en delito antecedente cometido por el agente o por tercera persona que participó en el proceso de blanqueo. La agravante no tiene ninguna clase de vinculación con el hecho de que los bienes se hayan obtenido en un delito antecedente cometido por el propio agente, o sea, no hay limitación al autoblanqueo de capitales; sin embargo, puede entenderse en sentido opuesto, apuntando la posibilidad de que actúe como mero agotamiento del delito antecedente, toda vez que no se puede imputar el tipo calificado en el caso de autoblanqueo.

¹²⁷⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 671; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 495; ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 272.

¹²⁷⁷ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. “Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales”..., p. 480.

¹²⁷⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 672.

En este punto pasaremos a analizar cada una de las tres hipótesis de agravamiento de la pena; pero antes plantearemos una cuestión acerca de la organización de la lucha contra el delito de blanqueo de activos.

El argumento central para la agravación de las penas reside en la política internacional antidrogas, ya incorporada hace mucho tiempo en España, con la novedad de centrarse en el espíritu de la reforma penal de 2010, “dirigida al endurecimiento de la respuesta a los delitos urbanísticos y contra la Administración Pública, en base a la cual se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización”¹²⁷⁹.

Desde una perspectiva legislativa, a fines de normalización del comportamiento, lo más adecuado sería la previsión de agravantes o figuras calificadas en función de tipos penales específicos (art. 301.1, § 2.º), un criterio acorde con el bien jurídico o un capítulo que englobe determinada cantidad de delitos (art. 301.1, § 3.º), un criterio referente al sujeto activo (art. 302.1) o un criterio mixto.

No obstante, la legislación penal española adoptó la regla de tipos penales específicos, contemplando en el artículo 301.1, § 2.º, del Código Penal la posibilidad de aumentar la pena en el caso de que el delito del tipo penal básico haya sido cometido teniendo como base alguno de los delitos antecedentes de tráfico de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 del Código Penal. Así mismo, en el artículo 301.1, § 3.º, del Código Penal previó el agravamiento de la pena en caso de que el delito antecedente sea alguno de los descritos 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, todos del Código Penal. Y, finalmente, en su artículo 302.1 la Ley penal incorporó otra causa de aumento de pena, si se trata de personas que pertenezcan a una organización criminal orientada a la práctica de delitos de blanqueo de activos.

Fabián Caparrós critica esa estructura de agravación de delitos específicos, porque la política destinada a la criminalidad organizada deberá concebirla como un todo, y no considerar solo algunas de sus

¹²⁷⁹ FERNÁNDEZ TERRUELO, 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)”..., pp. 9-10.

manifestaciones¹²⁸⁰. La adecuada solución legislativa sería la especificación de los delitos, exponiendo una nómina específica de tipos penales y evitándose en el caso una excesiva elasticidad en los parámetros en que la pena será agravada. De esta manera, podrían contemplarse situaciones en que la punición del blanqueo o del delito demande la presencia del mero agotamiento del delito antecedente, que pasaría a adquirir relevancia para la existencia del objeto material del delito ahora en estudio, además de que estaríamos ante la reprobación de conductas de escasa relevancia y elevada pena¹²⁸¹, violando para algunos el principio de la proporcionalidad.

3.1.6.1. Tráfico de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas

El tráfico de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas ha sido el factor que ha impulsado la necesidad de un planeamiento de nivel continental y mundial para controlar la delincuencia a través de tratados internacionales, en especial el Convenio de Viena¹²⁸² y documentos regionales como los ya tratados en el presente trabajo, al presentar la materia en el ámbito mundial y en los continentes europeo y americano (Capítulos II y III, respectivamente, de nuestra tesis).

La lucha contra el blanqueo de capitales se generó en función de la constatación de la necesidad de los traficantes por retirar del capital obtenido las marcas de ilicitud, para poder invertir ese aporte financiero y movilizarlo en la sociedad; y de ahí el surgimiento de una legislación penal de primera generación orientada a combatir el reciclaje de los capitales provenientes del tráfico. Con el paso del tiempo, se extendió la percepción de que el delito de blanqueo de capitales no podía limitarse al tráfico de drogas, puesto que otras actividades delictivas aprovechaban lagunas de punibilidad para libremente suprimir los rastros de ilicitud del capital. Se experimentó, por tanto, una evolución para adoptar un catálogo base de delitos y, posteriormente, su alcance a los delitos

¹²⁸⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 371.

¹²⁸¹ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 150.

¹²⁸² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 950; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 483.

de naturaleza grave y, al fin, a todas las actividades delictivas, incluyendo delitos y contravenciones penales.

Pero la expansión del Derecho penal hacia otros delitos no impidió que se mantuvieran restos de la legislación penal de primera generación, como el aumento de pena en la hipótesis de que el delito antecedente sea el tráfico ilícito de estupefacientes. La agravante fue objeto de profundas críticas en la doctrina española, que apuntó que estas disposiciones “carecen de fundamento político criminal y adolecen de una pésima redacción”¹²⁸³, así como que “los nuevos tipos agravados se ubican sistemáticamente de forma incorrecta, en la medida en que se sitúan en el art. 301.1 del Código Penal y alcanzan al 301.2”¹²⁸⁴, además de no representar ninguna “arma mágica para combatir el tráfico de drogas”¹²⁸⁵. Las críticas recurren también al fundamento del exceso de ampliación, alcanzando situaciones en que no se afecta concretamente al orden socioeconómico, dada la exigua cuantía de capital¹²⁸⁶, algo que podría ser corregido contemplando el menor contenido del injusto mediante “una cláusula limitativa que fijase un valor mínimo de los bienes objeto del blanqueo, por debajo de la cual la conducta fuese atípica”¹²⁸⁷.

También es cierto que la sistemática del Código Penal que contempla la agravación de pena ha sido asimismo objeto de defensa en la doctrina penal española. Algunos autores pugnan por su validez desde la óptica político-criminal¹²⁸⁸, porque “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”; y cimienta en ese argumento la necesidad de que “la respuesta

¹²⁸³ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”..., p. 28.

¹²⁸⁴ *Ídem*.

¹²⁸⁵ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 313.

¹²⁸⁶ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 787.

¹²⁸⁷ *Ibidem*, p. 788.

¹²⁸⁸ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 483.

penal, para que tenga un contenido disuasorio desde el plano de la prevención general, deba ser más rigurosa”¹²⁸⁹.

En contraposición, y aún bajo la perspectiva de la antigua legislación, algún autor ha subrayado que no hay razón alguna para la agravación, porque no hay sustancial diferencia entre este y “otros tráficos ilícitos de igual o mayor lesividad social: compraventa de armas convencionales, químicas, bacteriológicas o nucleares, de embriones, material genético u órganos humanos, de obras de arte y piezas de interés histórico, de especies animales o vegetales protegidas, de personas, etc.”¹²⁹⁰. La razón de la agravante estriba en fines meramente punitivos provenientes de la teoría absoluta de la pena, existiendo otros delitos con carga más sensible de injusto que deberían ser contemplados. Así, y si se contempla la cuestión desde el prisma de la teoría aludida, tendremos que la represión de la conducta de narcotráfico ya se realiza en aquellos delitos y que el medio más habitual y común para la práctica de un delito no constituye el motivo idóneo para la elevación de la pena, sobre todo cuando existen otros tan o más graves que deberían incluirse *de lege ferenda*.

3.1.6.2. *Corrupción en el sector público y urbanístico*

El artículo 301.1, § 2.º, del Código Penal contempla otra causa de aumento de la pena en el caso de que los bienes provengan de los delitos incluidos en los tipos penales descritos 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, todos del Código Penal.

En principio, debemos decir que la dicción del tipo es profundamente desafortunada, pues vuelve de difícil manejo e interpretación el texto, dado que el legislador “vuelve a sucumbir a la fascinación pitagórica con una concentración que difícilmente se puede encontrar en otro texto legal de nueve números

¹²⁸⁹ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.160.

¹²⁹⁰ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 312-313; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español”..., pp. 130-131.

romanos entre catorce palabras, dicción que rompe la estructura del tipo”¹²⁹¹ cuando se contraponen a la figura anterior.

El texto legal alude a los delitos de los artículos 419 a 445 del Código Penal, esto es, delitos contra la Administración Pública que representan comportamientos de corrupción activa, corrupción pasiva, tráfico de influencias, abogacía administrativa, malversación, delitos en las licitaciones, violación de la confidencialidad de funcionarios, corrupción en transacción comercial internacional y prevaricación¹²⁹². Por razones obvias, algunos delitos no pueden ser incluidos entre los delitos antecedentes del blanqueo de capitales, por ejemplo el del artículo 443 del Código Penal, aunque debe considerarse que en otros casos la percepción de algún objeto material pecuniariamente cuantificable puede ser tomada en consideración para la configuración del delito. Por su lado, entre los delitos contra el medio ambiente del Título XVI del Código Penal, en el Capítulo I podemos encontrar la previsión típica del delito de corrupción ambiental, que consiste en los hechos descritos en los artículos 319 y 320 del Código Penal español.

El agravante solo recaerá sobre los “delitos de contenido económico relacionados con el fenómeno de la corrupción, en la medida en que tales delitos sirven en la realidad criminológica para obtener cuantiosos beneficios ilícitos”¹²⁹³. La razón de la agravación subyace en que diversos agentes, para la realización de operaciones de blanqueo de capitales, comúnmente lo hacen mediante operaciones de inversión en el mercado inmobiliario, que pasa por la corrupción de funcionarios públicos para la obtención de licencias, autorizaciones, licencias comerciales que permitan la realización de construcciones en áreas ambientales que fomenten la ganancia¹²⁹⁴. Así pues, el delito de blanqueo de activos involucra

¹²⁹¹ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”..., p. 28. El autor, *de lege ferenda*, sugiere: “Una redacción coherente con el otro tipo agravado y fácilmente inteligible podría haber rezado: «delitos contra la administración pública descritos en los arts. 419 a 445 o relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo», sin necesidad de mencionar los arts. 319 y 320, pues en este último capítulo no existen más delitos” (*Ídem*).

¹²⁹² ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.161; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 558.

¹²⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 499.

¹²⁹⁴ En detalle sobre la corrupción urbanística, cfr. las palabras de Díez Ripollés: “Si bien la especificidad de la corrupción urbanística es importante, sería conveniente que en el plano criminológico se renunciara a tratar a la delincuencia económica, la delincuencia organizada y la

complejas redes de corrupción, que no se limita al poder público, sino que proyecta sus efectos sobre personas jurídicas y físicas ajenas a la Administración Pública¹²⁹⁵.

El bien jurídico afectado es el tráfico lícito de bienes en la economía, de modo que lo más adecuado es la contención de la corrupción entre particulares, porque puede expandir la comisión de estos delitos, prevaleciendo en no pocas ocasiones el hecho de que esas redes de corrupción consiguen disminuir la fiscalización del poder público y promover el blanqueo. Luego debería corregirse el tipo incluyendo la corrupción de particulares o contemplando la corrupción como un fenómeno independiente del lugar donde se comete.

3.1.6.3. Organización criminal

El artículo 301.1, § 3.º, del Código Penal presenta la agravante aplicable a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a la comisión de los delitos de blanqueo de capitales descritos en el artículo antecedente, además de incluir una agravante especial para los jefes, administradores o responsables de dichas organizaciones.

corrupción pública como tres fenómenos independientes. Sería más realista fundir estos conceptos en una categoría mucho más amplia, es decir, estaríamos hablando de una delincuencia socioeconómica de la cual la delincuencia organizada o la corrupción urbanística o de otro tipo, serían meras subdivisiones. Por supuesto que habría que destacar ciertas diferencias, como por ejemplo, en los objetivos de cada tipología. Las empresas se establecen, *a priori*, para gestionar negocios legales aunque acaben realizando actividades ilegales. Los grupos delictivos organizados se montan con el propósito de cometer delitos buscando siempre el lucro como fin principal. Y, por último, los funcionarios públicos que trabajan para el gobierno y son garantes del cumplimiento de las leyes en ocasiones pueden abusar sus cargos para lograr beneficios privados directos (sobresueldo, ascensión en la carrera política o multiplicación de la red de contactos) o indirectos (beneficios para el partido político al que pertenecen o favores para amigos y familiares)” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra. “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 12 [2008] [Número dedicado a: Urbanismo y corrupción. Coord. por Ángel Menéndez Rexach], pp. 44-45). Al detalle sobre la corrupción urbanística: GOMÉZ CÉSPEDES, Alejandra; PRIETO DEL PINO, Ana María; STANGELAND, Per. “Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto de la Costa del Sol”. *Boletín Criminológico*, n.º 65 (may.-jun. 2003), pp. 2-4.

¹²⁹⁵ La policía española, en una importante investigación llamada “Ballena blanca”, en 2005, llevó a cabo en la ciudad de Marbella (Costa del Sol, Málaga) una operación para la represión de un delito de blanqueo de capitales cuyo apoyo financiero llegaba a doscientos cincuenta millones de euros (250.000.000 €), provenientes de actividades criminales dentro y fuera de España, siendo su principal actor un bufete de abogados que había creado más de mil empresas dedicadas a la promoción inmobiliaria en aquella región de Andalucía (BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. “Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario”. En *El desafío de la criminalidad organizada* [Coord.: Nieves Sanz Mulas]. Comares: Granada, 2006, pp. 95-96).

La fuente del legislador español para la creación de la agravante se halla en la legislación internacional que recomendaba la adopción de esa norma, en especial la Convención de Viena contra la criminalidad organizada. De hecho, la necesidad de su represión pasa obligatoriamente por la contención del delito de blanqueo de capitales, el cual ha ido rejuveneciéndose con nuevos procedimientos, por medio de los cuales se posibilita su fortalecimiento económico.

La justificación de la agravación de la pena se funda en la evaluación de la necesaria e imperiosa contención de la criminalidad organizada, que continuamente echa mano de instrumentos para perfeccionar sus fuerzas, juntar más capital e insertar ilícitamente en la economía capitales ilícitos para blanquearlos, lo que genera efectos desestabilizadores que pueden afectar a todo el sistema financiero¹²⁹⁶. No obstante, algunos autores critican la adopción de una agravante personal y subjetiva como esa, porque “lo que se castiga no es la realización de actos de blanqueo de capitales en el marco de una organización criminal, sino la cualidad exclusivamente individual de que el culpable se encuentre integrado en una estructura preordinada al reciclaje”¹²⁹⁷. Lo que se castiga con “especial dureza es el mero hecho de que un sujeto pertenezca de forma estable a esto, y no la forma objetiva como se ha ejecutado el hecho –siendo este último lo verdaderamente relevante, desde el punto de vista material”¹²⁹⁸.

La legislación penal española no presenta un tipo penal de crimen organizado dentro de los artículos 510 a 521 del Código Penal, ni en los tipos penales de asociación para el tráfico de drogas ilícitas, tal como hace la Ley brasileña, que distingue asociación criminal, milicia armada y la asociación para el tráfico de estupefacientes (arts. 288, 288-A, 35, de la Ley 11.343/06), además de prever un tipo penal específico y distinto dentro de la nueva Ley de crimen organizado¹²⁹⁹. Así pues, en España el concepto inicialmente podría ser buscado

¹²⁹⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Blanqueo’ de capitales y criminalidad organizada”. En *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa* (Coord.: L. M. Reyna Alfaro). Ara Editores: Lima, 2005, p. 857.

¹²⁹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 371.

¹²⁹⁸ *Ídem*.

¹²⁹⁹ Disociado de un tipo penal específico, Bottke explica que “criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian

en su LECrim, la cual, en su artículo 282 *bis*.4 aclara que “a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”. En esta línea, la letra d) del artículo 282 *bis* de la LECrim presentaba el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal como susceptible de ser conceptuado, en teoría, únicamente a los fines procesales, al limitar su incidencia el artículo señalado. A pesar de ello, sirve como factor integrador para delimitar la organización criminal, aunque, en ausencia del mismo, podría utilizarse el precepto de la Convención de Viena contra la criminalidad transnacional, que es bastante similar a lo señalado *supra*¹³⁰⁰.

El concepto se emplea con fines meramente investigativos y procesales, sin que se adopte para considerar el tipo penal agravado del delito de blanqueo de capitales, que busca su fuente en el concepto penal, aunque contenga una previsión más gravosa que la vertiente procesal del concepto. El artículo 570 *bis*.1, § 2.º, del Código Penal conceptúa organización criminal como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Hay una dualidad de conceptos entre la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal españoles, puesto que ambos se han fundido con la Ley Orgánica 5/2010 y entraron en vigor simultáneamente el 23 de diciembre de 2010, inclinándose la doctrina por la primera orientación¹³⁰¹, que ofrece una

generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada «Industrial»; su lema es: «Delinquir merece la pena en el mercado» (BOTTKE, Winfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero...*, p. 2).

¹³⁰⁰ El artículo 2.a) de la Convención de Viena contra el crimen transnacional lo conceptúa del siguiente modo: “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

¹³⁰¹ FERNÁNDEZ TERRUELO, 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)”..., p. 11.

definición del tipo penal más adecuada a los fines de la reprobación de la conducta de reciclaje de capitales en la forma agravada, con evidente no sanción por el delito del artículo 570 *bis*.1 del Código Penal, bajo pena de violación del principio de *ne bis in idem*. El concepto hace referencia a una organización dotada de estabilidad gracias a estar centrada en una jerarquía de poder, detentando unos la función de planeamiento y organización mientras que otros serán los ejecutores¹³⁰². Se agrega la necesidad de la presencia de, por lo mínimo, tres o más personas con permanencia temporal.

No obstante, algunas cuestiones necesitan de aclaración para dar realmente con el significado de esta agravante, como qué sería “pertener”, el espectro de incidencia, el grado de estabilidad, qué agentes pueden ser responsabilizados, entre otras. En cuanto a la primera de ellas, para “pertener” a una organización criminal no es necesario que haya existido un acto formal de asociación, como un contrato o una ficha de registro¹³⁰³; se trata en realidad de un acto profundamente informal, pues la criminalidad organizada se conduce a través de una organización al margen de la ley. Así, pertenecer es “una característica personal que vincula a la persona a una organización”, encontrándose así “integrado a la estructura de la misma”¹³⁰⁴ y rechazándose la eventualidad en la organización¹³⁰⁵. Aun así, la formalidad puede eventualmente servir de prueba, en caso de que haya una organización criminal introducida en el seno de una empresa, de modo que las actividades ilícitas se confundan con las lícitas en los delitos llevados a efecto dentro de esa estructura lícita¹³⁰⁶. En ese caso, no hay incompatibilidad en la aplicación dentro de estructuras en teoría

¹³⁰² Ferré Olivé destaca que se trata de “...una auténtica empresa en funcionamiento. Ella supone organización, medios materiales y humanos, aún habría que adherir entre los requisitos de la organización criminal un aspecto muy importante: la clandestinidad al menos parcial de sus actividades” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada...*, p. 857).

¹³⁰³ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 321.

¹³⁰⁴ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 485.

¹³⁰⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 371; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 321.

¹³⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 499; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 405.

lícitas, porque no pocas veces el blanqueo necesita de un revestimiento conforme al derecho para desempeñar sus actividades¹³⁰⁷.

Por otra parte están quienes defienden que la incidencia de la agravante dependerá de un análisis concreto de las actividades desarrolladas por la organización, para que se distinga la que comete el delito con cierta estabilidad de aquellas otras que solo lo hacen esporádicamente, o cuyos miembros o directivos actúan aisladamente en una conducta de blanqueo¹³⁰⁸. En este punto, es inexcusable hacer una distinción, como bien alerta Del Carpio Delgado: “para la aplicación de esta agravante no se requiere solo que la organización exista, sino que es preciso también que el culpable *pertenezca* a ella, lo cual deberá ser probado en el juicio respectivo. No basta, por tanto, con que el sujeto haya utilizado la organización para realizar los actos de blanqueo”¹³⁰⁹. Aun en el caso de que la organización criminal desempeñe diversas actividades delictivas, entre ellas el blanqueo de activos¹³¹⁰, tendremos la incidencia de la agravante, porque la ley no habla de realizar y dedicarse exclusivamente a la actividad delictiva de blanqueo; de tal modo que es posible la incidencia de la agravante cuando

¹³⁰⁷ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.181.

¹³⁰⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 321; FARALDO CABANA, Patricia. “Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales”. *ADPCP*, vol. LIX (2006), p. 154.

¹³⁰⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 407.

¹³¹⁰ Gil de la Fuente explica que, en el contexto del blanqueo de capitales por medio de organización criminal, podemos distinguir entre estas últimas las que tienen como principal objeto el delito de blanqueo de capitales y las que desarrollan otras actividades legales e ilegales relativas a la adquisición y transformación de bienes y capitales. En concreto, este autor puntualiza: “El primero de los supuestos se aproxima claramente a la idea que se mantiene de organización criminal, pues se trata de una estructura organizativa *dedicada* al blanqueo de capitales y entraría en el supuesto previsto en el citado art. 302 CP. Sin embargo, aparecen serias dudas acerca de la caracterización como organizaciones criminales de ciertos grupos de sujetos que realizan conductas propias del blanqueo de dinero, pero no puede afirmarse que estén dedicados en exclusiva a ello. Se trata de organizaciones que intervienen de una u otra forma en el mercado financiero, desarrollando lícitamente sus actividades específicas pero de forma solapada y paralela se prestan a realizar transformaciones de bienes provenientes de hechos delictivos. Es lógico que estas organizaciones no puedan ser clandestinas, justamente porque deben hacer ostensibles sus actividades lícitas y es normal que intervengan distintos intermediarios en esas operaciones, como operadores financieros, economistas, abogados etc. Estas últimas organizaciones (empresas dedicadas a fines lícitos que aprovechan su infraestructura para «blanquear» bienes) sería muy difícil caracterizarlas como organizaciones *dedicadas* al blanqueo de bienes y, en consecuencia, que se adapten plenamente al tipo agravado del art. 302 aunque sí, posiblemente, al tipo básico del art. 301 CP” (GIL DE LA FUENTE, Juan. “La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita: referencia al delito de blanqueo de capitales”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 20 [2005], p. 36).

estamos ante la mezcla de una actividad lícita, extensiva a toda la sociedad, y una faceta dirigida a la comisión delitos de blanqueo de capitales y/o de otros tipos penales en conjunto¹³¹¹.

El aspecto fundamental dentro de la acción de pertenecer se nos muestra cuando se descubre que esta debe darse conjuntamente con la contribución a los actos de blanqueo, so pena de consagrar la responsabilidad penal objetiva con la sanción penal de un camarero, encargado de limpieza, *office boy*, secretaria. El hecho de estar trabajando en el local, pero con desconocimiento de las actividades, aleja el dolo y genera la atipicidad de la conducta.

El espectro de incidencia de la agravante reside en los delitos descritos en las figuras penales del artículo 301.1 y 2 del Código Penal, sin ninguna alusión –obviamente por la incompatibilidad– con el tipo de blanqueo imprudente, y mucho menos por una imposibilidad lógica ni por la propia disposición típica del artículo 304 del Código Penal.

**SECCIÓN 2.ª EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL:
ANTI JURIDICIDAD, CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, ETAPAS
DE REALIZACIÓN DEL DELITO Y CONCURSO DE DELITOS**

1. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DEL TIPO PENAL DEL ART. 301.1 CPE

Después de señalados los elementos referentes a la tipicidad debemos ahora analizar las causas de justificación que tienen aplicación y compatibilidad con el delito de blanqueo de capitales.

¹³¹¹ Aclara la cuestión Ferré Olivé al explicarlo de la siguiente manera: "...deducimos que la amplitud de la fórmula empleada por el art. 301 del Código Penal, que considera 'blanqueo' de capitales la transformación de bienes procedentes de cualquier delito grave haya dado lugar a dos grandes ámbitos de intervención penal: el 'blanqueo' que se lleva a efecto por organizaciones con ese único o principal objeto, clandestinas y normalmente relacionadas con delitos contra la salud pública, contrabando, etc., que se adaptan plenamente al concepto de organización criminal que exige el Código Penal para aplicar las fórmulas agravadas del art. 302. Y otro ámbito de naturaleza económica, en el que existirán empresas dedicadas a fines lícitos que aprovechan su infra-estructura para 'blanquear' bienes, y las que serán más difíciles –aunque tal vez no imposible– caracterizar como organizaciones *dedicadas* al 'blanqueamiento' de bienes" (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *"Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada...*, p. 859).

Aránguez Sánchez subraya la imposibilidad de incidencia de la legítima defensa en una acción de blanqueo, debido a que no “sea el medio racional y necesario para eludir una agresión ilegítima”¹³¹²; tampoco lo vemos como posible en el estado de necesidad. Por tanto, solamente deberemos hablar del cumplimiento de un deber y del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

1.1. Estado de necesidad

El estado de necesidad es la primera de las causas de justificación que vamos a comentar en el delito de blanqueo de capitales.

Un buen ejemplo en que se cuestiona la (im)posibilidad de aplicación del estado de necesidad es la conducta típica de un agente que, por necesidad de subsistencia propia y de su familia, empieza a dedicarse ‘profesionalmente’ al blanqueo de capitales. En esa hipótesis concreta, no estamos ante la aplicación del estado de necesidad, puesto que no puede admitirse que un agente, de modo continuo y deliberado, pueda convertir la conducta delictivas de blanqueo en un medio de vida. En ese caso, llegaría a admitirse que una persona de modo continuo pudiera blanquear fondos, cometiendo delitos con amparo legal, y que su conducta no fuese considerada ilícita; algo que no se permite, pues no se configura una situación de necesidad “dada la imposibilidad de remediarlo por medios lícitos”¹³¹³. En ese caso, el agente podría salvar la cuestión de necesidad por medio de una actividad lícita que le reportase ingresos.

Otro ejemplo de aplicación del estado de necesidad desde la doctrina española es el presentado por Aránguez Sánchez al plantear una hipótesis en que un trabajador asalariado cobra su remuneración a sabiendas de que su empleador viola normativas fiscales¹³¹⁴, cometiendo así un delito de defraudación tributaria. El autor contesta esa cuestión afirmando que no puede aplicarse una causa de justificación, al no existir estado de necesidad, ya que “la parte del sueldo que tiene una proveniencia ilícita no sería significativa, y, por tanto,

¹³¹² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 252.

¹³¹³ Marín de Espinosa apunta que “no se podrá alegar el estado de necesidad si el bien jurídico se hubiera podido salvar de otro modo” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena *et al. Fundamentos de Derecho Penal: parte general...* pp. 318-319).

¹³¹⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 252.

aplicáramos al citado caso las reglas ya expuestas en relación a los supuestos de mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia”¹³¹⁵.

Creemos que, para señalar la solución anteriormente propuesta, deberíamos conocer la cantidad de dinero objeto del delito fiscal; y que la conducta del empleado no es blanqueo de capitales, al quedar perfectamente justificada por necesita del dinero para su subsistencia y la de su familia, siempre que con su trabajo no coopere dolosamente en la ejecución de las actividades delictivas previas o actúe en el blanqueo de capitales de otra manera que no solamente recibiendo su sueldo.

En la hipótesis de que el agente necesite realizar una operación de blanqueo de capitales con objeto de recibir una compensación económica que le permita pagar un tratamiento muy costoso para su hijo en el extranjero, podremos aplicar el artículo 20.5 del CPe, en virtud de que la vida de su hijo representa un interés extremadamente importante para él. La vida es un bien jurídico más importante que el orden socioeconómico, según la proporcionalidad de los tipos penales de los arts. 138 y 301 CPe; y si la patología exige una intervención médica muy cara no asumible por el agente y la práctica del blanqueo de capitales únicamente fuera realizada con esa finalidad de salvar a su hijo, no se exige del agente la obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

1.2. Ejercicio de un derecho, oficio o cargo

Una cuestión espinosa relativa al blanqueo de capitales reside en la posibilidad o no de que profesionales liberales como abogados, contables o economistas respondan por blanqueo de capitales en función del incumplimiento de normativas administrativas de prevención del blanqueo y aceptación de honorarios maculados; por orientación inadecuada sobre determinada operación financiera de la que eventualmente resulte el reciclaje de activos; o, por fin, por asesorar a clientes¹³¹⁶ sobre una determinada actividad que genere el delito.

¹³¹⁵ *Ídem*.

¹³¹⁶ Con relación al cliente, Luzón Peña destaca: “Los clientes, en su caso los directivos de la empresa –aunque con la nueva regulación tras la reforma del CP por LO 5/2010, de 22-6, también la propia sociedad o persona jurídica podrá ser considerada responsable por negligencia en su organización si en la misma producen delitos–, que han consultado el asesor o asesores

La Ley Orgánica 10/2010 adopta una serie de deberes pautados sobre las reglas de *know your client* (conozca su cliente), con el fin de facilitar la persecución estatal en las hipótesis de ocurrencia del delito de blanqueo de capitales, para buscar la responsabilidad penal de los agentes, rastreo y comiso del capital ilícito (*follow the money*)¹³¹⁷. Esta legislación extrapenal propicia las condiciones para una exploración racional del mercado económico-financiero y para evitar su utilización para finalidades ilícitas. En ese sentido, su artículo 2.m), n) y ñ) establece expresamente que los abogados, contables, asesores fiscales, administradores y economistas están entre los sujetos obligados por la Ley. De este modo, sus obligaciones se colocan en igualdad con las de instituciones financieras como bancos, aseguradoras, gestoras de seguridad social privada y otros sujetos como registradores notariales, joyeros, intermediadores de valores, entre otros.

Por su lado, la Ley penal no establece que se trate de delito especial, luego cualquier persona puede cometerlo; sin embargo, el problema reside en ese punto en la especial dificultad respecto de la cuestión de los honorarios profesionales aceptados por profesionales liberales como abogados, contables, economistas, entre otros. En principio, algunos sostienen que es posible que sean penalmente responsables por el delito de reciclaje de activos, pudiendo ser modulada esa responsabilidad entre el dolo y la culpa¹³¹⁸; pero en este punto debemos limitarnos solamente a la posibilidad de que respondan por el delito en su forma imprudente.

jurídicos sobre si había problemas de ilicitud en determinada actuación o actuaciones y han sido mal informados por éste de modo que adoptan una decisión objetivamente equivocada, incurren en error, según los casos, de tipo o de prohibición. Si fuera invencible, como ocurrirá en la mayoría de los supuestos, y se aprecia así por el tribunal, quedarán exentos de responsabilidad penal (incisos 1.º del art. 14.1 y 3 CP); pero si fuera vencible, los clientes tendrían en todo caso responsabilidad aunque atenuada si fuera un error de prohibición vencible (art. 14.3, inciso 2.º), mientras que si fuera un error vencible de tipo, su responsabilidad por imprudencia dependerá de si está tipificada a correspondiente infracción imprudente (art. 14.1 inciso 2.º: «la infracción será castigada, en su caso, como imprudente») (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Responsabilidad Penal del asesor jurídico”. *RP*, n.º 29 [ene. 2012], pp. 102-103).

¹³¹⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”..., p. 2.

¹³¹⁸ Isidoro Blanco Cordero pondera que: “El abogado que se representa que la operación es sospechosa de blanqueo de capitales y, pese a ello, la realiza incumpliendo con sus obligaciones puede estar realizando un delito de blanqueo de capitales doloso. Si ni siquiera se lo representa, cuando debería hacerlo (porque es una de las operaciones mencionadas por ejemplo en el COR), estaría cometiendo un delito de blanqueo de capitales por imprudencia cuando realiza la operación” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 590).

En el caso de no haberse adoptado los procedimientos normativos que instituyen los deberes de informar, de comunicar al Estado y de conocer a su cliente, la caracterización del delito imprudente dependerá de la gravedad de la lesión al deber objetivo de cuidado. Al situarse la imprudencia en leve, el hecho será atípico para el reciclaje de activos; sin embargo permanecerá la responsabilidad por la infracción administrativa descrita en el artículo de la Ley Orgánica 10/2010. Pero, si la violación del deber de cuidado objetivo es grave, no habrá responsabilidad administrativa y penal, pues la Ley antiblanqueo genera una relación de prejudicialidad entre las esferas arriba aludidas, con la primera ocurriendo sin que exista la segunda, como ya se ha expuesto.

Por su lado, otros autores defienden la postura contraria, consistente en la atipicidad del hecho, basándose en el principio de la presunción de inocencia del blanqueador. De modo que, no habiendo juicio formado sobre la culpabilidad del agente blanqueador, no sería exigible que el profesional liberal, actuante o no en el sistema financiero, realice actividad investigativa.

La cuestión se agrava cuando se analiza desde la perspectiva de la percepción de honorarios, pues es un derecho del profesional liberal, especialmente cuando han sido contratados y se presta el correspondiente servicio. En nuestro caso, esa percepción equivaldría a reciclar activos de origen delictivo, cuando receptor del capital conozca el delito antecedente y que de él provinieron beneficios económicos al agente.

El pago de los honorarios de profesionales liberales es un punto en que se ha concentrado la atención de la doctrina española sobre la posibilidad o no de responsabilidad por blanqueo de capitales, centrándose en los abogados, aunque nosotros la ampliamos para abarcar a todos los profesionales liberales que tengan contacto con agentes que blanquean capitales provenientes de delitos, como por ejemplo economistas y contables. La razón de esta ampliación reside en que no raras veces los honorarios son pagos a otros profesionales que tienen importante papel en el asesoramiento económico-contable, además de a los propios abogados.

En el mismo sentido, el comportamiento de quien arbitra sus honorarios en un nivel muy superior a los normalmente acordados, puede constituir, en

teoría, un indicio de operación de blanqueo de capitales; lo mismo que la conducta de quien declara haber cobrado un cierto valor, pero recibe al margen, de forma oficiosa, mucho más¹³¹⁹, puede generar, en nuestra opinión, el concurso de delitos entre el blanqueo de capitales y la evasión fiscal.

Iniciamos esta breve digresión por el pensamiento de quienes entienden que es imposible responsabilizar penalmente a los profesionales liberales. La atipicidad del hecho existe con base en el principio de la presunción de inocencia del blanqueador; luego, si no hay juicio formado sobre la culpabilidad del agente blanqueador, no le sería exigible al profesional liberal, actúe o no en el sistema financiero, que proceda a realizar una investigación ni adopte una actitud de cooperación, aunque sí se le recomienda prudencia en la percepción de los honorarios¹³²⁰.

La conducta de aceptación de honorarios profesionales implica el cumplimiento de una obligación asumida para la prestación de un servicio de asesoría jurídica, contable, fiscal o económica, y no revela necesariamente un delito de blanqueo de activos. Presumir tal relación entre el delito en análisis y la percepción de honorarios por un servicio prestado generaría una insostenible inversión en la carga de la prueba; el pago se revelaría conducta neutra y socialmente adecuada¹³²¹, además de que esa situación implicaría la violación del derecho fundamental a la amplia defensa por un profesional de confianza (art. 24.2 CE).

Desde la perspectiva del cliente, habrá una dificultad para la constitucionalidad de la criminalización del comportamiento del abogado, en

¹³¹⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes...*, p. 271.

¹³²⁰ En concreto, evitar recibir los honorarios en efectivo y buscar el origen de los bienes con los cuales se pagan los honorarios. Al respecto, se considera que la desconfianza del abogado y de cualquier profesional de los establecidos en este apartado le generará a estos una dificultad, puesto que el cliente entenderá que está siendo objeto de investigación particular, en paralelo a la pública que se lleva a efecto contra él por, en teoría, un delito. Se sugiere aún la inclusión de una cláusula contractual por la cual el cliente declara que los bienes objeto del pago serán de origen lícito. La disposición contractual puede no ser suficiente para la exención de responsabilidad penal, pero en las circunstancias del caso concreto podrá servir de elemento indicativo para una eventual apreciación de un error de prohibición sobre la causa de justificación del ejercicio regular de un derecho prevista en el artículo 14.3 del Código Penal español. Al detalle sobre el tema: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 644-645.

¹³²¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 269 y ss.

función del derecho a la defensa amparado por la norma constitucional¹³²², además de afectar al libre ejercicio de la profesión. Al respecto, en la doctrina hay autores que argumentan que los abogados no pueden volverse agentes encubiertos de la policía; que los honorarios recibidos por servicios prestados son honorarios *bona fides*, o sea, percibidos de buena fe; y que la presunción no puede ser quebrantada por la ceguera deliberada (*willful blindness*) o por el deber de comunicar operaciones sospechosas, que choca con el deber de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente¹³²³. Además, el principio de la confianza hace que el abogado crea que su cliente está actuando conforme a Derecho¹³²⁴ y que el cobro de honorarios genera el ejercicio regular de un derecho que repele la ilicitud de la conducta¹³²⁵. Se agrega a ello que el acto de percibir activos por la realización de una actividad lícita de asesoramiento jurídico, contable o tributario sería una conducta neutra irrelevante para el Derecho penal, por ser un negocio socialmente adecuado.

Del otro lado, la idea contraria considera que el profesional liberal¹³²⁶, ante las reglas que le son impuestas en la Ley antiblanqueo, tendría el deber de realizar una averiguación previa del origen del capital, para evitar que se utilice como mecanismo para el blanqueo de activos. La reforma del Código Penal que contempla las conductas de utilizar o poseer reafirma la responsabilidad penal

¹³²² Por esa senda: DE ALFONSO LASO, Daniel. "El abogado ante la comisión imprudente de blanqueo de capitales". *Diario La Ley*, n.º 7019-7020 (2008), p. 9.

¹³²³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio". En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 223.

¹³²⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 590.

¹³²⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 537.

¹³²⁶ Pérez Manzano señala que, "cuando el legislador ha regulado un sector de actividad concreto, el criterio determinante de la relevancia penal de la conducta que pertenece a la clase de actividad regulada será la desviación de estándar de conducta profesionalmente adecuado; a tal efecto ha de quedar absolutamente claro, de un lado, que en la concreta legislación hay una regla sobre lo profesionalmente adecuado prevista precisamente para ese concreto hecho, esto es, para el hecho configurado por los elementos genéricos de la acción inicialmente neutral y el elemento consistente en su conexión con la realización de un delito por otro, y, de otra parte, también debe ser meridiano que en dicha legislación se ha efectuado una expresa ponderación por el legislador de los límites *penales* del riesgo permitido y que, en consecuencia, objetivo de dicha legislación sectorial no es sólo la genérica regulación de la actividad o el establecimiento de infracciones administrativas para el incumplimiento de los deberes en ella establecidos, sino la configuración de la tipicidad penal" (PÉREZ MANZANO, Mercedes. "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales". En *Política criminal y blanqueo de capitales* [Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese]. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 174).

del abogado, porque la ley “persigue aislar económicamente a los delincuentes castigando a todos los que realizan negocios con él, ya sea por la prestación de servicios o la adquisición de bienes”¹³²⁷, y en este sentido el abogado es un profesional como cualquier otro que interviene en la actividad económica¹³²⁸. Hay aún quienes sostienen que, en teoría, es posible la responsabilidad penal, puesto que las conductas socialmente adecuadas se pautan sobre conductas abstractas, sin la conexión con un hecho concreto. Al insertar la norma de conducta dentro de un contexto determinado, esta puede quedar inoperante al enfrentarse, en no pocas ocasiones, con un contexto no reglado, aunque la profesión sea reglamentada¹³²⁹.

A nuestro juicio, la idea de una exención o admisión de la responsabilidad penal de los profesionales liberales demanda algunas consideraciones propias del caso concreto, puesto que en absoluto se puede situar a los profesionales liberales sobre un pedestal de superioridad para eximirles de su responsabilidad penal, aunque, por otro lado, admitirla sin restricciones conduce a problemas que pueden hacer inviable la relación cliente-profesional liberal.

La admisibilidad, en teoría, de la tipicidad penal de la conducta de los aludidos profesionales liberales pasa por la idea de que el secreto profesional no es absoluto, cuestión que la Ley ant blanqueo pone a salvo, sin que se quebrante ese deber cuando el abogado, contable, administrador o economista rehúsen recibir esos valores, conscientes del origen espurio, en teoría, de la sobrefacturación de los valores, o incluso si están dentro de los parámetros de mercado. Pero, en caso de percibir esos valores, con evidente divergencia entre los valores de mercado y el acordado, ha de verificarse la posibilidad, en teoría, del delito de blanqueo de capitales. En el otro extremo, la admisión sin restricciones, sin ningún mecanismo dogmático que filtre la responsabilidad penal, puede generar la inviabilidad del ejercicio de determinadas profesiones que lidian en esas áreas propensas a la comisión de delitos de reciclaje de capitales. De modo que, en definitiva, el análisis de la responsabilidad penal

¹³²⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 640.

¹³²⁸ *Ídem*. Admite, en hipótesis, la responsabilidad: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 249.

¹³²⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...”, p. 177.

demandará un análisis del caso concreto de los matices de la contratación, del pago y del comportamiento de los agentes.

Con referencia a la orientación inadecuada por parte de profesional liberal –por ejemplo, al ser consultado sobre si determinada conducta puede generar el delito de blanqueo de capitales, respondiendo que no hay riesgo de delito, incluso tratándose de un negocio jurídico con alto riesgo¹³³⁰–, en caso de que sobrevenga el delito, no generará la responsabilidad penal por blanqueo imprudente, porque, como se verá más adelante, la imprudencia grave se caracteriza por el desconocimiento de la conducta de blanqueo más del origen delictivo del bien a ser blanqueado. Sin embargo, la situación puede ser diferente si sabe del origen ilícito de los bienes y de la conducta de blanqueo que ha sido realizada, puesto que en esa situación el agente tiene dolo y no actúa en situación de error de tipo o de prohibición a su favor¹³³¹, además de que su conducta tuvo relevancia causal, de menor importancia, pero la tuvo para que irrumpiera el blanqueo de activos.

La relevancia penal del hecho comienza a partir del momento en que se rebasan los límites de esa conducta típicamente profesional y comienza a tener comportamientos decisivos para el delito¹³³². El grado de peligro de la conducta

¹³³⁰ Faraldo Cabana aclara: “Es obvio que la toma de una decisión arriesgada, por sí sola, no implica indefectiblemente una conducta punible, toda vez que el riesgo, dentro de ciertos límites, es consustancial al mundo de los negocios”; y prosigue: “A partir de la relación interna, esto es, tanto de la forma y el contenido de las instrucciones recibidas como del nivel de diligencia con el que actúa, se ha de determinar si y hasta qué punto el administrador de una entidad mercantil puede exponer el patrimonio social a un determinado riesgo negocial” (FARALDO CABANA, Patricia. “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”. *EC*, n.º 19 [1996], p. 174).

¹³³¹ Defendiendo esa idea de forma general para los abogados y asesores jurídicos, tenemos a Luzón Peña: “Si el asesor informa de mala fe, sin sufrir él ningún error de prohibición o de tipo y sabiendo y aceptando con dolo directo o al menos con dolo eventual provocar o poder provocar tal error en el cliente que te llevará a cometer el hecho objetivamente delictivo, evidentemente el asesor actúa con dolo y con plena culpabilidad y normalmente responderá como autor mediato doloso del hecho directamente ejecutado por el cliente. Al provocarle al ejecutor directo un error que excluye su conciencia de la significación del hecho, no sólo el error de tipo, sino según la posición más correcta también el de prohibición incluso aunque sea vencible, y que por eso le excluye o restringe decisivamente los motivos para inhibirse, el asesor convierte al cliente en alguien que opera engañado como un instrumento suyo y no decidiendo consciente y responsablemente, y por tanto aquel tiene el dominio del hecho a través del instrumento” (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad penal del asesor jurídico...*, p. 105); CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal*. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal, penitenciario. Wolters Kluwer: Madrid. 2008, p. 44.

¹³³² Ragués i Vallés explica: “...el pago de un abogado con dinero procedente de un delito previo es un acto mediante el cual una parte de la capacidad económica alcanzada con dicho delito se transforma en una prestación de servicios profesionales que, en principio, no genera un efecto

al objeto de que sus servicios sean utilizados para finalidades delictivas es decisivo para la delimitación de la conducta ilícita¹³³³. Si hay un campo dudoso sobre si los servicios del consultor son utilizados con finalidades ilegales, no habrá imputación; pero, si hay certeza de que el consultante adoptará las líneas del profesional liberal para fines de comisión del delito, se mantiene la tipicidad de la conducta, porque en el caso de “dolo directo la conducta del abogado pierde precisamente su neutralidad y conformidad al estándar profesional”¹³³⁴.

Queda la cuestión del deber de evitar el resultado cuando el agente omitió su actuación conforme a los preceptos de la Ley 10/2010¹³³⁵, que establece en

de ocultación del origen ni tampoco de consolidación de aquellos bienes con los que se retribuye tal prestación. Desde luego, la anterior conclusión tiene validez siempre y cuando la prestación realizada por el abogado se circunscriba a la defensa penal del autor del delito grave anteriormente cometido. La solución cambia en aquellos casos en que la labor consiste en asesorar al cliente sobre cómo obtener una mayor rentabilidad de los bienes obtenidos o cómo ocultarlos de manera eficaz a la acción de las autoridades. En estos supuestos, el letrado contribuye directamente con su conducta al mantenimiento de la capacidad económica del autor del delito previo y, por tanto, su conducta debe ser castigada atendiendo a los fines de la punición del blanqueo” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de dinero”. En *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial* [Coord.: Jesús-María Silva Sánchez]. Marcial Pons: Barcelona, 2003, pp. 161-162).

¹³³³ Hay posturas en la doctrina que defienden que el riesgo sobre el peligro de aprovechamiento por el agente de los servicios prestados por el asesor, lleva al profesional al dolo eventual, en conducta neutra y socialmente adecuada, no debiendo considerarse delito, porque la duda milita en favor de la libertad profesional. Ahora, si nos encontramos ante un peligro muy concreto, con seguridad de que el cliente va a cometer el delito, la orientación rebasa los límites del riesgo permitido, existiendo dolo directo de segundo grado. Por fin, defiende la doctrina que, “si se sabe seguro que el cliente va a delinquir, que va a utilizar para su ejecución concreta precisamente el servicio jurídico que le proporciona el abogado porque le remueve obstáculos para ello, entonces tal servicio o asesoramiento se estará convirtiendo precisamente en una aportación específicamente adaptada y ajustada a la concreta ejecución del delito y tal aportación adquiere por eso un sentido criminal” (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad Penal del asesor jurídico...*, p. 110). En el mismo sentido, genéricamente: AMBOS, Kai. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”..., p. 205.

¹³³⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad Penal del asesor jurídico...*, p. 110.

¹³³⁵ Respecto al blanqueo de capitales, Martínez-Buján defiende que, “en términos generales, únicamente cabrá sentar la directriz genérica de que las conductas del empleado de banca que se desenvuelvan estrictamente en el marco del estándar normativo laboral que regula su actividad profesional son conductas *neutrales* que quedan al margen de la participación delictiva. En tal caso el empleado se comporta estructuralmente como un omitente que simplemente no impide que el autor cuente con un instrumento necesario para cometer el delito. Solo cuando exista un especial deber impuesto por ley (como sucede en el blanqueo de bienes) o cuando se salga del estándar normativo profesional para realizar una conducta específica que se adapta al hecho principal podrá hablarse de participación punible”; y sigue defendiendo algo parecido con relación al asesor fiscal, aunque aclarando lo siguiente: “Así, podrán existir conductas de colaboración que no rebasan su estándar normativo, en la medida en que el asesor se limite a aclarar las cuestiones jurídicas que le plantee su cliente en términos perfectamente neutros, pero no cuando le explique a su cliente el *modus operandi* específico de llevar a cabo la defraudación para no ser descubierto” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, vol. I..., pp. 563-564). Digamos con respecto a esta opinión que no se concibe la mera

su artículo 5.º el deber especial de diligencia, y en el artículo 18.1, el deber de comunicación de operaciones con indicios de sospecha de blanqueo de capitales. La ausencia de informaciones sobre transacciones sospechosas genera responsabilidad administrativa susceptible de las infracciones previstas en los artículos 50 y siguientes de la Ley 10/2010; y si de esa omisión proviniese la comisión de algún delito¹³³⁶, no será aplicable la responsabilidad penal a esas infracciones administrativas.

Para finalizar con esta cuestión, si las informaciones dejaran de ser investigadas para preservar la defensa del cliente¹³³⁷ por parte específicamente de los profesionales, no habrá responsabilidad, por integrar el derecho a la defensa de aquel.

2. CULPABILIDAD EN EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CPE

2.1. Error de prohibición

Si el profesional liberal induce a error de prohibición al cliente, quien interpretó erróneamente determinado hecho por actuación del abogado, contable o economista, este será responsable por la conducta por haber incidido en error de prohibición vencible por su condición de jurista¹³³⁸. El agente que actúe de acuerdo con la orientación del consultor responderá por el delito de blanqueo de

violación del deber impuesto por Ley [art. 2.1.k) L. 10/2010] como caracterizador de la responsabilidad penal del empleado bancario. Como ya sostuvimos en su momento, el delito de blanqueo de activos es infracción penal común a la violación de los deberes de cuidado objetivo que puede provenir de la inobservancia de pautas mínimas de cautela en la realización de negocios, debiendo vincular, en el caso en especie, la infracción del deber normativo a la quiebra de los comportamientos estándar y el dolo.

¹³³⁶ Aránguez expone correctamente, amparado en la antigua Ley antiblancqueo: “En base a ese marco general de relaciones entre el Derecho penal y el administrativo sancionador en la materia que nos ocupa, podemos afirmar que algunas de las infracciones establecidas en la Ley 19/1993 nunca serán aplicables, puesto que dichas conductas se encuadrarán preferentemente en el Código Penal. Tal es el caso del intermediario financiero que tiene la certeza de que la operación en la que participa es en realidad una estratagema para blanquear fondos. Según el art. 5.3.c) de la Ley es una infracción muy grave, pero en cualquier caso, el sujeto será responsable del delito de blanqueo, ya que su posición de garante por Ley hace que se pueda equiparar su omisión a una participación activa en el delito (comisión por omisión). Y en el caso de que se revele al cliente que se ha iniciado una investigación sobre sus operaciones, solo se aplicará la normativa administrativa que sanciona tal conducta con pena grave cuando ese cliente no fuera un blanqueador, porque en otro caso entraría en juego el delito de blanqueo, sin olvidar que también sería de aplicación el delito de revelación de secretos profesionales...” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 144-145).

¹³³⁷ *Ídem*.

¹³³⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad Penal del asesor jurídico...*, p. 107.

capitales en su forma dolosa, dependiendo de la hipótesis fáctica del análisis de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del consultante para verificación de que el error de prohibición sea vencible o invencible, operándose la atipicidad del hecho para el consultante o la disminución de la pena, mientras que el consultor responderá por el delito con menor disminución en la pena, ya que para él el error de prohibición era vencible¹³³⁹. La acción socialmente neutra¹³⁴⁰ de ofrecer la orientación en abstracto, sin ninguna actuación concreta en el *iter criminis*, típica de la función que ejerce como consultor (abogado, contable, economista), no generará su responsabilidad

¹³³⁹ Apunta Luzón Peña: "...ya que al asesor su error de prohibición tampoco le excluye el dolo en ningún caso ya que tiene conciencia de los presupuestos de la prohibición aunque no de la prohibición misma; y tiene conocimiento de inducir o de cooperar con su consejo a que el cliente realice o ejecute 'el hecho', que es lo que requiere el art. 28, 2.º, a y b, aunque él no sepa que es un hecho delictivo. Tal error vencible simplemente disminuirá su culpabilidad en comparación con la hipótesis de conciencia de la ilicitud, aunque al jurista se la atenuará menos que al profano y por ello la atenuación de la pena deberá ser menor que para el cliente" (*Ídem*).

¹³⁴⁰ En un artículo sobre el tema, el profesor Ambos aglutina las líneas de pensamiento en teorías objetivas que parten del criterio de la prohibición del regreso (Jakobs); o se basan en el principio de la proporcionalidad entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos, conforme a la cual, quien facilita el hecho puede confiar en el no aprovechamiento delictivo por parte de otros de la situación creada (Frisch), y en teorías subjetivas que parten del análisis del dolo de aquel que presta ayuda en relación al hecho principal para fijar su responsabilidad penal y eximirlo en el caso de dolo eventual (Roxin y Otto). Prosigue el profesor Ambos defendiendo que "es recomendable un análisis que relacione los aspectos objetivos y subjetivos del hecho, pues, según este, es precisamente el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana. A primera vista, este examen que relaciona ambos aspectos del hecho resulta algo desconcertante, pero también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa". Y prosigue defendiendo que "el aporte al hecho adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de «delictivo» o «legal» mediante el dolo del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en «co-conocedor» del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: «El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo». Solo son, pues, problemáticos aquellos casos en que el colaborador ciertamente no conoce la intención delictiva del autor principal, pero la tiene como posible, en el sentido del dolo eventual. Aquí rige el principio de confianza, con lo cual resulta que el colaborador, por regla general, puede partir de la base de que su contribución será empleada legalmente, es decir, que su comportamiento en sí mismo neutral o permitido permanece impune. Puede admitirse en todo caso una excepción cuando la intención delictiva del autor principal era para el colaborador reconocible sin más- en el sentido del criterio roxiniano de la «reconocible propensión al hecho», pues esos casos se corresponden, en cuanto a su valoración, con aquellos en que el colaborador tiene conocimiento del hecho principal" (AMBOS, Kai. "La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutras". *RDPC*, 2.ª época, n.º 8 [2001], pp. 200-205).

penal¹³⁴¹, puesto que esa actuación es socialmente adecuada¹³⁴² y se limita al ejercicio natural del oficio, sin conocimiento directo de la voluntad del consultante.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de blanqueo de capitales revela complejas relaciones respecto a la cuestión de la autoría, conforme ya dejamos dicho al tratar de la materia en el ordenamiento jurídico-penal brasileño en el precedente Capítulo VI, sin que escape tampoco a la densidad y profundidad de dichas cuestiones.

3.1. Coautoría

La coautoría del artículo 28.1 del Código Penal¹³⁴³, al ser trasplantada para la parte especial, admite el concurso de agentes entre el delito antecedente y el

¹³⁴¹ Luzón Peña destaca: “Entonces se sostiene que de lo que se trata es de que si la aportación del asesor objetivamente se mantiene dentro de la actuación estándar, usual y adecuada en el desempeño jurídico profesional, incluso si simplemente tiene un carácter ‘neutral’ (que no se inclina ni a favor ni contra del plan delictivo), tal conducta no es una auténtica participación punible que favorezca específicamente al autor, o desde otras perspectivas, tal conducta será socialmente adecuada y no rebasará el riesgo permitido (lo que por cierto, para un sector supone que se excluye la imputación objetiva); se trata de una aplicación a la actividad del asesor jurídico de la construcción de las ‘acciones neutrales’ que en las últimas décadas se utiliza por un sector para negar la tipicidad de la participación. Por el contrario habrá participación punible, típicamente relevante, si la aportación del asesor jurídico a la conducta del cliente rebasa esos límites de carácter neutral, estándar y profesionalmente adecuado y se produce una conducta inequívoca de adaptación específica, ajuste o acoplamiento al concreto hecho delictivo cometido, y pasa entonces a contribuir específicamente al mismo y a integrarse en él” (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Responsabilidad penal del asesor jurídico...*, p. 109).

¹³⁴² Gracia Martín, franco crítico de la teoría de la imputación objetiva, explica que “los tipos de injusto comprenden necesariamente acciones finales, pero solo en la medida en que estas sean valoradas como socialmente inadecuadas o, lo que es lo mismo, como contrarias a las concepciones ético-sociales dominantes en una sociedad determinada. Según esto, quedan excluidas de los tipos de lo injusto aquellas conductas que si bien podrían estar formalmente incluidas en su tenor literal, se mantienen no obstante dentro del orden ético-social «normal» de la comunidad social” (GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Atelier: Barcelona, 2006, p. 390).

¹³⁴³ De acuerdo con la doctrina española, la estructura de la coautoría se “basa en el principio de la división del trabajo conforme a un plan común, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la realización del tipo. Existe, por tanto, una interdependencia funcional de los distintos aportes que permite afirmar la existencia de un hecho en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal. Por ello, la coautoría se fundamenta en el principio de imputación recíproca y horizontal de las contribuciones, y no en el principio de accesoria. Aquí cada sujeto necesita de los demás para la realización del hecho en la misma medida en que los demás necesitan de él” (PÉREZ

blanqueo de capitales¹³⁴⁴, así como la concurrencia del mismo dentro solo del delito del artículo 301.1 del Código Penal. Así pues, se produce el blanqueo de capitales, si se realiza una actividad delictiva previa que revierta dividendos transferibles a la parcela ilícita obtenida de un coautor por otro coautor¹³⁴⁵.

Como ilustración, podemos apuntar la hipótesis de dos agentes que cometen delitos de robo en coautoría, quedándose cada uno de ellos con una cuantía igual de euros, y adquieren automóviles que posteriormente son objeto de transferencias recíprocas, más el retorno de uno para el otro de cantidades en metálico. Ambos fueron coautores de robo y son coautores de blanqueo de capitales.

Del Carpio Delgado, al analizar la cuestión desde la perspectiva de un aparato organizativo de poder, admite la punición como coautores del agente que ejecuta materialmente conducta de blanqueo y del agente que da la orden para la realización de los procedimientos, cuando se establezca la previa existencia de un plan o un ajuste de voluntades, se determine el orden para la realización del acto –quién es el jefe de la organización y quién cumple la determinación– y ambos sujetos realicen conjuntamente cualquiera de las modalidades típicas de blanqueo¹³⁴⁶.

Abstrayendo la intervención conjunta en el delito antecedente, es posible visualizar la coautoría en el delito de blanqueo de capitales¹³⁴⁷ cuando un agente abre una cuenta bancaria y deposita productos de origen criminal, mientras otro¹³⁴⁸ adquiere una bella casa de playa en la ciudad de Marbella con dinero del narcotráfico.

ALONSO, Esteban Juan *et al. Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 402). O sea, es necesaria la ejecución conjunta del delito y la decisión conjunta sobre el hecho.

¹³⁴⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 350.

¹³⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 544.

¹³⁴⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 276.

¹³⁴⁷ Admitiéndola: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 350; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 544.

¹³⁴⁸ Maria del Carmen Molina Mansilla enseña que: "En esta forma de criminalidad es frecuente el empleo de la figura del testaferro, que podría definirse como la persona que presta su nombre en un contrato o negocio cuando quien realmente lo realiza es otro. La labor del testaferro implica tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que en ocasiones puede aumentar el riesgo de comisión del delito, dejando su actuación de ser neutral y adquiriendo un sentido delictivo" (MOLINA MANSILLA, Maria del Carmen. "Análisis de

3.2. Responsabilidad del dirigente en el aparato organizado de poder y autoría mediata

En referencia a la autoría mediata¹³⁴⁹, el Código Penal español expresamente consagró la posibilidad, en teoría, de la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho en su artículo 28, al establecer que es autor quien cometa el hecho por intermedio de otro que actúe como instrumento.

El delito de blanqueo de capitales admite la incidencia de la teoría del dominio funcional del hecho y de la autoría mediata, en especial, cuando el autor instrumentalice a una persona que opera la intermediación económica¹³⁵⁰, con la reserva de que conozca la fuente de los bienes y aun así actúe en el caso. La importancia de estudiar ese fenómeno radica en la búsqueda de respuestas para la criminalidad de empresa, siendo necesario “ofrecer respuestas eficaces que eviten la tendencia tradicional de dirigir la persecución penal exclusivamente hacia los que se encuentran más cercanos a la lesión del bien jurídico”¹³⁵¹.

En la doctrina penal algunos apuntan que, en teoría, el autor mediato podría ser considerado como inductor, puesto que el ejecutor material de la orden es penalmente responsable y a él se le puede imputar el hecho como obra suya. Señala esa línea de pensamiento que la autoría mediata, el inductor y el cooperador necesario tendrían la misma pena en función de lo descrito en el artículo 61 del Código Penal, sin que haya ninguna laguna de punibilidad. El problema surge cuando un instrumento doloso actúa sin intención, por falta del elemento subjetivo del injusto, puesto que la participación demanda la teoría de la accesoriedad limitada, o sea, un hecho típico e ilícito. Con la ausencia del dolo específico se elimina la tipicidad del ejecutor y se afecta la relevancia penal de

la nueva doctrina jurisprudencial sobre el delito de blanqueo de dinero". Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 45, vol. 4. 2008. p.107).

¹³⁴⁹ El tema ha sido tratado con la atención necesaria respecto de la legislación brasileña en el epígrafe 1.2 de la Segunda sección Capítulo IV, donde analizamos la teoría del dominio funcional del hecho.

¹³⁵⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 311.

¹³⁵¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Criminalidad de empresa: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2002, p. 138.

la conducta del inductor, así que se rechaza ese encuadramiento¹³⁵². Por tanto, esta corriente propugna la caracterización la conducta del jefe de la organización como autor mediato, “no solamente porque el subordinado sea fácilmente sustituible en la organización o porque en él falte un elemento subjetivo, sino, además, porque en el ámbito de la criminalidad organizada no puede afirmarse que quienes se encuentran inmersos en ella actúen con la libertad suficiente para tener capacidad para negarse a ejecutar un mandato del jefe”¹³⁵³. Se suma a ello que el margen de libertad es estrecho bajo riesgo de la integridad física o de la vida del ejecutor del orden, además de señalarse la ausencia de punición de este por coacción, estado de necesidad o miedo insuperable¹³⁵⁴.

En la doctrina especializada española, Aránguez Sánchez refuta esa construcción defendiendo que dentro de las estructuras de blanqueo de capitales existen complejas operaciones financieras que demandan profesionales altamente capacitados y especializados en la ingeniería financiera que permitirá el éxito del delito. Esos profesionales, no raras veces, son piezas clave de las estructuras delictivas, lo que no volverá tan fácil la fungibilidad del ejecutor. Por otro lado, el autor sostiene que solamente en organizaciones criminales de carácter ideológico, por razones de fanatismo o seguimiento de líderes carismáticos, habrá ese automatismo en la sustitución del subordinado, posibilitando el éxito en la actividad delictiva. Así, en la criminalidad económica habrá casos en que la inmediata sustitución no ocurrirá, haciendo inviable el delito de blanqueo de capitales¹³⁵⁵.

Otros autores contemplan la autoría mediata dentro del blanqueo de capitales valiéndose del criterio de la ‘pertenencia al hecho’, o sea, formar parte del conjunto involucrado en la práctica del blanqueo de capitales de forma exclusiva o compartida¹³⁵⁶. Por otro lado, hay quienes defienden la teoría de la coautoría en estas situaciones entre el jefe de la organización criminal y el

¹³⁵² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 277-278.

¹³⁵³ *Ibidem*, p. 280.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 280-281.

¹³⁵⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 352-353.

¹³⁵⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 811.

ejecutor de la acción de blanqueo de activos, siempre y cuando la determinación del jefe sea tan contundente, que revele igual dominio del hecho¹³⁵⁷.

Como hemos señalado al abordar la cuestión en Brasil, la posición de Roxin es contraria a la aplicación de la teoría sobre los aparatos organizados de poder en la criminalidad de empresa. Aun así, la idea del profesor alemán es objetada en la doctrina española, donde encontramos la defensa de una línea opuesta entre quienes adaptan la teoría a la criminalidad empresarial porque, aun con las diferencias típicas de la criminalidad de empresa, pueden aplicarse la mayoría de las características de un aparato organizado de poder, aunque otros planteen soluciones diferenciadas.

Espinosa Marín apunta que la empresa es un grupo de personas con “un sentimiento de pertenencia a una organización, es decir, actúan con psicología de grupo o ente”; que la complejidad de las estructuras empresariales promueve un distanciamiento entre autor y víctima; atiende asimismo a la cantidad de sujetos envueltos y a la complejidad industrial, que “provocan importantes problemas para determinar la relación de causalidad entre conductas arriesgadas de la empresa y la producción de resultados lesivos”; además de que en la criminalidad de empresa hay división del trabajo, con reparto ‘vertical’ de funciones, papeles y deberes en razón del diferente rango funcional. La empresa tiene existencia jurídica concreta y está sometida a la legislación y las personas jurídicas dependen de las personas físicas para los delitos; la toma de decisiones genera fragmentación en las decisiones y la ejecución del delito suele ser el resultado de la confluencia de una pluralidad de actos parciales y fragmentarios de varios sujetos físicos. La argumentación favorable a la aplicación de la teoría en la criminalidad de empresa finaliza con el pensamiento de que los “*subordinados que ejecutan el delito son sujetos fungibles*”; la estructura de una empresa que actúe en el tráfico económico es “*fuertemente formalizada*, es decir, el funcionamiento de la mayoría de las grandes empresas también es prácticamente automático”¹³⁵⁸.

¹³⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general...*, p. 455.

¹³⁵⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Criminalidad de empresa...*, pp. 66-68.

La restricción de que el aparato organizado funcione al margen del ordenamiento jurídico no es un fundamento válido para la delimitación de la aplicación de la teoría, puesto que “tanto en la empresa como en el aparato organizado del poder hay una organización que funciona con independencia del estado cambiante de sus miembros”, incluso con los especialistas, porque pueden ser contratados, aunque de modo temporal, para la actividad¹³⁵⁹. Otro punto es la dificultad de presentar un concepto de organización criminal en función de diferentes rasgos históricos, culturales, geográficos y políticos, así como que “la imagen clásica de organización criminal como aquella que opera al margen del ordenamiento jurídico está completamente superada en la actualidad, pues en numerosas ocasiones se define a la organización criminal como un fenómeno económico y, sobre todo, empresarial, es decir, en muchas ocasiones la actividad criminal se organiza como si fuera un proyecto empresarial”¹³⁶⁰. En refuerzo de esta idea, señala la doctrina que es cada vez más difícil diferenciar la criminalidad organizada de la criminalidad de empresa, así como los límites entre la actuación en el mercado legal y las conductas delictivas¹³⁶¹.

Aun así, autores como Marín de Espinosa se resisten a la idea de “un instrumento que actúa responsablemente”, porque eso se contradice con la autoría mediata, donde, si el ejecutor actúa con dolo, no será considerado un instrumento¹³⁶². Apunta esta autora que “los sujetos que intervienen en las estructuras jerárquicamente organizadas –directivos, mandos intermedios y subordinados– realizan el hecho conjuntamente. En estos casos, donde el dirigente planifica un delito y emite una orden para que el subordinado la ejecute, a nuestro juicio, tanto uno como otro tienen también el dominio del hecho y, por tanto, deben responder como coautores”¹³⁶³.

En la criminalidad de empresa, donde existe una estructura jerárquicamente organizada, conforme a la cual cada uno de los agentes cumple una función específica –o sea, planear el delito, transmitir las órdenes y

¹³⁵⁹ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, p. 90.

¹³⁶¹ *Ibidem*, p. 91.

¹³⁶² *Ibidem*, pp. 94-95.

¹³⁶³ *Ibidem*, p. 137.

ejecutarlo con conocimiento de que habrá una lesión al bien jurídico—, se generará en cada una de las fases un dominio funcional del hecho. Conforme a esa hipótesis, todos ejercen una función importante y la actuación de cada uno de ellos promueve parte fundamental en el desarrollo del delito, por lo que deberán responder como coautores¹³⁶⁴.

Olmedo Cardenete señala que el dirigente de un aparato organizado de poder deberá responder como inductor, y no como autor, porque la idea de cometer el delito o los mecanismos empleados para su acometimiento nunca se trasladan al plan efectivo de los actos de blanqueo de capitales. Sostiene que, incluso en las situaciones en que la Ley penal valora la organización criminal como agravante, tal como ocurre en el delito de blanqueo de capitales, la misma no podrá ser tomada de nuevo en consideración para caracterizar de la autoría, so pena del vedado *bis in idem*¹³⁶⁵.

La crítica a ese posicionamiento reside en que no sería aplicable en las hipótesis de elevada secuencia de órdenes entre mandos intermedios, por no admitirse la inducción en cadena, a salvo la hipótesis de que los escalones intermedios se limiten a transmitir la orden dentro del aparato organizado de poder, pero también la ejecutan, caso en que la línea de pensamiento es aplicable¹³⁶⁶. Cuando hay orden por el dirigente y el mando intermedio innova, incorporando elementos en esa inducción, habrá problemas por no existir la inducción en cadena. Hernández Plasencia defiende que en tales hipótesis habrá un dominio negativo del hecho, respondiendo la cúpula de la organización como cooperadores necesarios o meros cómplices, si se trata de escalones intermedios o en cadena que transmiten la orden¹³⁶⁷. El autor descarta la autoría mediata; la coautoría por falta de decisión conjunta y de actuación en la ejecución, “porque los hechos excepcionales no pueden derogar los presupuestos básicos de una categoría dogmática”, recordando que no se admite la inducción en cadena; y admite, al fin, que solamente en el escalón

¹³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 138-139.

¹³⁶⁵ OLMEDO CARDENETE, Miguel. *La inducción como forma de participación accesoria*. Edersa: Madrid, 1998, pp. 634 y ss.

¹³⁶⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 354.

¹³⁶⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares: Granada, 1996, p. 276.

antecedente a la ejecución la conducta se podría imputar el hecho a título de inducción que determina al ejecutor a cometer libremente el delito. Así, los dirigentes de la organización serían cómplices; los mandantes intermedios, cooperadores necesarios; los últimos mandantes, inductores; y el ejecutor quedaría como autor¹³⁶⁸.

Por nuestro lado, consideramos que no habría óbice para la adopción de la teoría del dominio funcional del hecho, con las reservas de que la automatización de la sustitución del ejecutor de la orden depende del análisis concreto de la estructura del aparato de organización de poder¹³⁶⁹; de modo que, si el dirigente tiene poder decisorio, los mandantes intermedios deberán responder invariablemente como autores del delito de blanqueo de capitales, del mismo modo que el resto, en relación horizontal, responderán como coautores del delito¹³⁷⁰.

3.3. Responsabilidad penal de dirigentes y administradores de empresas y las deliberaciones colegiadas

Ya hemos analizado preliminarmente la cuestión del *compliance* criminal dentro del delito de blanqueo de capitales en Brasil (en concreto, en el epígrafe 1.1.3 del Capítulo VI), y corresponde ahora analizar ese fenómeno bajo el prisma de la ley penal española, apuntando especialmente a la responsabilidad penal de dirigentes y consejos de administración.

Comencemos nuestro análisis por la responsabilidad de los órganos colegiados de dirección y administración que, por vía normativa, están

¹³⁶⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada". *RDPC*, 2.ª época, n.º 17 (2006), p. 78.

¹³⁶⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 354.

¹³⁷⁰ Marín de Espinosa Ceballos subraya: "En definitiva, la tesis que nosotros proponemos, es que, en el ámbito de la empresa si se emite una orden o instrucción para que un subordinado ejecute un delito, el empresario o directivo que tiene poder efectivo y control –dominio del hecho por organización– responde como autor. El resto de los casos –un grupo de personas que mantienen una relación horizontal– se observarán las reglas generales de autoría y participación clásicas, esto es, la realización de un hecho delictivo conjuntamente por varias personas con una relación horizontal fundamenta la coautoría en virtud del dominio funcional del hecho si hay acuerdo previo y si aporta una contribución en la fase ejecutiva. La particular solución en el ámbito de la criminalidad de empresa queda justificada por las especiales circunstancias en que tiene lugar la comisión del delito; en el contexto de una estructura jerárquicamente organizada" (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Criminalidad de empresa...*, p. 139-140).

integrados por más de un agente y cuya función es deliberativa en asambleas o reuniones. Inicialmente, la hipótesis de deliberación unánime tomada por el consejo de administración o consejo directivo genera la responsabilidad penal de cada uno de ellos, en el caso de ponerse de acuerdo en determinado comportamiento que genere la comisión de un delito de blanqueo de capitales. En dicha deliberación societaria (arts. 198 y 200 RDLeg. 1/2010) se considera que cada uno de los directivos o miembros del Consejo Administrativo se encuentra en nivel de igualdad, no habiendo ninguna ascendencia jerárquica entre ellos. Es asimismo inexcusable que el asunto votado y que genera la comisión de un delito sea implementado por los subordinados, de modo que la falta de actos de ejecución que lleven a efecto esa conducta genere la previsión del delito del artículo 304 del CPe¹³⁷¹, que será oportunamente analizado.

Si hay votación, según Zugaldía Espinar, la atipicidad de la conducta de quienes se adhirieron a una postura divergente deberá ser verificada, pero no con base en el acto de votación, sino en el comportamiento posterior al voto. Prosigue este autor sustentando que “es preciso comprobar si el miembro que no participó de una forma activa en el plan, posteriormente, en un estadio más avanzado, se puso de parte de la mayoría y si esa participación omisiva contribuyó al resultado final”. Se debe comprobar si los divergentes o minoritarios han intentado impedir legalmente la ejecución del acuerdo o lo han impugnado por ley o *notitia criminis*, por constituir la garantía de la no producción del resultado¹³⁷². En este sentido, los administradores deben ajustarse al fundamento legal del deber de evitar el resultado y de adoptar la posición de garantes previstos en los artículos 209, 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital¹³⁷³. La legislación societaria española fija el criterio del “ordenado

¹³⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013, p. 118.

¹³⁷² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, pp. 432-433. Del mismo autor: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, pp. 45-47. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”..., p. 124. Tiedemann destaca que “la posición de garante de los miembros del Consejo de vigilancia a partir de la tarea de vigilar que tiene este en relación con la dirección del negocio” (TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...*, p. 143).

¹³⁷³ Tiedemann busca en los dispositivos legales elementos jurídicos y no puramente fácticos, como dominio y confianza para justificación del deber jurídico (TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...*, pp. 144-145). Schunemann, contrariamente, admite la teoría del

empresario” como criterio de diligencia para la conducción de sus actividades, además de afirmar el deber de informarse diligentemente sobre las actividades societarias, y la vulneración de cualquiera de los dos autoriza la imputación de responsabilidad penal.

Esta impugnación debe darse en los términos del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual, en la situación de acuerdo delictivo, no tendrá incidencia del plazo de decadencia de un año para cuestionarlo por la práctica de que un delito resulte contrario al orden público (art. 205.1 LSC). El trámite se realizará en procedimiento específico de impugnación, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC). Ha de tenerse cuidado con los legitimados a impugnar el acuerdo delictivo, puesto que se incluye a socios, administradores y cualquier tercero con interés legítimo, no correspondiendo a estos últimos la de posición de garante, por ampliar excesivamente los autores del delito.

El deber de evitar el resultado en el Derecho penal es más restrictivo que en el Derecho societario, pero la cuestión aún encuentra un punto polémico en torno al principio de confianza¹³⁷⁴, en este caso por la ausencia de ascendencia jerárquica, la cual podría dispensar el deber de vigilancia. No es así en el caso que tratamos, porque la Ley prescribe ese deber para el administrador, y no lo exime del mismo, como tampoco a ningún órgano o agente¹³⁷⁵. Por el contrario,

dominio sobre la causa del resultado, en el sentido de que “la responsabilidad de los administradores es concretamente por el dominio de la vigilancia ejercido con los medios de poder de la agrupación. Por otra parte, de acuerdo con el fundamento lógico-material del principio del dominio esta posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares en función de la esfera empresarial que dominan, de modo que, por ejemplo, con la asunción de competencias determinadas también se transmite y el *ipso* la posición de garante correspondiente” (SCHUNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación...*, p. 30).

¹³⁷⁴ El principio de la confianza se diferencia del principio de la desconfianza, porque “la ausencia de tal deber de procurarse el conocimiento permanente acerca del modo en que está obrando un tercero es, entonces, lo propio de las relaciones regidas por el principio de confianza. Y es lo que las distingue de las otras relaciones presididas por un principio de desconfianza. En estas últimas sí existe el deber de procurarse información acerca del modo en que un tercero está gestionando su esfera de competencia. En otras palabras: existe un deber de supervisión, control o vigilancia de dicha actuación” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013, p. 168).

¹³⁷⁵ Aparicio Díaz señala: “Y así, si se demuestra que la desidia del consejero en la observancia del deber de actuar diligentemente (que no de información) ha propiciado la comisión de un delito, igualmente cabría afirmarse la responsabilidad penal de los consejeros omitentes” (DÍAZ, Luis Aparicio. “El ‘ordenado empresario’ en el Consejo de Administración y la posible responsabilidad

fundamentándose en el principio de la autonomía personal y de la autorresponsabilidad, defiende la doctrina que, como los administradores se encuentran en igual nivel jurídico y fáctico, uno no precisa impedir los hechos del otro¹³⁷⁶.

Además, el penalista Silva Sánchez apunta otros cuestionamientos referentes a la responsabilidad penal de acuerdos delictivos tomados por administradores o dirigentes; cuestiones que el autor destaca y que pasamos a relacionar a continuación, para apuntar las soluciones a los mismos¹³⁷⁷.

La primera de ellas se refiere a la conducta de quien vota adhiriéndose al hecho delictivo o quien asimismo lo hace en sentido favorable, cuando tal mayoría no existe, pero acaba configurándose de tal modo que su voto sería prescindible. El penalista apunta que “el primer principio es que el voto favorable al acuerdo o decisión delictiva implica atribución de responsabilidad, sin que se pueda objetar que, aunque no se hubiera votado, el acuerdo se habría adoptado igual”¹³⁷⁸. Su aplicación se daría en votaciones por unanimidad, nominales o cuando el votante conoce que ya se ha formado la mayoría por la deliberación delictiva¹³⁷⁹.

Hay la situación de quien vota a favor de la deliberación delictiva o la favorece formalmente, aunque ya esté vencida. La cuestión se dirime en la posibilidad de delito imposible por absoluta impropiedad del medio; no obstante, en el delito de blanqueo sería posible vislumbrar, en teoría, caminos para la imputación del artículo 291 de la Ley penal española¹³⁸⁰ y del artículo 304 del CPe. Se trata de la contribución para formación del *quórum*, consciente desde el principio que la mayoría votará de modo favorable al delito, aunque él vote contrariamente al acuerdo delictivo. De acuerdo con Silva Sánchez, un acto neutro, estándar y “su realización, así como la participación en las deliberaciones del órgano, y aun a sabiendas que se va a adoptar un acuerdo antijurídico, no

penal de los consejeros”. *Revista La Toga. Colegio de Abogados de Sevilla*, n.º 182 [jul. 2011], p. 9).

¹³⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...*, p. 145.

¹³⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”..., p. 122.

¹³⁷⁸ *Ídem*.

¹³⁷⁹ *Ibidem*, p. 123.

¹³⁸⁰ *Ídem*.

puede fundamentar una responsabilidad”¹³⁸¹. Se agrega a ello la falta de dolo por la incertidumbre de la formulación o no de la mayoría de votos.

Puede darse también un favorecimiento informal durante las deliberaciones o antes de las mismas al acuerdo delictivo, resultando que, garantizada ya la mayoría favorable a la deliberación delictiva, vota contrariamente. Aquel que se abstiene o vota contrariamente, sin llevar a efecto, ninguna actuación adicional con respaldo a que el acuerdo delictivo sea consumado. Ambas soluciones merecen ser unificadas, pues la abstención y el mero acto de votar contrariamente no generan la exclusión de la responsabilidad penal, porque “no son incompatibles con una conducta material de favorecimiento (por la vía de inducción, de la cooperación necesaria) del acuerdo e incluso de dominio sobre éste (por la vía de la autoría mediata)”¹³⁸².

Se obstaculiza la exención de responsabilidad aunque haya formalización del disenso en el acta de la asamblea en que se deliberó el acuerdo delictivo, incluso por la posibilidad de actuación contraria sin cualquier manifestación societaria, aunque nada impediría que eso configurase desistimiento voluntario (art. 16.3 CPe), dependiendo su aplicación del análisis concreto del hecho y demandando invariablemente un comportamiento adicional del agente¹³⁸³.

Por fin, está el caso de aquel que ni siquiera asiste a la reunión en que se delibera el acuerdo delictivo, y que ciertamente por vía normativa será irresponsable, a salvo la posibilidad de autoría mediata o de participación arriba mencionada.

La votación favorable al acuerdo delictivo ya revela la consumación del delito del artículo 304 del Código Penal, resultando que aquellos que posteriormente rectifican voto o prestan auxilio moral, fomentando la exigibilidad

¹³⁸¹ *Ídem*.

¹³⁸² *Ibidem*, p. 124. Si no hay ninguna conducta para auxiliar posteriormente, la Ley de Sociedades de Capital aparenta dar oportunidad a la regla diversa al prever que la responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de administración será quebrada para aquellos que no intervinieron porque el artículo 239 de la antedicha Ley prescribe una exención de responsabilidad para quienes no actuaron en su “adopción y ejecución, desconociendo su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquello”.

¹³⁸³ *Ídem*.

de este acuerdo, responderán por delito. Es de destacar que opera la absorción del delito si el acuerdo delictivo es efectivamente realizado.

La responsabilidad penal por un delito comisivo impropio es el principal punto de polémica en torno a las cuestiones referentes a la omisión del deber de fiscalización o de contención de una deliberación en favor de un acuerdo delictivo porque “existe un deber de impugnación (deber de ejercicio de facultades legales o estatutarias)”¹³⁸⁴. Las previsiones legales y estatutarias que integran los elementos inherentes a la función de administrador superan la mera facultad en su utilización, de modo que la no impugnación del acto por su costo económico o por sus consecuencias negativas para la empresa, insta a la realización de denuncia a los órganos de persecución penal¹³⁸⁵.

La ausencia de estos expedientes, fundada en una representación falsa de la realidad, puede, en teoría, caracterizar error de tipo¹³⁸⁶ susceptible de autorizar la responsabilidad penal por el delito de blanqueo de capitales en la forma imprudente del artículo 301.3 del CPe, toda vez que hay previsión típica expresa de su criminalización.

La deliberación de los administradores en el consejo puede conducir, como hemos destacado, a aspectos delictivos relativos al blanqueo de capitales, razón por la que hay empresas obligadas a instituir programas de contención del delito, eminentemente preventivos, con base en la realización de análisis de pronóstico sobre eventuales delitos (*compliance*), detectando y conteniendo los posibles focos de riesgo responsables por el delito. El incumplimiento de la implementación de dichas reglas crea una elevación de la posibilidad de comisión de delitos por parte de sus empleados o en sus deliberaciones, en función de la inexistencia de órgano de vigilancia, existiendo responsabilidad como partícipe en delito omisivo impropio¹³⁸⁷, aunque personalmente vislumbramos la posibilidad de autoría mediata por omisión.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁸⁵ *Ibidem*, p. 126.

¹³⁸⁶ *Ídem*.

¹³⁸⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 841.

3.4. Inducción y cooperación

Palma Herrera, analizando la problemática bajo el signo de la antigua redacción del Código Penal, apunta que en la hipótesis de inducción, o sea, cuando el agente que realiza los actos de blanqueo de capitales solamente indujo la realización del delito previo, entiende que no se hablará de blanqueo, porque debido al agotamiento del delito antecedente, a salvo que se hayan insertado beneficios de otro delito¹³⁸⁸. Prosigue diciendo que a la misma conclusión se debe llegar cuando se habla de un cooperador necesario y se trata de un cómplice que ocultó el origen ilícito de los bienes recibidos por su participación: no se hablará de blanqueo de capitales, siempre que no haya recibido ningún bien del delito precedente, pero que los reciba después del autor del delito previo y los blanquee. Según el autor, “el desvalor de su participación en el delito previo no consume el desvalor del blanqueo, por lo que ese partícipe sí será sujeto activo del delito de blanqueo”¹³⁸⁹.

La cuestión relativa a la inducción y a la participación necesaria¹³⁹⁰ merece una solución diversa con la primera reglamentación del tema y con el guiño legislativo de 2010, que prevé expresamente, según ha quedado dicho, la posibilidad del autoblanqueo. El tipo penal del artículo 301.1 del CPe no presenta factores condicionantes al grado de participación del agente en la actividad delictiva antecedente, de modo que los intervinientes en el delito previo podrán ser sujetos activos idóneos¹³⁹¹, dado además que la narrativa típica “comprende

¹³⁸⁸ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 393-394.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 394.

¹³⁹⁰ Pérez Alonso dice que “la inducción se caracteriza, por tanto, porque el inductor hace surgir en el inducido la idea de cometer un delito, que antes no existía, pero es el inducido quien decide y realiza el hecho finalmente, pues de lo contrario el inductor sería autor mediato al tener el dominio del hecho. La conducta del inductor exige la presencia de una serie de requisitos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo hay que determinar o causar la resolución criminal en el autor y que éste realice el hecho delictivo. Para ello es necesario que la actividad del inductor sea *determinante y eficaz*, es decir, que tenga la suficiente entidad como para que el inducido adopte la decisión delictiva y dé comienzo a su ejecución a causa del influjo psíquico de aquél. Tal decisión debe surgir precisamente como consecuencia de la actuación del inductor, lo que excluye la inducción cuando se actúa sobre una persona que ya estaba previamente decidida a cometer el hecho (*omni modo facturus*), donde solo podría castigarse por complicidad, por ejemplo, si la intervención sirve como aprobación o refuerzo de la idea criminal originaria. No es inductor, sino cómplice, el que da ánimo y refuerza la idea previa del autor de cometer un robo, cuando éste duda de su ejecución y se decide finalmente a seguir adelante, precisamente por el apoyo psíquico prestado” (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan *et al. Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 411).

¹³⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: Parte especial...*, p. 493.

no solamente los presupuestos en que el blanqueador es autor del delito previo, sino también cuando es partícipe en el delito”¹³⁹².

En este tono, lo discutible es la comprobación del origen espurio del capital, con la demostración de que la inducción [art. 28.a) CPe] ha sido decisiva para la realización de la actividad delictiva previa, generando el conocimiento de la fuente de los provechos. Con la prueba de que la inducción ha sido eficaz para que otro cometa el delito y para su actuación en el proceso de blanqueo de capitales, limpiando esos activos, habrá doble responsabilidad penal como partícipe por inducción en el delito previo y autor en el blanqueo de capitales. Podemos también repetir la sanción por los dos delitos como inductor, siempre que la actuación del sujeto activo sea la de inducir a llevar a cabo la actividad delictiva antecedente y haga surgir en el agente que cometió el delito previo la necesidad de limpiar el origen ilícito del capital, orientando sobre los mecanismos de blanqueo, lo que inspira en el sujeto activo la forma de limpiar el capital de su origen ilegalmente existente.

En esa situación, no se estaría pensando en un mero acto exento de pena o agotamiento del delito previo, porque el empleo de mecanismos para eliminar los rasgos de ilicitud del capital no está en la esfera de lesión del bien antecesor, sino que se inserta dentro del *iter criminis* del delito de blanqueo de capitales con afectación a bienes jurídicos diversos. Dentro de esta perspectiva, es posible que el agente responda por inducción al blanqueo de capitales¹³⁹³ cuando sepa que un agente obtuvo lucros con la actividad delictiva previa y le proporciona orientaciones y le sugiere la realización de inversiones inmobiliarias para promover el blanqueo del capital.

Esta argumentación se repite en la situación del cómplice¹³⁹⁴, o sea, aquel agente que proporciona los medios materiales para la comisión del delito

¹³⁹² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 544.

¹³⁹³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 355.

¹³⁹⁴ En la doctrina encontramos dos grupos de cuestiones referidas a la complicidad: uno de ellos, respecto de su diferencia con la coautoría; y otro relativo a las diferencias entre complicidad necesaria y no necesaria. Sobre estas cuestiones destaca la lección de Pérez Alonso, que apunta: “Conviene recordar esquemáticamente que es coautor, frente al cómplice (necesario o no), quien interviene durante la fase de ejecución del hecho, prestando una contribución que desempeña una función esencial para su realización, conforme al plan delictivo acordado, concurriendo además las cualidades personales, especiales y subjetivas exigidas en el correspondiente tipo penal para ser autor idóneo. Por tanto, todo aquel interviniente que no reúna

antecedente, de modo que sin su actuación sería inviable el delito [art. 28.b) CPe]¹³⁹⁵.

Blanco Cordero ejemplifica la cuestión con amparo en una decisión del Tribunal Constitucional español que declaró que es cómplice quien acompañó a compradores de drogas para indicarles el domicilio del traficante. En caso de que adquiriera bienes propiedad del narcotraficante, sabiendo del origen delictivo de ese capital, habrá “un concurso de delitos entre la complicidad en el delito antecedente y la autoría (o participación en función de los casos) de blanqueo de capitales”¹³⁹⁶, concepción con la cual estamos de acuerdo.

4. ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL DELITO

La consumación del delito de blanqueo de capitales y la admisibilidad o no de la tentativa es otro elemento que suscita divergencias dentro del poliédrico tipo penal del artículo 301.1 del Código Penal español.

todos estos requisitos no puede ser coautor, sino cómplice (necesario o no). La complicidad necesaria es vista como la situación en que el agente no interviene en la fase de ejecución del delito, prestando colaboración esencial para su éxito, o que carezca de las condiciones personales, especiales y subjetivas exigidas al tipo penal para ser autor. El factor *esencialidad de la contribución* es un criterio básico para dirimir la cuestión, entendiéndose por tal aquella que, en caso de no ocurrir, imposibilitaría la comisión del delito tal cual se ha dado, en una perspectiva *ex ante*, «para valorar la necesidad o no de la contribución, pues nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación»; y señala la doctrina que «...el cooperador necesario es el que *hace posible* la realización del hecho por parte del autor». Y prosigue apuntando: “Bajo estos parámetros puede interpretarse la necesidad del acto mediante el criterio de la esencialidad, que opera como un principio regulativo. El cómplice necesario es, por tanto, quien presta una contribución esencial para el sí del hecho. Esto sucede cuando, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, desempeña una función imprescindible o de difícil acceso o reemplazo que hace posible que el autor realice el hecho, interviniendo en la fase preparatoria y excepcionalmente –como señalamos en la fase ejecutiva. Por el contrario, el cómplice simple es aquel que presta una ayuda que no es esencial en sí para el hecho, es decir, cuando tiene una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo, durante la fase preparatoria o ejecutiva, que facilita o intensifica o asegura la realización del hecho por parte del autor” (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan *et al. Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, pp. 413-414).

¹³⁹⁵ En la cuestión de la complicidad es posible subrayar que “la complicidad (necesaria o no) exige, como toda conducta penalmente relevante una peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico, consistente en la cooperación con actos físicos o psíquicos anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho, incrementando el riesgo de lesión al bien jurídico por parte del autor, que también está protegido frente al cómplice. Ha de tratarse, por tanto, de una conducta con capacidad objetiva para hacer posible, facilitar o asegurar la realización del hecho ajeno, de modo que ella misma supone un ataque accesorio, a través del autor, del bien jurídico” (*Ibidem*, p. 415).

¹³⁹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 544.

El análisis del perfeccionamiento del delito de blanqueo de capitales se realiza basándose casi uniformemente en el hecho de que el delito del artículo 301.1 del Código Penal sea un delito de mera conducta, y el artículo 301.2 de la misma norma penal sea un delito de resultado. Una primera línea teórica señala que estamos ante un delito de mera actividad, de peligro abstracto, que no depende de la efectiva integración del capital en la economía lícita, ni tampoco de la realización de todo el procedimiento trifásico para el reciclaje de activos descrito en las Recomendaciones del GAFI. Destaca aquí la doctrina que la ocultación y la reinserción de esos bienes en los círculos económicos legales suponen la lesión al bien jurídico tutelado y que el comportamiento del blanqueador no siempre es perfectible (“no puede afirmarse con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado, sino que cada conducta de blanqueo sólo supone un mayor distanciamiento del bien respecto a su origen ilícito”¹³⁹⁷).

Al adoptarse la estructura de un delito de resultado cortado, se llega a la idea arriba apuntada, porque se entenderá como consumado el delito cuando, “cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta –esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales–, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda –actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes– no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado –el efectivo encubrimiento– que es independiente de la actuación del sujeto activo”¹³⁹⁸.

¹³⁹⁷ Aránguez Sánchez puntualiza, con amparo en que el bien jurídico lesionado sea la libre competencia, que la realización de nuevas conductas de blanqueo sobre un bien que ya haya sido objeto de un primer blanqueo no constituye una nueva ofensa al bien jurídico; y afirma que “esas nuevas conductas no constituirán un nuevo delito de blanqueo cuando exista una unidad de contexto y de propósito, justamente porque no ha habido un nuevo resultado, ni se ha incrementado el peligro para la leal competencia en el mercado” (*Ibidem*, p. 251).

¹³⁹⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 344; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de capitales. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales”. *RBCrim*, n.º 89, (2011), p. 143; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español...*, pp. 54-55; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. “Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales”..., p. 481. En ese sentido, Del Carpio Delgado defiende la idea sosteniendo que, “configurado así el tipo, se produce un adelantamiento de las barreras de protección al bien jurídico, ya que el legislador prescindirá de la realización objetiva de la intención y le bastará la pura subjetividad. En este delito tal adelantamiento se ve justificado en la medida en que se protege un elemento orden socioeconómico, interés primariamente colectivo, y, a través de éste, otros intereses individuales necesarios para el desarrollo del individuo en sociedad” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 295-296).

Entre los defensores de que se trata de un delito de mera conducta y de resultado cortado, algunos autores, de conformidad con la antigua legislación, sostienen que las acciones de adquirir, convertir, transmitir y realizar cualquier otro acto sobre los bienes provenientes de delito son tipos penales que requieren solo una simple actividad, con la conciencia de que los bienes tienen origen en un delito grave; y, buscando alcanzar los elementos subjetivos del injusto del artículo 301.1 del Código Penal, se castigan “conductas dirigidas a la consecución de un resultado sin ser necesaria la consecución del mismo”¹³⁹⁹, constituyendo mero agotamiento del delito la integración en la economía lícita¹⁴⁰⁰.

Por otro lado, Martínez-Buján sostiene que se trata de un delito de resultado, material y que deja vestigios; por tanto, la consumación tendrá lugar “en el instante en que se produzca la adquisición, la posesión, la utilización, la conversión o la transmisión de bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito”¹⁴⁰¹. Por lo que respecta a cualquier otro acto, no hay necesidad de esperar un resultado, por tratarse de un delito de resultado cortado¹⁴⁰² que cuenta con los elementos subjetivos del injusto. De acuerdo con ese fundamento, Zaragoza Aguado sostiene todavía que el delito de blanqueo de capitales “nunca es un delito instantáneo, sino de carácter más o menos permanente”, y “un complejo hecho delictivo, salpicado de múltiples operaciones de encubrimiento”¹⁴⁰³.

Las acciones contempladas en el tipo penal, por regla general, evidencian su carácter de delitos de peligro abstracto y de mera conducta; luego la consumación ocurre en el instante de la efectiva práctica de la conducta. Así pues, algunos de los verbos son considerados de carácter instantáneo como adquirir, utilizar, poseer...; pudiendo eventualmente ser permanentes, como en los casos de transferir, convertir o realizar cualquier acto.

¹³⁹⁹ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 654.

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 655-656.

¹⁴⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 500; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, p. 20; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, pp. 102 y ss.

¹⁴⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 500.

¹⁴⁰³ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, pp. 1.164-1.165.

Por otra parte, representantes de la doctrina como Blanco Cordero proponen una tercera vía para el análisis de la consumación del delito, al que proceden desde la perspectiva de cada una de las conductas del artículo 301.1 del Código Penal. De acuerdo con su concepción, tenemos verbos que son de resultado: a saber, la acción de adquirir representa un delito que se consuma con la efectiva transmisión del bien; y la conducta de transmitir se perfecciona cuando se produce el traslado de los bienes provenientes de delito, o el proceso de sustitución de los bienes; mientras que tenemos delitos de mera conducta en el tipo de conversión, que insta solo la transformación de los bienes provenientes de delito, así como en la conducta de realización de cualquier otro acto, “que se consuma con su ejecución mediante dolo directo, esto es, la actuación del autor con la voluntad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar los partícipes en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”¹⁴⁰⁴. Por lo que respecta a las conductas de utilizar y poseer, esas dos acciones denotan evidente carácter de delito de resultado, pues no puede intentarse utilizar o poseer, consistiendo esos verbos en delitos unisubsistentes y que no admiten tentativa.

En nuestra opinión, el delito de blanqueo de capitales en el tipo del artículo 301.1 del Código Penal es considerado un delito de mera actividad, cuya consumación dispensará la efectiva integración del bien en la economía lícita para que exista la afectación de los bienes jurídicos-penales, bastando la ocurrencia de la conducta, y pudiendo servir ese último mero agotamiento de la conducta para la elevación de la pena base. La posesión y la utilización son conductas que demandan la efectiva práctica del acto de uso y de la posesión, puesto que la adopción en sentido contrario implicaría, a nuestro entender, una indebida y considerable anticipación del estado de lesión al bien jurídico. Respecto a la última conducta de “realizar cualquier otro acto”, este demanda la presencia de los elementos subjetivos del tipo, así que su consumación exige la práctica de la conducta, unida a la presencia de las finalidades de ocultar, encubrir o ayudar.

¹⁴⁰⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 803.

La tentativa es admitida, de conformidad con los defensores de que se trata de un delito de resultado¹⁴⁰⁵ o un delito de resultado cortado¹⁴⁰⁶; pero entendemos y nos adherimos a quienes apuntan que la tentativa del delito del artículo 301.1 del Código Penal fue elevada a la categoría de delito independiente en el tipo penal del artículo 304 del Código Penal, y que no se admite “sancionar la tentativa de la tentativa, de conformidad con la interpretación tradicional del precepto contenido en el art. 64, del C.p.”¹⁴⁰⁷.

Como se verá más adelante, al analizar ese delito hubo una anticipación de la criminalización del comportamiento que alcanzó a actos preparatorios al delito de blanqueo de capitales; así que se adelantó el momento de la tipicidad en un delito autónomo, no pudiendo hablarse de tentativa del delito en esta hipótesis.

El delito de blanqueo de capitales en la modalidad imprudente se consume en el instante en que el agente incumple el deber de cuidado objetivo necesario para la práctica de determinado negocio jurídico, independientemente del efectivo blanqueo del capital en la operación.

Es de notar que no cualquier falta de atención al deber de cuidado objetivo generará automáticamente la consideración de la conducta como causa de un delito de blanqueo de activos imprudente, puesto que ha de haber una conexión entre el deber incumplido y su necesidad para el desarrollo del blanqueo. Así pues, como la Ley 10/2010 presenta normas generales de prevención para el buen uso de la economía en vistas a un control del flujo financiero que evite el blanqueo de capitales, la consumación deberá atenerse a cuál fue el deber de cuidado objetivo incumplido y cómo colaboró efectivamente en el proceso de reciclaje de activos.

Se trata de delito de peligro abstracto y no hay ninguna incompatibilidad entre esa modalidad y la forma imprudente, siendo prescindible el resultado

¹⁴⁰⁵ Por todos: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código penal español...*, pp. 102 y ss.

¹⁴⁰⁶ Representativo de esa corriente: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 177-190.

¹⁴⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 501.

natural y constituyendo mero agotamiento del delito el efectivo blanqueamiento del activo financiero.

Por tratarse de delito imprudente, no se admite la tentativa, se rechazan la renuncia voluntaria y el arrepentimiento eficaz posterior, y la imprudencia leve no genera la ocurrencia del delito.

5. CONCURSO DE DELITOS

Pasaremos ahora a analizar el delito de blanqueo de capitales con relación a todas las vertientes de los tipos penales de los artículos 301.1, 301.2 y 304 del Código Penal, en contraposición con los demás delitos que en la legislación penal española señalan como objeto material al blanqueo. En este sentido, y antes de adentrarnos en algunos de los principales casos referentes a concursos de delitos, conviene recordar que estamos ante un concepto amplio de actividad delictiva, la cual contempla el delito y la contravención penal¹⁴⁰⁸.

5.1. Los delitos contra el orden tributario

La cuestión referente al delito de blanqueo de capitales y los delitos contra el orden tributario ha quedado marcada por el signo de la controversia en la doctrina penal española.

De entrada, hemos de tener en cuenta que la cuestión no se asienta simplemente en el mero incumplimiento tributario que automáticamente genera el régimen penal del blanqueo de capitales¹⁴⁰⁹. El delito del artículo 305 del Código Penal contempla el delito de defraudación tributaria, que se opera con la conducta de aquel que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, de Comunidad Autónoma, foral o local, mediante la elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se volvieron de retención debida o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios

¹⁴⁰⁸ Crítico con la amplitud de la alteración promovida en la Ley: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, pp. 11-14.

¹⁴⁰⁹ GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas de política criminal sobre el delito de lavado de capitales...*, p. 72; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 949.

fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota tributaria defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros (120.000€).

Del cotejo del tipo penal conseguimos concluir que el delito genera cuatro situaciones con referencia al aporte de euros trazado en el tipo penal: la cuota tributaria defraudada; el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta; el importe de las devoluciones indebidamente obtenidas; y el importe de beneficios fiscales indebidamente disfrutados¹⁴¹⁰.

Se deduce del concepto que se trata de delito de resultado que demanda la depreciación patrimonial para la Hacienda Pública por la pérdida de recaudación¹⁴¹¹, de modo que, en teoría, es posible que el delito de blanqueo de capitales resulte de la consumación del delito, y no de su mero agotamiento, aspectos que analizaremos más adelante.

Una interpretación realizada por un amplio sector de la doctrina rechaza la posibilidad de que el delito fiscal sea considerado actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales, fundándose en una serie de consideraciones que pasamos a detallar.

La primera de ellas es que el delito de blanqueo de activos se ampara en una actividad delictiva antecedente y “la causa de la obtención de los bienes es un delito previo, es decir, anterior a su obtención y que, por tanto, el blanqueo no tiene por objeto los bienes que, una vez obtenidos lícitamente, se sustraen simplemente al cumplimiento de sus obligaciones fiscales, porque estos bienes «no tienen su origen en un delito»¹⁴¹². Puntualiza Queralt que “el delito del art. 301.1 no consiste en la omisión de justificar los incrementos del patrimonio, sino en acciones positivas de receptación, transformación, ocultación, etc., de dinero proveniente de un delito” y que “una omisión no constituye acto alguno de transformación”¹⁴¹³. Se une a ello el hecho de que la cuota tributaria no puede

¹⁴¹⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 407.

¹⁴¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 547.

¹⁴¹² GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas de política criminal sobre el delito de lavado de capitales...*, p. 74.

¹⁴¹³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, pp. 1.294-1.295.

ser objeto de blanqueo de capitales, siendo restrictiva a los efectos administrativos la previsión de la Ley 10/2010, como en ella misma se subraya, lo que hace imposible su traslado a los delitos de blanqueo previstos en el CPe¹⁴¹⁴. Si el legislador hubiera tenido la intención de hacer la previsión expresa de la responsabilidad penal por el blanqueo de capitales, debería haber optado por un modelo legislativo que en el propio texto contemplase expresamente la posibilidad del tipo penal incriminador¹⁴¹⁵.

La segunda consideración se fundamenta en que el legislador penal no ha previsto la Ley 10/2010 como una interpretación auténtica¹⁴¹⁶ de la norma penal de los tipos penales de blanqueo de capitales, de modo que el tipo penal previsto en el CPe va a ser una norma penal en blanco, lo que es rechazable porque “el art. 301 carece de una remisión normativa expresa a norma extrapenal alguna”¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁴ Afirma Bacigalupo que “por el contrario, el Legislador aclara en el art. 1.2 (segundo párrafo) que la definición que la ley contiene sobre «bienes procedentes de una actividad delictiva» se entiende «a los efectos de esta Ley» y en el art. 1.1 dice que «el objeto de la presente Ley es el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo». Dicho de otra manera: la ley tiene la expresa finalidad de *prevenir el blanqueo*, no de *reprimirlo penalmente*; su sistema sancionador (ver arts. 50 y stes. Ley 10/2010) sólo tiene, por esa razón, carácter administrativo” (BACIGALUPO Enrique. *Sobre el concurso entre el delito fiscal y el blanqueo de dinero*. Aranzadi: Madrid, 2012, *ebook*).

¹⁴¹⁵ Prosigue la doctrina señalando lo siguiente: “Por lo tanto, la interpretación más adecuada debería concluir que el Legislador dejó abierta la cuestión de cómo debe ser penalmente reprimida la supuesta concurrencia de la elusión del pago de tributos y la posesión y utilización del dinero que debería haber tributado. Si el legislador hubiera querido resolver la cuestión penal implicada, seguramente hubiera podido recurrir, por ejemplo, al modelo del § 261 StGB (Código Penal alemán), que establece cuáles son los hechos antijurídicos a los que se refiere el tipo penal, incluyendo expresamente, en su apartado 3, el delito fiscal. Pero, pudiendo, no lo ha hecho” (*Ibidem [ebook]*).

¹⁴¹⁶ Afirma este penalista que “es sin duda claro que *no estamos ante una interpretación auténtica*, pues el Legislador no dice nada respecto de la interpretación de la ley penal, sino que, como vimos limita los efectos de las definiciones que la ley contiene al ámbito regulado por la misma. *La interpretación sólo es auténtica, cuando el legislador lo dice expresamente*” (*Ibidem [ebook]*).

¹⁴¹⁷ Bacigalupo apunta que, “por otra parte, *la norma del art. 301 CP no responde a la estructura de las leyes penales en blanco*. Si el art. 301 CP fuera una norma penal en blanco debería establecer la punibilidad de las conductas que lesionaran otra ley cuya vigencia se tiene la finalidad de proteger. Debería decir, por ejemplo: «el que infrinja la Ley 10/2010 (o la que sea, o tales disposiciones de la Ley 10/2010), será punible con la pena X». A su vez la Ley 10/2010 debería remitir al art. 301 CP mediante una *cláusula de remisión inversa*. La cuestión de si el complemento normativo de una ley penal en blanco debe ser también una ley orgánica, es discutible, pero no es necesario discutirla aquí. En todo caso, es evidente que hasta la Ley 10/2010 no existía ninguna referencia legal positiva que permitiera considerar que el delito fiscal y el delito de blanqueo de dinero correspondiente a la cuota defraudada podían ser penados conjuntamente, básicamente como concurso real de delitos. La Ley 10/2010 tampoco lo dice” (*Ibidem [ebook]*).

La tercera consideración se refiere a la violación al principio de *ne bis in idem*, porque al punirse la conducta de la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales, se estaría puniendo dos veces por el mismo comportamiento. Dopico señala que nos encontraríamos ante una flagrante violación del *ne bis in idem* si, por ejemplo, las conductas de convertir o transmitir dinero habido en un delito fiscal fuera considerado blanqueo, pues “*todo delito de elusión tributaria traería consigo necesariamente un adicional delito de blanqueo*”; y continúa: “Y ello, porque a menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el dinero a Hacienda Pública, o lo queme en la chimenea, 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 CP. Se trata de una interpretación que conduce a un flagrante *bis in idem*”¹⁴¹⁸.

El cuarto argumento se refiere a la prescripción, ya que, aun habiendo prescrito el delito fiscal, podrá buscarse la responsabilización del agente por el delito de blanqueo de capitales cuando la conducta ocurra de forma permanente. La prescripción serviría como un factor de descontaminación del capital obtenido con el delito tributario¹⁴¹⁹.

Y, por fin, el último punto reside en la política criminal, pues el blanqueo de capitales fue creado para combatir el tráfico de drogas, la corrupción y la criminalidad organizada, pero al ser convertido en “un instrumento más para la persecución del fraude fiscal, trivializa el delito y paraliza, de paso, la eficacia del mismo frente las conductas verdaderamente graves”¹⁴²⁰, además de propiciar la confusión entre las funciones político-criminales del blanqueo y de el comiso de bienes¹⁴²¹. Quintero Olivares critica la expansión del delito de blanqueo de

¹⁴¹⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Si todo es blanqueo, nada es blanqueo* (I), p. 1. (Disponible en internet en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>. Fecha de acceso: 21/04/2014.)

¹⁴¹⁹ Dopico dice que “el blanqueo de capitales, que nace como afilado instrumento para la lucha contra la gran criminalidad organizada, se convierte en manos de algunas Fiscalías en una vulgar «pena adicional para el fraude tributario»... ¡contra el tenor literal de la norma penal! O, de modo más perverso, como una *prolongación del plazo de prescripción* para la persecución policial, pues aunque el delito tributario puede haber prescrito, *el uso del dinero defraudado ha continuado*, lo que permitiría seguir persiguiendo al defraudador, pero esta vez por blanqueo” (*ídem*).

¹⁴²⁰ GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas de política criminal sobre el delito de lavado de capitales...*, pp. 73-74.

¹⁴²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Si todo es blanqueo, nada es blanqueo* (I)..., p. 1.

capitales y destaca que esa “omni-comprensiva referencia a cualquier delito, como hace el art. 301 CP, habrá de limitarse, excluyendo aquellos delitos que no producen una consecuencia de incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes”¹⁴²². A pesar de la opinión del autor, creemos que no es necesario el incremento patrimonial, aunque pueda invariablemente ocurrir, puesto que no raras veces el blanqueador no desea obtener dividendos con su conducta, y aun asume el riesgo de sufrir pérdida de capital. Además, en varios delitos la consumación de la actividad delictiva previa dispensa el resultado, el cual puede venir como agotamiento del delito.

Apunta Quintero Olivares que solamente en el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal se genera e “indudablemente se produce un provecho *generado* por el delito y por lo mismo cabría el blanqueo de dinero”¹⁴²³. Ocurre que en las hipótesis en que “se ayuda a invertir o colocar ganancias que, aunque sean de origen no delictivo, *nunca han sido mostradas ni son conocidas ni cognoscibles por la Hacienda pública*”¹⁴²⁴, por ejemplo, ocultación del lucro real ingresado que no es contabilizado aunque sea en un negocio legal. Según el autor, no es posible poner en ellas una etiqueta de origen delictivo, pues si no es así “se descubriría el delito fiscal cometido en su caso por el que las obtuvo, en unión de la falsedad de sus libros contables”, y la ayuda al defraudador para que no sea descubierto encuadraría como favorecimiento personal del artículo 451.1 del CP sin ánimo de lucro. Habrá participación en el delito tributario cuando este aún está consumándose, no siendo blanqueo de capitales porque no procede de un delito ni hay nada que encubrir u ocultar¹⁴²⁵.

Bacigalupo entiende que no debe hablarse de concurso entre delito fiscal y blanqueo de capitales, pues, “aunque se considerara que los hechos imputados a un mismo autor pueden ser formalmente subsumidos bajo los tipos del delito fiscal y del blanqueo de dinero, ambos tipos concurren en la forma de un

¹⁴²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 949.

¹⁴²³ *Ídem*.

¹⁴²⁴ *Ídem*.

¹⁴²⁵ *Ídem*.

concurso (aparente) de normas que excluye el delito de blanqueo por ser un *hecho posterior copenado*, de acuerdo con el art. 8.3.º CP¹⁴²⁶.

Según ese entendimiento, el delito de blanqueo es absorbido por el delito fiscal en las reglas del concurso aparente de leyes “según las reglas que regulan la aplicación del criterio de la consunción, el *aseguramiento*, la *utilización* o el *aprovechamiento* de los bienes obtenidos por un delito constituyen, desde un punto de vista material, una parte del delito cometido y constituyen con éste una unidad, que debe ser sancionada conjuntamente con el delito del que habrían provenido esos bienes. Se trata, por tanto, de *hechos posteriores copenados*”¹⁴²⁷.

Bacigalupo destaca que estamos ante delitos de perpetuación, en los cuales el blanqueo de la cuota tributaria continúa la lesión provocada por el delito tributario¹⁴²⁸ en las conductas de transmisión, utilización y posesión, que son considerados hechos acompañantes. Algo que provoca la configuración de una progresión delictiva, puesto que “los bienes jurídicos protegidos por el delito fiscal y por el blanqueo de dinero se encuentran en la misma línea lesiva”¹⁴²⁹. Sostiene el magistrado que “no es imposible que concurren el delito fiscal (art. 305 CP) y el de blanqueo de dinero (art. 301 CP). Pero, *lo que no es posible* es condenar a una persona por ambos delitos cuando ella es quien, a la vez, realiza alguna de las acciones del art. 301 CP sobre el dinero correspondiente a la cuota de un impuesto que omitió declarar a la Hacienda Pública”¹⁴³⁰; y que esa consideración promueve una violación al *bis in idem* (art. 25.1, CE).

¹⁴²⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso entre el delito fiscal y el blanqueo de dinero...* (ebook).

¹⁴²⁷ *Ídem*.

¹⁴²⁸ Bacigalupo apunta: “En efecto, *el supuesto blanqueo opera manteniendo o perpetuando la lesión producida por el delito fiscal* y, en este sentido, sólo actúa manteniendo la lesión ya causada por éste. A este respecto carece de todo valor hermenéutico que el propio Legislador haya regulado la receptación y el blanqueo de capitales y el delito fiscal en diferentes apartados de la parte especial. Por otra parte, la posesión, utilización, transformación o transferencia de las sumas correspondientes a tributos no satisfechos a la Hacienda Pública, en tanto son también acciones *necesarias* para el aprovechamiento, utilización o aseguramiento de lo obtenido por el delito fiscal, no sólo están absorbidas como *acciones posteriores co-penadas* con el delito fiscal. Son también *característicos hechos acompañantes* del delito fiscal y ello determina su no punibilidad, aunque comporten la realización (formal) de un nuevo tipo penal necesario para el *aseguramiento*, el *aprovechamiento* o la *utilización* de lo obtenido mediante la comisión del primer delito” (*Ídem*).

¹⁴²⁹ *Ídem*.

¹⁴³⁰ *Ídem*.

Bacigalupo Saggese propone que la reforma penal en curso en España debería incorporar al al tipo penal del art. 301 CPe un número 6, con la siguiente redacción “No será castigado por los hechos previstos en los apartados anteriores quien sea castigado por el hecho previo”. Con tal cambio legislativo, que estaría de acuerdo con la regla del artículo 261 del Código Penal alemán, se evitarían los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre el concurso entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales.

Por su lado, Fabián Caparrós, después de trazar la diferencia entre riqueza ‘negra’ y riqueza ‘sucía’, se posiciona contrariamente a la punición del blanqueo del dinero negro, porque el Estado debería estimular su ingreso en la economía formal y su obstaculización sería incongruente con una elemental y necesaria política de lucha contra la evasión fiscal¹⁴³¹.

En la jurisprudencia hay un voto particular que sostiene la imposibilidad de que el delito de defraudación tributaria sea considerado delito antecedente para el blanqueo de capitales, porque “‘Originar’, ‘provenir’, ‘proceder’... son todos vocablos que la aparición de algo que no estaba, y que se vincula causalmente al delito previo. Si el delito los origina, si han de proceder o provenir de una actividad delictiva, deben ser bienes que antes no se tenían y después se tienen. El art. 301 habla de *bienes* y lo hace en su sentido más material. El objeto no son *bienes o derechos de expectativas*, sino bienes (o propiedad de bienes: art. 301.2)”. Prosigue el voto señalando que “una ‘no pérdida’ es diferente a una ganancia. Ganancia y ahorro son realidades diferentes. Quien ahorra, no está ganando, no está obteniendo ningún bien; sencillamente lo está manteniendo”¹⁴³².

Con relación al delito del art. 305 del CPe, puntualiza el voto: “El delito de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de tributos (a la que puede reconducirse el indebido disfrute de beneficios fiscales cuando finalmente deriva en una indebida disminución de la cuota pagada) no produce bienes. En

¹⁴³¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 58.

¹⁴³² STS (Sala de lo Penal) 8701/2012, p. 167. (Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Voto particular del Ponente: Antonio Del Moral García, p.187.

su aspecto nuclear la conducta del art. 305 es omisiva –eludir, dejar de pagar– aunque tenga que ir rodeada de un cierto artificio (defraudar). Se construye sobre una deuda previa, la deuda tributaria, que ya ha nacido y cuyo pago se omite. El patrimonio del deudor no sufre alteración alguna”¹⁴³³.

Sentadas esas premisas, hay otra línea de pensamiento que admite que los delitos tributarios sean considerados aptos para generar el objeto material del delito de reciclaje de capitales. Se centra la posibilidad, en primer lugar, en argumentos literales, porque el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/2010, entre los bienes susceptibles del delito de blanqueo de capitales, incluye expresamente la cuota tributaria en los delitos contra la Hacienda Pública; y porque el artículo 301 del Código Penal amplía el rol de infracciones penales a todas las actividades delictivas¹⁴³⁴, lo que forzosamente incluiría los delitos tributarios por “cualquier beneficio valorable económicamente”¹⁴³⁵ e incluso el autoblanqueo de capitales

¹⁴³³ El ponente Antonio del Moral García apunta: “Antes y después del delito tributario está compuesto por los mismos bienes que ni se han incrementado ni han disminuido por esa omisión. La deuda tributaria que ya nació, subsiste después del delito. Lo único que sucede es que tras la realización de la conducta castigada en el art. 305 el autor –y en eso consiste el delito– oculta esa deuda y pretende hacer creer que no existe o que es inferior. Pero no obtiene ningún “bien”. Sencillamente consigue la apariencia de que no debe lo que sigue debiendo y, por tanto, la posibilidad de consolidar el impago que es su objetivo. El patrimonio desde el punto de vista económico sigue siendo el mismo. Jurídicamente también existía una deuda que permanece. La cuota que se deja de pagar no constituye un enriquecimiento, sino un indebido “no empobrecimiento”, es decir la no producción del empobrecimiento –pago debido–. Es un ahorro, no un incremento; un *damnum cesans* y no un lucro emergente. Equiparar ambas realidades es retorcer la naturaleza de las cosas, lo que luego necesariamente ha de traducirse en perplejidades y paradojas que solo voluntariamente y no sin cierto artificio se pueden resolver. Si se fuerza el lenguaje entendiendo que los bienes procedentes del delito fiscal vienen constituidos por la cuota defraudada (que es una cifra contable, un valor, no una realidad identificable), se acabará teniendo que sostener que cualquier elemento del patrimonio del autor, hasta que alcance el monto de la cuota, es un bien proveniente del delito. ¿Hay alguna posibilidad de marcar justamente los bienes que debían destinarse al pago de esa cuota? ¿Es solamente el metálico? ¿La enajenación de cualquier activo será delito de blanqueo de capitales? Los bienes correspondientes a la cuota defraudada, ¿no pueden ser justamente los que el autor gastó antes del vencimiento del tributo? ¿Cuáles son los bienes que quedan ensuciados por ese delito de defraudación tributaria si el patrimonio es mucho mayor? No es un problema anudado a la fungibilidad del dinero. Es sustancialmente distinto. Según la concepción que ahora se combate, el autor del delito de defraudación tributaria también sería autor de un delito de blanqueo aunque en el momento del impago careciese absolutamente de liquidez y solo dispusiese de inmuebles u objetos suntuosos. En esos valores habría que buscar la «cuota defraudada»” (STS [Sala de lo Penal] 8701/2012, p. 167. Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Voto particular del Ponente: Antonio del Moral García, p. 188).

¹⁴³⁴ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...*, pp. 12-14. El autor solamente realiza severas críticas con relación a las contravenciones penales.

¹⁴³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 556. Admite la posibilidad, pero sin el concurso de delitos, porque “la relación entre delito fiscal y blanqueo será la normal

provenientes de la conducta de poseer la cuota tributaria. Por tanto, esta cuota tributaria, o sea, el valor que debería ser pago a título de tributos para cumplimiento de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta (art. 58.1 LGT), es susceptible de ser considerada objeto material para fines de blanqueo de activos, y la previsión de la Ley 10/2010 no es trivial¹⁴³⁶.

En este momento conviene recordar que no estamos ante una interpretación auténtica y que el delito de blanqueo de capitales no se ha transformado en una norma penal en blanco, pues la función de la Ley antiblanqueo es meramente la de disipar eventuales dudas hermenéuticas, aunque sin carácter integrador¹⁴³⁷. La razón es que, pese a que tenga origen lícito, desde el momento que no hay traspaso, se produce la retención indebida o el gozo de beneficio fiscal indebido en los límites del artículo 305 del Código Penal, convirtiéndose ese valor en ilícita posesión y generando, por tanto, el delito de defraudación tributaria que puede ser objeto de las conductas de blanqueo de capitales¹⁴³⁸.

En verdad, la cuestión del elemento actividad delictiva prevista en el delito de blanqueo de capitales revela un elemento normativo jurídico del tipo penal que se resuelve con una simple interpretación del tipo penal a través de la búsqueda en la legislación penal de lo que sea delito –o, para aquellos que las admiten, las faltas–, no debiendo hablarse de interpretación auténtica o norma

entre delito previo y delito de blanqueo, sin llegar a plantearse situación concursal alguna”: PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 715-716.

¹⁴³⁶ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.161.

¹⁴³⁷ STS (Sala de lo Penal) 8701/2012, p. 164. Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

¹⁴³⁸ MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Fiscalidad y Blanqueo de Capitales* (Tesis Doctoral). Universidad de Oviedo: Oviedo, 2011, p. 209. En ese sentido, Blanco Cordero señala: “Como sabemos, la cuota tributaria es una *cantidad de dinero* que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 412). Diametralmente opuesta, Manjón-Cabeza Olmeda señala: “Los rendimientos del trabajo o del capital no transmutan su origen legal por el hecho de no ser declarados y eludir el impuesto; la cuota tributaria defraudada no pierde su origen para pasar a proceder de un delito fiscal, y por ello no puede ser objeto de blanqueo” (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales”. *Revista de Derecho Penal*, n.º 37 [2012], p. 1. [Disponible en internet en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/153261/delito-fiscal-como-delito-antecedente-de-conductas-de-blanqueo-de-capitales>. Fecha de acceso: 21/04/2014]).

penal en blanco. Puesto que existen bienes jurídicos diferentes, no se habla tampoco de un acto posterior copenado, pero sí de una cuestión concursal, salvo en la conducta de poseer.

Los actos posteriores copenados necesitan que haya la misma continuidad de lesión al bien jurídico, algo que no existe en el caso del delito fiscal como delito antecedente¹⁴³⁹, toda vez que los bienes jurídicos son distintos y no se puede considerar que exista polémica sobre el bien jurídico protegido, que en los delitos fiscales¹⁴⁴⁰ son distintos del delito de blanqueo de capitales. La lesión provocada con el delito fiscal se cierra con el impago fraudulento del impuesto; y los hechos posteriores que promueven la limpieza de ese capital que debería ser repasado al fisco presentan relevancia penal autónoma porque su

¹⁴³⁹ En el sentido de la exigencia de afectación a bienes jurídicos distintos para que no haya consunción, y citando a Stratenwerth, cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal, parte geral*. (trad.: André Estefam). Malheiros: São Paulo, 2005, p. 523. De modo genérico señalan Ferré Olivé, Núñez Paz, Terra de Oliveira y Couto de Brito: “la polémica fue reabierto con relación a algunos actos posteriores al delito, concretamente en el ámbito del delito de blanqueo de dinero, que practica el propio delito el autor del hecho constitutivo de la actividad criminal previa (delito antecedente). Adviértase que, para ese sujeto, el hecho posterior puede ser imprescindible para que el propio delito tenga sentido. Esas conductas *post delictivas*, hasta el momento impunes –como formas de autoencubrimiento– empiezan a ser consideradas penalmente relevantes, a partir de esa nueva orientación de intervención penal” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; COUTO DE BRITO, Alexis; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Direito Penal brasileiro: Princípios fundamentais e sistema...*, p. 604).

¹⁴⁴⁰ La cuestión del bien jurídico tutelado en el delito fiscal siempre fue objeto de polémica sobre cuál es el valor protegido. En este sentido, creemos que la mera presentación de las líneas teóricas es suficiente para rebatir cualquier idea que contraría al concurso del delito de blanqueo de capitales y delito fiscal, porque los dos están en la misma línea lesiva, puesto que entre todas las teorías sobre el delito fiscal ninguna de ellas presenta lesión directa e inmediata al bien jurídico que hemos sostenido en nuestra tesis, por afectar los intereses del patrimonio del Estado o de la distribución de la renta recaudada, algo totalmente diferente del blanqueo de capitales. Con la finalidad de explicar el bien jurídico se han formado dos bloques: un primer bloque, de tesis funcionalista, defiende que el bien jurídico es la función tributaria como actividad de la Administración de recaudación y gestión de los pagos de los tributos (Pérez Royo); como subdivisión en esa línea teórica, otros lo entienden como recaudación tributaria (Berdugo/Ferré), y está también la visión que contempla como bien las posibilidades de aplicación efectiva del objeto de la recaudación tributaria de conformidad con la normativa vigente de cada tributo singularmente considerado como integrante del sistema tributario (Gracia Martín; y, en Brasil, Alfredo Júnior). Por otro lado está el bloque que defiende las tesis de orientación patrimonial, siendo el bien jurídico el patrimonio de la Hacienda Pública en lo que atañe a la recaudación tributaria y a la necesidad de obtener recursos públicos. En detalle sobre esta divergencia doctrinal, cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial...* pp. 526-530; y GRACÍA MARTÍN, Luis. “Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario”. *AP 10/7* (mar. 1994), pp. 183-217; ALFREDO JÚNIOR, David Rodrigues. *Dos delitos tributários praticados por particulares: análise crítica dos tipos penais previstos nos artigos 1º e 2º da lei n. 8.137/1990*. Tesis de Máster en Derecho Penal. Universidad Estadual de Maringá: Maringá (mayo de 2007), p.26-48.

inserción en la economía no afecta a la hacienda pública, aunque sí al orden socioeconómico y a la administración de la justicia.

En la doctrina, Aránguez señala que no hay diferencia sustancial entre los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y otros delitos antiguamente considerados graves; y añade que existe una “hipocresía político-criminal de afrontar la tipificación del fraude fiscal, para luego restringir este reproche cuando se trata de potenciar su persecución, estableciendo artificiales diferencias con otros delitos a los que se les asigna una pena igualmente severa”¹⁴⁴¹. El argumento es reforzado por Fabián Caparrós, para quien “también es cierto que la ventaja económica obtenida a partir del fraude fiscal –aunque no la base imponible– deja de ser riqueza *negra* para pasar a ser dinero *sucio*, en la medida en que es el producto directo de una actividad ilícita como es la infracción de las normas tributarias”¹⁴⁴².

Por su lado, Blanco Cordero señala que, “cuando lo obtenido son *devoluciones* en la cuantía típicamente indicada, éstas constituyen bienes que ingresan en el patrimonio del defraudador que tienen su origen en un delito fiscal, por lo que son susceptibles de ser blanqueados”, razonamiento que repite con relación al delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal¹⁴⁴³. Y, de acuerdo con la antigua legislación vigente, en una concepción que se aplica actualmente, Abel Souto destaca que no es imposible considerar al capital proveniente del delito de defraudación tributaria del artículo 305 del Código Penal como apto para caracterizar, en teoría, el delito de blanqueo de capitales, dependiendo solo de que alcance el límite típico de € 120.000¹⁴⁴⁴.

Con referencia al argumento de la prescripción del delito tributario, creemos que no merece ser considerado, puesto que, según ya hemos señalado en esta tesis, para fines del delito antecedente se ha adoptado la teoría de la accesoriedad limitada, bastando que el hecho sea típico e ilícito para que los bienes obtenidos en la actividad delictiva anterior sean susceptibles de

¹⁴⁴¹ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 187.

¹⁴⁴² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 81/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”..., p. 603.

¹⁴⁴³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 407.

¹⁴⁴⁴ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español...*, p. 29.

configurar el procedimiento de reciclaje de capitales¹⁴⁴⁵. De acuerdo con Blanco Cordero, el problema surge con la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, que agregó al tipo penal la mera posesión y el autoblanqueo, al cual agregamos la utilización. Estas conductas son delitos permanentes y generarán, en teoría, la imprescriptibilidad del delito, algo que puede ser corregido si se considera que la prescripción contará a partir de la mera toma de posesión del bien o de su utilización¹⁴⁴⁶.

Con relación al argumento de la presencia de *bis in idem* entre el delito tributario y el blanqueo de capitales, es razonable cuando se contrapone a la conducta de poseer y utilizar si se practican por el mismo agente, pudiendo ser entendidas como agotamiento de la conducta de la evasión fiscal, pero no así en las demás conductas. Por otro lado, apoyándonos en la diversidad de bienes jurídicos-penales¹⁴⁴⁷ salvaguardados, se puede comprender que la conducta de poseer o utilizar bienes se encuentra en un ángulo diverso a la conducta del delito de defraudación tributaria.

El voto del ponente Berdugo Gómez de la Torre señala que: "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

¹⁴⁴⁵ En ese sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 429.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 430.

¹⁴⁴⁷ El magistrado Berdugo Gómez de la Torre puntualizó: "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 genera 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, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares. Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada" (STS [Sala de lo Penal] 8701/2012, p. 163. [Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre], p.163).

Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito. De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido –fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho– es la Hacienda Pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público”¹⁴⁴⁸

Dentro de la perspectiva del delito tributario algunos admiten la ocurrencia del delito de defraudación tributaria del artículo 305 del Código Penal, aunque la actividad llevada a efecto por el agente sea ilícita, porque “así lo imponen los principios de capacidad contributiva, igualdad y neutralidad fiscal, en virtud de lo cual hay que aceptar con carácter general que cabrá aplicar el correspondiente delito”¹⁴⁴⁹; y en esa situación vislumbramos posibilidad de concurso material de delitos.

La ampliación del delito de blanqueo de capitales es una tendencia justificada por razones de política criminal, puesto que las actividades delictivas llevadas a efecto con el fin de lavar capitales no está dotada de carácter estático, y la previsión del delito de defraudación tributaria solo intenta alcanzar una de las posibilidades de ocurrencia del blanqueo, así como otras que no eran consideradas delito grave en conformidad con la antigua redacción de la Ley.

En esta línea, el Tribunal Supremo español, en una célebre sentencia, reconoció la posibilidad de que la cuota tributaria sea objeto material de un delito de blanqueo de capitales. La decisión refutó la cuestión del *bis in idem* apuntada arriba, porque “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”¹⁴⁵⁰. Quedó aclarado

¹⁴⁴⁸ *Ídem*, p.163.

¹⁴⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 507.

¹⁴⁵⁰ STS (Sala de lo Penal) 8701/2012, p. 163. (Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, p.163).

también, según el Tribunal Supremo español, el problema de la individualización de los bienes y la contaminación de la cuota tributaria¹⁴⁵¹, poniendo a salvo la integridad del patrimonio del blanqueador, al resguardar la identificación del valor evadido a través de una relación de causalidad¹⁴⁵².

Berdugo Gómez de la Torre destaca, con mucha razón: “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

¹⁴⁵¹ Señala Berdugo Gómez de la Torre, magistrado del Tribunal Supremo español: “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 a la 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 un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia. Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)– el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito 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” (STS [Sala de lo Penal] 8701/2012. [Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre] , p. 166).

¹⁴⁵² El voto del magistrado del tribunal supremo prosigue aclarando lo que sigue: “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 impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n.º 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”. (STS [Sala de lo Penal] 8701/2012, p. 166. [Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre]).

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 material¹⁴⁵³.

La sentencia del Tribunal Supremo sigue apuntando dos criterios para la identificación de la cuota tributaria. El primero, que la acción recaiga sobre una parte del patrimonio del evasor, incluyendo obligatoriamente todo o parte del tributo, lo que ocurrirá cuando la acción de lavar se dé sobre la totalidad del patrimonio o una proporción elevada del mismo que supere la parte lícita y afecte a una parte del tributo atrasado, generando certeza en cuanto a lo evadido. El segundo, que se identifique la cuantía constitutiva del hecho generador sobre la cual no hay pago del tributo. El valor del tributo se determina aplicando la base de cálculo sobre el hecho generador (art. 56 LGT), y es el porcentaje que incide para obtener el valor tributable (art. 55 LGT). Si el valor del tributo es un porcentaje de la hipótesis de incidencia proveniente del hecho generador, es

¹⁴⁵³ *Ídem*, p. 166.

razonable entender que el hecho generador contiene una parte contaminada, no íntegramente, sino solamente la parte constitutiva del valor del tributo. Así, habrá delito de blanqueo cuando se transfiera la totalidad del hecho imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria¹⁴⁵⁴.

La regularización tributaria del artículo 305.4 del Código Penal ocurre cuando el obligado por el tributo haya reconocido y pagado la deuda tributaria antes que la Administración tributaria haya notificado el inicio de la acción fiscal para averiguación de las deudas objeto de la regularización o, en el caso de la inexistencia de estas, cuando el Ministerio Público, el Procurador del Estado o el representante procesal de la Administración autónoma, foral o local interponga denuncia o queja, o antes que el Ministerio Público o Juez de instrucción realice actuaciones que le permitan al agente tener conocimiento formal del inicio de diligencias.

La regularización tiene sus efectos aun cuando se satisfagan deudas tributarias prescritas e impide la persecución de otras irregularidades contables o falsedades instrumentales relativas a la deuda tributaria objeto de la regularización. Las consecuencias penales de esa regularización tributaria en el delito de blanqueo de capitales generan polémica, siendo vista dicha regularización como una excusa absolutoria que actúa como un comportamiento post-delictivo positivo por el que el legislador, imbuido de razones utilitaristas de

¹⁴⁵⁴ STS (Sala de lo Penal) 8701/2012, p. 167. (Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.)

política fiscal¹⁴⁵⁵ y gestión de la crisis económica¹⁴⁵⁶, ha evitado la responsabilidad penal por blanqueo de capitales en caso de regularización¹⁴⁵⁷.

La cuestión se ha acentuado con el sistema especial de regularización tributaria, la conocida como “amnistía fiscal”¹⁴⁵⁸ descrita en el Real Decreto-ley 12/2012, gracias a la cual, a “la exoneración de sanciones, intereses y recargos tributarios, se une la *exoneración de responsabilidad penal* para el contribuyente

¹⁴⁵⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 432.

¹⁴⁵⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Amnistía fiscal”: injusta, inconstitucional y políticamente desastrosa, p. 1. (Disponible en internet en: <http://josemanuelparedes.blogspot.com>. Fecha de acceso: 22/04/2014.). El voto particular del ponente Antonio del Moral dispone lo siguiente: “En este escenario introducir las variables derivadas del juego de la prescripción y del instituto de la regularización como excusa absolutoria conducen a paradójicas consecuencias y perplejidades. De una parte, tendremos que el delito de defraudación tributaria puede ver postergado su plazo de prescripción muchos años, especialmente con la aplicación del art. 131.5 CP, aunque esta es una objeción predicable del autoblanqueo, sea cual sea el delito precedente. Los esfuerzos por tratar de limar esa consecuencia son tan meritorios como poco satisfactorios. De otra parte devendrá casi inservible el instrumento de la regularización que como excusa absolutoria recoge el art. 305.4 y que solo extiende su eficacia exoneradora a las falsedades instrumentales. Tampoco es fácil pensar en supuestos de regularización en que no sea detectable una conducta encajable en el art. 301 infracción a la que no alcanza la exención. De considerarse, como considera la sentencia mayoritaria, que el autoblanqueo derivado de un delito de defraudación tributaria es punible con arreglo al art. 301 del CP de 1995, difícilmente se encontrarán argumentos para cancelar la persecución por el delito del art. 301 a quienes se hubiesen acogido, siempre que concurra la cuantía establecida, a las previsiones de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Una previsión como esa en combinación con la disposición final primera del mismo Real Decreto (modificación del art. 180.2 de la Ley General Tributaria) no es coherente en un ordenamiento que considera delito de blanqueo de capitales actividades referidas a los ahorros obtenidos mediante el impago de tributos en cuantía superior a 120.000 euros. La armonía del ordenamiento exige otra exégesis si no se quiere concluir que habría obligación de investigar las posibles responsabilidades por el delito del art. 301, lo que no parece concordar mucho con el propósito de la disposición de 2012” (STS [Sala de lo Penal] 8701/2012, p. 167. [Id Cendoj: 28079120012012101018. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 2216/2011. N.º de Resolución: 974/2012. Procedimiento: Penal - Procedimiento Abreviado/Sumario. Voto particular del Ponente: Antonio del Moral García]).

¹⁴⁵⁷ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal”. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20 (2013), p. 52.

¹⁴⁵⁸ Abel Souto se muestra contrario a la amnistía fiscal como mecanismo ilegítimo: “No obstante, las amnistías fiscales olvidan que el orden socioeconómico requiere que la rentabilidad económica sea tamizada por una orientación de Justicia social y hoy no resulta legítimo acudir a ellas, pese a la voluntad del gobierno español y de algunos europeos, por contrarias al carácter unitario del Ordenamiento jurídico, pues lo que es ilícito desde un punto de vista penal y administrativo, tras la aprobación de normativas sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero, no puede ser lícito desde una perspectiva tributaria” (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”..., p. 13. El autor posteriormente hace feliz recuerdo de que el GAFI no recomienda la adopción de tales procedimientos, puesto que implican la vulneración del orden socioeconómico y facilitan la invasión de la economía lícita por bienes provenientes de delitos contra el orden tributario.

defraudador que regulariza su situación”¹⁴⁵⁹ (g.o); responsabilidad penal que recaerá solamente sobre el capital ‘negro’, no sobre el proveniente de delito, con la probabilidad de que, en teoría, asesores tributarios, contables y economistas respondan por el delito de blanqueo de capitales cuando presten orientación sobre agentes que hayan cometido delitos tributarios¹⁴⁶⁰.

La regularización fiscal transmuta el delito de blanqueo de capitales en un juego arriesgado, pero con un riesgo ponderablemente controlado en esta hipótesis, dado que el blanqueador invariablemente trabaja con análisis de riesgo en el mercado, contando con profesionales altamente habilitados¹⁴⁶¹, además de saber que podrá contar con liberalidades estatales para aumentar la recaudación fiscal, por lo que importa poco el coste social que ese capital puede representar.

Por tanto, se refuta la imposibilidad de que el delito de evasión fiscal del artículo 305 del Código Penal no sirva para ser delito precedente del blanqueo de capitales, concordando con los criterios del Tribunal Constitucional en lo relativo a la medición del patrimonio contaminado a los fines del delito ahora analizado, sin que veamos óbice en el reconocimiento del delito continuado y del concurso material ni consideremos posible el concurso formal, por implicar siempre una interrupción de tales comportamientos, a salvo la hipótesis de delito comisivo por omisión.

La cuota tributaria en nuestra opinión debe ser admitida como apta de constituir objeto material susceptible de inversión a los fines de reciclaje, puesto que, al no trasladarla a los respectivos órganos recaudadores, la posesión del valor se vuelve ilícita, o sea, se opera una conversión de la naturaleza del valor, que pasa a ser ilícito, generándose, en teoría, la posibilidad del blanqueo de capitales y del concurso de delitos. La objeción doctrinal a esa idea no se sostiene, dado que no puede hablarse de progresión delictiva o de acto posterior

¹⁴⁵⁹ SANJUÁN, Pablo. *La amnistía fiscal permite el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro*, p. 1. (Disponible en internet en: <<http://www.lexdiario.es/noticias/120092/la-amnistia-fiscal-permite-el-blanqueo-de-capitales-pagando-el-10-por-ciento-del-dinero-negro>>. Fecha de acceso: 22/04/2014.)

¹⁴⁶⁰ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal”..., p. 51.

¹⁴⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”. *Revista Penal*, n.º 1 (1998), p. 75.

copenado cuando tenemos una dualidad de bienes jurídicos diferentes afectados con la conducta del blanqueador. El tipo penal de blanqueo de capitales no es una norma penal en blanco; o la Ley 10/2010 tiene una función de interpretación auténtica o limitada a los fines de la prevención al blanqueo, ya que la actividad delictiva es un elemento normativo jurídico del tipo penal, y todo lo que sea beneficio proveniente de un delito, será susceptible de ser considerado objeto material del blanqueo. En ese sentido, la cuota tributaria es el bien que nace del delito de fraude, y por eso puede ser blanqueado. Se produce un cambio en su naturaleza con la retención indebida, o sea, a partir del momento en que no ocurre el impago de la deuda tributaria y el agente opera con esos activos para limpiarles las trazas vinculadas al pago de la obligación tributaria. Los posteriores actos de modificación de la cuota tributaria previstos en los tipos penales se convierten entonces en ilícitos y en posible fuente de blanqueo de capitales, salvo en la hipótesis de posesión practicada por el mismo agente. En este caso, entendemos que no habrá efectivo blanqueo, sino un agotamiento del delito contra el orden tributario, sin que se proceda al ingreso del capital en el flujo económico lícito, razón por la cual en la “realización de cualquier acto” tampoco habrá blanqueo, por violación del principio de taxatividad. La regularización tributaria y la prescripción no eximen de la responsabilidad por el delito de blanqueo, puesto que solamente produce efectos en la punibilidad del delito fiscal; y, puesto que para la consideración del delito de blanqueo de capitales es necesaria la presencia de un hecho típico y ilícito, los dos son irrelevantes para los delitos del tipo de blanqueo de activos.

5.2. Tráfico de drogas ilícitas, corrupción y delitos urbanísticos

El delito de blanqueo de capitales será analizado ahora en cuanto a los tipos penales que dan ocasión a la agravación de la pena prevista en los incisos 2.º y 3.º del artículo 301.1 del Código Penal, o sea, los delitos de tráfico de drogas, corrupción y corrupción urbanística.

El tráfico ilícito de sustancias estupefacientes es la primera figura que motiva la agravación de la pena y que será analizada para fines concursales. Se trata, además, de uno de los rasgos históricamente marcados para el nacimiento

del delito de blanqueo de capitales en tratados internacionales, así como en el primer tipo penal español de antiblanqueo.

El delito del artículo 368 del Código Penal trata del narcotráfico¹⁴⁶², aunque algunos autores admiten el concurso material de delitos en la forma del artículo 73 del Código Penal, de modo que “el autor realiza varias acciones distintas que constituyen delitos independientes entre sí”¹⁴⁶³, lo que se aplica a la obtención del capital resultante del agotamiento de los actos de tráfico previstos en el tipo penal con inversión, aunque parcial, en la economía lícita¹⁴⁶⁴.

Por otro lado, Palma Herrera sostiene que habrá concurso ideal cuando la conducta del agente lleve a la práctica los delitos de blanqueo de capitales y de tráfico de drogas ilícitas, “cuando el primero haya sido condición necesaria para los actos de tráfico, de manera que sus autores no los hubiesen llevado a cabo de no contar con la seguridad de que los capitales serían blanqueados”¹⁴⁶⁵. Esta argumentación ha sido objeto de refutación, sosteniendo algunos que el agente solamente puede ser responsabilizado del delito de tráfico de sustancias estupefacientes dentro del tipo penal del artículo 368 del Código Penal, que

¹⁴⁶²El artículo 368 del Código Penal español dispone: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

¹⁴⁶³ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 459.

¹⁴⁶⁴Admiten el concurso material: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 508; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 316; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 491; ROMERO FLORES, Beatriz. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 326. Admiten el concurso, sin especificar la modalidad: RUBIO LARA, Pedro Ángel. *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y jurisprudencia españolas)*. Dykinson: Madrid, 2006, p. 151. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español apunta: “De otra parte, la inversión del dinero por parte del acusado en bienes inmuebles, turismos y motocicletas de lujo, la ganancia de importantes cantidades de dinero en el juego de la lotería y del cupón de la ONCE, las participaciones en sociedades de inversión y la forma de evadir elevadas sumas de dinero a su país de origen por medio de conciudadanos colombianos, configuran un cuadro probatorio indiciario que se corresponde con el resultado típico de las acciones delictivas propias del delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas” (STS [Sala de lo Penal] 1352/2014, p. 22 [Id Cendoj: 28079120012014100257. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 1258/2013. N.º de Resolución: 280/2014. Procedimiento: Recurso Casación. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

¹⁴⁶⁵PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, p. 720. En ese sentido: ROMERO FLORES, Beatriz. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 326.

contempla los actos que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas ilícitas”; dicción que aplacaría los procedimientos de blanqueo una vez que el capital es reinvertido en el círculo del tráfico¹⁴⁶⁶. La doctrina rechaza esta hipótesis, porque “no puede afirmarse con rotundidad que el blanqueador promueve siempre al narcotráfico”¹⁴⁶⁷, como afirma Aránguez, el cual destaca que, si hay una promesa previa de blanquear los capitales, en caso de que haya habido la venta posterior de drogas, “quien realiza tal promesa podría responder como inductor o cooperador (necesario o no) del delito de tráfico de drogas. Y esa cualificación es defendible incluso aunque posteriormente incumpla la promesa, y finalmente no realice la conducta de blanqueo”, siempre que la promesa haya sido relevante para la comisión del delito¹⁴⁶⁸.

Destaca Aránguez que, si se producen los delitos de reciclaje de capitales y tráfico de drogas, se debe resolver la cuestión por el concurso aparente de normas en favor del primer delito, en función del tipo agravado previsto¹⁴⁶⁹; algo con lo que no estamos de acuerdo, optando por la posibilidad de concurso real de delitos en función de la diversidad de bienes jurídicos afectados. Puntualiza también este autor que la existencia de pago de drogas con dinero sucio configura el delito de tráfico de drogas¹⁴⁷⁰, puesto que, como correctamente señala, no hay reintroducción de bienes de origen ilícito en la economía legal.

Por su lado, la posibilidad de concurso con los delitos de corrupción descritos en los artículos de 419 a 445 del Código Penal se dará siempre que se obtenga una sumatoria de capital resultante de ese activo y se reimplante en la economía lícita a los fines del artículo 301.2 del Código Penal, o para adquirir bienes con la finalidad de ocultar, encubrir o ayudar, sin que efectivamente se logre éxito por ser un delito de resultado cortado en el artículo 301.1 del Código Penal.

¹⁴⁶⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 378.

¹⁴⁶⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 369.

¹⁴⁶⁸ *Ídem*.

¹⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 370.

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 371.

El delito de corrupción, como otros delitos contra la Administración Pública previstos en esta agravante, tiene la previsión en su tipo penal de recibir retribución o la promesa, puniéndose, como en el artículo 419 del Código Penal, la conducta de recibir o de solicitar. A los fines del delito de blanqueo de capitales y establecimiento del concurso de delitos, es importante la consumación de la conducta de efectivamente recibir algo, cuantificado pecuniariamente y susceptible de ser reinsertado en el flujo económico. Si no ocurre la conducta que implique la percepción del bien de origen delictivo, no se hablará de delito de blanqueo de capitales, puesto que faltará el objeto material, que es su presupuesto.

Los tipos penales que contemplen la conducta de recibir la ventaja demandarán del agente el recibimiento de ventaja económicamente deducible, y en aquellos en que no existe dicha previsión, como el delito del artículo 428 del Código Penal, dependerá de que se reciba una ventaja económicamente cuantificable, pudiendo ser considerado como mero agotamiento del delito que se consuma con el acto de influir. Nótese que en algunos delitos puede producirse perjuicio económico a la Administración Pública por conducta conjunta del particular y del funcionario público, como en el artículo 436 del Código Penal, y el objeto de la defraudación al ente público podrá ser objeto del delito de blanqueo de capitales con posterioridad a ser cometido, operándose el concurso material de delitos.

Los delitos urbanísticos se encuentran contemplados en los tipos penales de los artículos 319 y 320 del Código Penal. La primera cuestión que merece atención es la punición, en el primero de dichos artículos, “a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”. O sea, se castiga la conducta de personas que son responsables de la ejecución de una obra que afecta al patrimonio cultural, artístico o ambiental; y, como se invierte en una promoción ilícita, todo el valor

invertido sería considerado objeto material del delito de blanqueo, más el lucro proveniente de la promoción inmobiliaria, según se ha expuesto anteriormente.

Se sienta la premisa de que el dinero invertido es de origen lícito, pero inserto en una actividad de construcción o urbanización en área protegida cuya realización es considerada delito por la necesaria salvaguardia de los intereses ambientales. Aunque la fuente del capital sea, en hipótesis, lícita, la inversión convierte la empresa en ilícita, pues está vedado en el Código Penal y en la reglamentación urbanística y ambiental edificar en tales áreas. Así pues, la edificación ilícita genera la conversión del capital invertido en capital de origen ilícito, puesto que las ventas serán realizadas bajo una construcción prohibida en área de conservación ambiental, siendo perfectamente posible el delito de blanqueo de capitales por los actos descritos en los tipos de antiblanqueo como delito único de blanqueo de capitales o delito continuado.

En ese contexto es posible, además, la incidencia del artículo 320 del Código Penal, si el funcionario público tiene conciencia de la ilicitud de la obra, o sea, de la injusticia de la licencia y aun así otorga o se manifiesta favorablemente a la concesión de la licencia, recibiendo por ello un valor, el cual incidirá como agotamiento del delito.

5.3. Criminalidad organizada y delitos de asociación delictiva

Con respecto a esta cuestión, no existe óbice para adoptar el delito de asociación criminal, siempre que en el caso concreto se encuadre específicamente en el artículo 570 *bis* del Código Penal, que presenta el tipo penal de integrar organización criminal, ofreciendo los elementos para su conceptualización jurídica. Se apunta que puede ser adoptado como parámetro a los fines de consideración del artículo 302.1 del Código Penal, pese a ser un concepto abierto, por no referirse específicamente a organización criminal en el precepto penal, aunque sí dirigida específicamente a los fines del delito de blanqueo de capitales.

El delito de blanqueo de capitales podría ser absorbido por el tipo penal del artículo 570 *bis*.1 del Código Penal, que dice “cooperaren económicamente”, pudiendo entenderse como incluidos en este precepto los mecanismos de

reciclaje de activos. Esto puede repetirse para el artículos 576.1 y 2 del Código Penal, que apuntan a “cualquier otra forma equivalente de *cooperación, ayuda o mediación, económica* o de otro género, con las actividades de [...] bandas armadas o grupos terroristas”¹⁴⁷¹. Aun así, no creemos que hubiera de hacerse automáticamente, sino dependiendo del destino del patrimonio ilícito.

El blanqueo de capitales no se dará con la reinversión integral del capital blanqueado en las actividades delictivas, pues si traspasa totalmente esa aportación económica para la organización, el capital no habrá ingresado en la economía lícita, y existirán, por tanto, solo los delitos de los artículos 570 *bis* y 576 del Código Penal. Pero, si se reparten los dividendos entre los involucrados, que pasan a adquirir bienes o cualquier otro comportamiento descrito en la Ley para eliminar los rasgos de ilicitud del capital, tendremos el delito de blanqueo de capitales en concurso material con los tipos penales arriba señalados.

El delito de asociación ilícita descrito en el artículo 515 del Código Penal está en conflicto con el de su artículo 302.1, resolviéndose en favor de este último de conformidad con el principio de la especialidad que orienta el concurso aparente de normas penales¹⁴⁷².

La repetición de la solución arriba apuntada se da cuando nos encontramos con los delitos recogidos en los artículos 304 y 519 del Código Penal en favor del primer delito.

5.4. Delitos societarios

Los delitos societarios descritos en el CPe también son invariablemente objeto de concurso de delitos con el reciclaje de capitales.

En principio, es común que se pueda verificar la falsificación de balances por parte de los administradores con fin de ocultar la práctica de delitos de blanqueo de capitales llevados a efecto en el seno de la sociedad empresarial, lo que generará un concurso formal entre el delito societario de *balance falso* (art. 290 CP) y los tipos de blanqueo de capitales, puesto que “tales

¹⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 372.

¹⁴⁷² *Ibidem*, p. 373.

manipulaciones de la contabilidad, que pueden perjudicar a los socios o a un tercero, son un medio idóneo para blanquear capitales”¹⁴⁷³.

El delito societario descrito en el tipo penal del artículo 291 del Código Penal exige una deliberación de la asamblea o del consejo de administración¹⁴⁷⁴ que genere un acuerdo abusivo con el ánimo de lucro propio o de tercero en perjuicio de los demás socios y sin beneficios a la sociedad, y consustanciado en una deliberación para la producción de malversaciones patrimoniales o enriquecimiento ilícito. Se reafirma, por tanto, que el objetivo de la tutela penal de los delitos societarios presenta una doble vertiente, intrasocietaria y extrasocietaria¹⁴⁷⁵: la primera busca garantizar la existencia y licitud de la sociedad; la segunda, evitar que las consecuencias de ese acuerdo abusivo afecten a la colectividad mediante la comisión, incluso, de otros delitos –como, por ejemplo, el blanqueo de capitales.

El tipo penal del artículo 294 del Código Penal lo recuerda Aránguez Sánchez como digno de ser recordado, en teoría, por su posible concurso de delitos con el reciclaje de capitales. No obstante, el propio autor rechaza esa posibilidad con el fundamento de que la negativa de acceso a los órganos de inspección y fiscalización genera un acto de autoencubrimiento impune¹⁴⁷⁶. Por nuestra parte, sin embargo, entendemos que negar el acceso a órganos de fiscalización y control puede generar un medio para la consumación del delito de blanqueo de capitales, en especial cuando la conducta sea practicada de modo permanente, pues silenciar la información u obstaculizar el acceso a la misma ocasiona la imposibilidad de esos órganos de cumplir su función en la estructura societaria, impidiendo el descubrimiento del blanqueo.

También puede ser aplicada esta idea al delito del artículo 293 del Código Penal, puesto que la conducta de obstaculizar el acceso de socios a

¹⁴⁷³ *Ibidem*, p. 376. En el mismo sentido: PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 714-715.

¹⁴⁷⁴ Con relación a la delimitación de la responsabilidad penal de cada uno de los accionistas o administradores, remitimos al epígrafe 2.1.5.d) del Capítulo anterior, donde tratamos específicamente del tema.

¹⁴⁷⁵ FOFFANI, Luigi. “Delitos societarios”. En *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico* (Coords.: P. Faraldo Cabana, I. Valeije Álvarez). Universidad da Coruña: Coruña, 1998, p. 64.

¹⁴⁷⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 376.

informaciones puede surtir el mismo efecto inhibitorio de la revelación de los delitos de blanqueo de activos.

5.5. Delitos de falsedad

Las conductas de blanqueo de capitales no raras veces acarrearán la práctica ínsita de algún tipo de falsedad para posibilitar la práctica del delito de blanqueo de capitales, caracterizándose el concurso de delitos según el papel que ocupe la falsificación dentro del *iter criminis*, o sea, si se trata de un punto central o es un punto de apoyo al delito de blanqueo¹⁴⁷⁷.

La hipótesis se resuelve ante un concurso de delitos, cuando, de inicio, ambos poseen bienes jurídico-penales diferentes¹⁴⁷⁸. En este caso, se defiende que estamos ante las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77.1 CP)¹⁴⁷⁹, siempre que exista “la unidad de hecho, es decir, el comportamiento del autor constituye a su vez un delito de blanqueo y otro de falsedad documental (por ejemplo, cuando la conducta falsaria es precisamente la manera en que se ha materializado la ocultación del verdadero propietario de los derechos sobre los bienes)”¹⁴⁸⁰. Por otro lado, si “la falsedad documental solamente ha servido para

¹⁴⁷⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 373-374.

¹⁴⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 506.

¹⁴⁷⁹ Zugaldía Espinar explica que “el concurso ideal de delitos se produce cuando una sola acción constituye dos o más infracciones (art. 77.1, CP). El concurso ideal de delitos puede ser homogéneo (la acción es subsumible varias veces en el mismo tipo penal: una acción imprudente causa varias muertes) y heterogéneo (la acción es subsumible en tipos penales diferentes: atentado con lesiones). Esta modalidad de concurso se castiga también conforme a la regla penológica de la exasperación, es decir, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, y teniendo en cuenta que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. El concurso ideal de delitos tiene en común con el concurso aparente de normas penales que en ambos existe una sola acción a la que pueden ser de aplicación una pluralidad de tipos penales. Pero se diferencian porque en el concurso ideal de delitos los tipos concurrentes pueden ser aplicados simultáneamente (el que agrede y lesiona a un agente de la autoridad comete dos delitos: uno de atentado y otro de lesiones –los arts. 147 y 551, CP, que protegen bienes jurídicos distintos, no si excluyen entre sí). Por el contrario, en el concurso aparente de normas penales, como tuvimos ocasión de ver, uno de los tipos concurrentes excluye la aplicación de los demás por existir entre ellos una relación de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad (art. 8 CP)” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 465).

¹⁴⁸⁰ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 491. En el mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y*

asegurar la ocultación o encubrimiento previamente existente del propietario verdadero, estaremos ante un concurso *real*, a punir conforme a los arts. 73, 75 y 76 CP¹⁴⁸¹, porque el procedimiento de blanqueo de capitales ya se desarrolló desde el principio.

5.6. Delitos de receptación y favorecimiento

El delito de receptación y de favorecimiento necesita también de una breve digresión sobre la viabilidad o no de su concurso con el blanqueo de capitales.

En líneas generales, la diferencia entre la receptación y el reciclaje de capitales radica en el bien jurídico tutelado (patrimonio vs. orden socioeconómico con administración de la justicia), en el aprovechamiento (ánimo de lucro vs. ocultación, encubrimiento del origen ilícito o ayuda para eludir las consecuencias jurídicas del delito), en el objeto material (efectos de un delito contra el patrimonio u orden socioeconómico vs. bienes con origen en cualquier actividad delictiva) y en el sujeto activo (ausencia de cualquier tipo de involucramiento en el delito antecedente vs. admisión del autoblanqueo)¹⁴⁸².

Aunque las diferencias con el delito de favorecimiento son menos claras, podemos afirmar que residen en el bien jurídico (administración de la justicia vs. pluriofensividad retratada), el sujeto activo (ausencia de cualquier tipo de involucramiento en el delito antecedente vs. admisión del autoblanqueo), el objeto material (en el primer tipo penal, bienes y delito –y, aunque con frontal resistencia de la doctrina, delito y contravención penal–, además del auxilio a la persona con eliminación de los instrumentos del delito; mientras en el segundo se refiere a la eliminación de los rastros de ilicitud de los bienes), el tipo subjetivo (el dolo del primer delito consiste en ayudar a beneficiarse de los provechos del

de la Empresa: parte especial..., p. 506; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 373.

¹⁴⁸¹ DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 492. Igualmente: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 506; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 373.

¹⁴⁸² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 344-350.

delito sin ánimo de lucro, ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento del mismo, o ayudar a repeler la investigación o la prisión del agente en algunos delitos especificados en el artículo 451.3.a y b del Código Penal; y en el blanqueo tenemos como elemento subjetivo del injusto ocultar, encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas del delito, además de la previsión del tipo imprudente), la ausencia de la excusa absolutoria del auxilio a parientes del artículo 454 del Código Penal en los delitos de blanqueo de capitales¹⁴⁸³.

Una vez establecidas esas diferencias, y centrándonos en la cuestión del concurso entre el delito de receptación y el de blanqueo de activos, aquel gana relevancia cuando nos encontramos con un agente que no haya actuado dentro del delito antecedente, puesto que, si hubiera actuado, la cuestión se resolvería por el delito de blanqueo de capitales, dada la expresa exclusión existente en el delito de receptación del artículo 298 del Código Penal.

La relación concursal entre ambos se resuelve por el concurso aparente de normas¹⁴⁸⁴, cuyos criterios se encuentran en el artículo 8.º del Código Penal; en especial, por el principio de la especialidad, por el que, o bien se considera que la receptación sería la regla general y el delito de blanqueo de capitales el precepto especial¹⁴⁸⁵, o bien se invierte la clasificación de los delitos, con el delito de blanqueo siendo general y la receptación especial, pues en ella sujeto activo, conducta y objeto material son más restrictivos¹⁴⁸⁶. Por su lado, otros defienden que el criterio para dirimir sería el del principio de la alternatividad descrito en el artículo 8.4 del Código Penal, porque generaría un beneficio para el blanqueador, aunque se aplicaría una pena menor¹⁴⁸⁷, además de la diversidad de bienes

¹⁴⁸³ Cfr. en detalle: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 366; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 350-359.

¹⁴⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 505.

¹⁴⁸⁵ GONZÁLES RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial...*, p. 853.

¹⁴⁸⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 364.

¹⁴⁸⁷ Del Carpio Delgado afirma que, "sin embargo, no podemos pasar por alto que, aunque dogmáticamente se esté en lo correcto, la aplicación del principio de especialidad no es del todo satisfactoria ya que podría suponer un privilegio para el blanqueo en cuanto no se le aplicaría la pena que le corresponde, sino una menor. La incongruencia de que, cuando se adquiere con ánimo de lucro, esto es, para aprovecharse de los efectos obtenidos por el delito cometido por otro, se tenga que castigar con menos pena (prisión de seis meses a dos años) que si se adquiere

jurídicos, pues mientras uno cuenta con esfera de disponibilidad, el otro es indisponible. Finalmente, habría que determinar la norma penal a aplicar conforme al caso concreto.

Por lo que respecta al delito de favorecimiento y el reciclaje de capitales, algunas conductas del primer delito se encuentran descritas en el delito de blanqueo, como la del artículo 451.1 del Código Penal. En ese caso el concurso aparente de normas se resuelve con el principio de la consunción o de la alternatividad para evitar un *bis in idem*, de modo que el agente responda solamente por el segundo delito¹⁴⁸⁸. A su vez, otros defienden una solución distinta, basándose en el principio de la especialidad en favor del delito de favorecimiento, que es más específico, y “la conducta típica es menos amplia, no admite ni la imprudencia ni dolo eventual, etc.”¹⁴⁸⁹.

No nos cerramos a la posibilidad de un concurso de delitos cuando, junto a los bienes objeto de la actividad delictiva, se promueva alguna de las conductas del artículo 451.2 y 3 del Código Penal, puesto que escapa al delito de blanqueo de capitales.

5.7. El delito de blanqueo de capitales y el delito continuado

Zugaldía Espinar aclara que el delito continuado previsto en el artículo 74.1 del Código Penal “es una modalidad de concurso real a través de la cual se agrupa en una sola acción (y un solo delito) una serie de acciones (y de delitos) ejecutadas en distintos momentos pero con ciertos lazos de conexión”¹⁴⁹⁰. El reconocimiento depende del cumplimiento de los requisitos previstos en el Código y consolidados por la doctrina y la jurisprudencia españolas, que son la pluralidad de acciones diferenciadas, línea de conexión temporal, que ocurran

sin mediar ánimo de lucro y por lo tanto sin ánimo de aprovecharse y «solo» para ocultar el origen de los bienes (prisión de seis meses a seis años)” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 366). En nuestra opinión, el problema no puede ser resuelto con un apriorismo formal, sin tener en cuenta las particularidades que rodean el caso concreto. Por eso entendemos que lo más ajustado al Derecho, conforme al ámbito del principio de la proporcionalidad, es que la pena se corresponda al desvalor ético-social de las conductas realizadas.

¹⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 369-370.

¹⁴⁸⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 367-368.

¹⁴⁹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 462.

mediante un plan preconcebido o aprovechando idénticas circunstancias (dolo unitario: no cabe la aplicación en delitos imprudentes), homogeneidad del precepto penal violado e identidad del agente o de los sujetos activos¹⁴⁹¹.

El delito de blanqueo de capitales es totalmente compatible con el delito continuado, siendo común, sin embargo, su aparición concreta. Así, cabe destacar que, cuando el agente recurre a diversas conductas descritas en el tipo penal para realizar operaciones secuenciadas cuyo fin es promover el blanqueo del capital, fraccionándolo, en este caso algunos autores estiman que hay delito continuado¹⁴⁹²; y otros defienden –de forma correcta, a nuestro entender– que, si esa pluralidad de operaciones representa en verdad una única operación global, tendríamos un delito único¹⁴⁹³. El delito continuado se configuraría, según la correcta lección de Palma Herrera, cuando “se realicen diversos actos de blanqueo que formen parte de operaciones distintas y tengan por objeto bienes distintos, siempre que esas operaciones se encuentren vinculadas entre sí desde el punto de vista subjetivo como consecuencia de la identidad o semejanza de las circunstancias externas que impulsan al sujeto a actuar, o la existencia de un plan previo”¹⁴⁹⁴.

La caracterización del delito continuado de blanqueo de capitales implica la forzosa consideración de que hay una secuencia de actos de blanqueo realizados con fuentes ilícitas de capitales provenientes de diversas actividades delictivas, sin que se trate de un fraccionamiento de los bienes resultantes de un único delito, como ya se ha señalado.

En la hipótesis tratada, es irrelevante la presencia de diferentes modalidades de concurso de delitos con relación a la actividad delictiva que genera los bienes destinados al blanqueo, salvo la propia figura del delito continuado en que el delito antecedente es considerado único. A pesar de eso, si se obtienen productos por diversas actividades delictivas, en el caso de que se realicen conductas de reciclaje de capitales conforme a los requisitos del

¹⁴⁹¹ *Ídem*.

¹⁴⁹² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal...*, p. 380.

¹⁴⁹³ PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 723.

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 725.

artículo 74 del Código Penal, habrá delito continuado, quebrando la unidad del delito.

**SECCIÓN 3.ª LOS TIPOS PENALES DE BLANQUEO DE CAPITALS DEL
ARTÍCULO 301.2 DEL CÓDIGO PENAL: PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL,
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DELITO DE
PROVOCACIÓN O INSTIGACIÓN PARA EL RECICLAJE DE ACTIVOS**

1. EL DELITO DEL ARTÍCULO 301.2 DEL CÓDIGO PENAL

El tipo penal del artículo 302.1 del Código Penal de España contempla otras conductas de blanqueo de capitales con la reprobación de otras acciones y adoptando una estructura que busca dificultar la colocación de los bienes.

La estructura del delito se altera en relación con su figura originaria, puesto que aparecen nuevos verbos y hay la previsión de diferenciados aspectos subjetivos que afectan a la tipificación de la conducta, así como a la consideración de su resultado. Existen, por tanto, algunas cuestiones que deben aclararse oportunamente, porque algunos defienden que este delito debería ser el tipo penal base del blanqueo de capitales y que en él se exige claramente el resultado 'natural', lo que es susceptible de ser cuestionado, como quedó apuntado *supra*.

Vamos a ir analizando, así pues, las diversas premisas establecidas en el artículo 301.1 del Código Penal, compatibles con ese tipo penal; e iremos puntualizando específicamente aquello que sea necesario para el delito en estudio.

1.1. Tipo objetivo

El delito ahora analizado contempla algunas cuestiones que deben ser afrontadas de forma preliminar antes de que hagamos la lectura dogmática del tipo penal incluido en el artículo 301.2 del Código Penal.

La primera cuestión atañe a la naturaleza jurídica de este precepto, puesto que, mientras algunos defienden que es una receptación específica, otros defienden que se trata de un favorecimiento real específico. Los defensores de la primera corriente señalan que estamos ante de una receptación específica por la adopción de las conductas de ocultar o encubrir y por la construcción del tipo penal, con elementos semejantes a la receptación específica¹⁴⁹⁵. Y, al contrario, tenemos a quienes correctamente lo vislumbran como un tipo de favorecimiento específico, porque no se exige expresamente el ánimo de lucro ni tampoco debe el autor tener en su poder los bienes de origen ilícito, configurándose como una modalidad de favorecimiento llamada de *blanqueo sucesivo*¹⁴⁹⁶. Vives Antón y González Cussac ponen a salvo que no se trata del encubrimiento de los bienes, aunque sí de su naturaleza, origen, movimiento o propiedad, encubriéndose en realidad un encubrimiento anterior¹⁴⁹⁷.

Tipifica el legislador la segunda fase del procedimiento de blanqueo de capitales¹⁴⁹⁸ conforme al modelo trifásico del GAFI, a lo que la doctrina objeta la errónea ubicación de los tipos penales realizada por el legislador español¹⁴⁹⁹, que incluye en el tipo penal básico una fase distinta de aquella. De hecho, parece haber realizado la tipificación de las conductas dentro del procedimiento de fases reconocidamente adoptado, siendo ese un mero referente teórico abstracto que no le impide al blanqueador, con su plan de acción, burlar ese procedimiento trifásico, pues, como ya hemos dicho, el autor de delitos socioeconómicos no se somete a criterios de racionalidad económica.

¹⁴⁹⁵ Bajo el signo de la primera previsión del delito de blanqueo de capitales en España: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español...*, pp. 603-604.

¹⁴⁹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 7; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código Penal español...*, p. 151.

¹⁴⁹⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, pp. 7-8.

¹⁴⁹⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada...*, p. 29; VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, pp. 7-8; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 152.

¹⁴⁹⁹ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238.

1.1.1. Sujetos del delito

El delito del tipo penal del artículo 301.2 del Código Penal revela que estamos nuevamente ante un delito común practicable por cualquier persona, lo que es reforzado por la previsión en la figura típica “con las mismas penas se sancionará...”, modificando solo el estilo de la redacción¹⁵⁰⁰ y sin alteración sustancial respecto a la consideración del delito como común. Fabián Caparrós señala que, con la idea de “«*transitividad de la conducta incriminada*», nada impide castigar a todos cuantos intervengan en la ejecución de los hechos que generen la ocultación o el encubrimiento de la ilicitud de los bienes”¹⁵⁰¹.

Las consideraciones tejidas sobre el sujeto pasivo en el delito del artículo 301.1 del Código Penal se mantienen inalteradas y se adoptan en su integridad; o sea, el sujeto pasivo es el Estado, sin objeción en cuanto a considerarse la sociedad como afectada con la conducta.

Los delitos tendrán la determinación de su sujeto pasivo de acuerdo con la titularidad del bien jurídico.

A pesar de que los delitos de blanqueo de capitales estén ubicados junto al delito de receptación, no se comunica el bien jurídico afectado, puesto que se trata de realidades distintas. En concreto, respecto del delito de blanqueo de capitales tenemos como bienes jurídico-penales afectados el orden socioeconómico¹⁵⁰², en la vertiente del tráfico lícito de bienes en el curso de la economía, y la administración de la justicia. Por tanto, es el Estado el sujeto pasivo del delito.

El reconocimiento de un sujeto pasivo colectivo, como la sociedad¹⁵⁰³, frente al anterior, se funda en la inexistencia de una víctima concreta¹⁵⁰⁴. Esta posición, sin embargo, es contestada argumentando que su admisión posibilitaría, en teoría, que el Estado sea sujeto pasivo de delito, lo que

¹⁵⁰⁰ La antigua redacción del Código Penal contemplaba la expresión impersonal “se castigará”, que refuerza la idea de que se trata de un delito común: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 410.

¹⁵⁰¹ *Ídem*.

¹⁵⁰² Admitiendo bien jurídico diverso: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 180. Fundado en la pluriofensividad: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 320.

¹⁵⁰³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1.293.

¹⁵⁰⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 320.

vislumbramos, como regla general, como algo incompatible con el Derecho penal¹⁵⁰⁵. No obstante, este impedimento señalado en su día por la doctrina se ha superado con la previsión del artículo 31 *bis.5* del Código Penal, que expresamente veda la responsabilidad penal del Estado, con las reservas ya expuestas cuando tratamos de la inadecuación del impedimento de la responsabilidad de empresas que contienen capital estatal, pero que se disputan el mercado en igualdad con los particulares. No se considera al particular como afectado, puesto que, como el bien obtenido fue resultante de origen ilícito y se inyectó en la economía lícita, no se podría precisar cuánto fue el perjuicio patrimonial¹⁵⁰⁶, gozando la víctima del resguardo de la tutela penal dentro del delito antecedente, pero no dentro del blanqueo de capitales. Entendemos por fin que el Estado sería el sujeto pasivo del delito porque tiene el deber constitucional de asegurar el justo desenvolvimiento de las actividades económicas; luego asume una posición de protector del orden socioeconómico.

Pero, por otro lado, el posicionamiento que defiende un sujeto pasivo colectivo no singularizado presenta cierto grado de corrección, pues, pese al interés del Estado por salvaguardarla, los agentes económicos y la sociedad son fuertemente afectados por los comportamientos de reciclaje de activos, cuya lesión trasciende la esfera de intereses del Estado.

1.1.2. Conductas típicas

El delito de ocultar o encubrir previsto en el artículo 301.2 del Código Penal revela la presencia de lo que la doctrina viene calificando como “doble enmascaramiento”¹⁵⁰⁷, puesto que, para que se dé el delito, ya ha tenido que operarse una conducta de transformación o sustitución¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 180.

¹⁵⁰⁶ *Ídem*, p. 180.

¹⁵⁰⁷ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 151; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: Su Tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada...*, p. 29.

¹⁵⁰⁸ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 152.

Para su tipificación, la Ley adoptó una fórmula que de inmediato fue objeto de crítica por la doctrina, dada la repetición de una fórmula existente en la Convención de Viena¹⁵⁰⁹, además de tener un contenido incoherente, desordenado¹⁵¹⁰, inconexo o superfluo por la redundancia de ocultar y encubrir, como se verá.

El delito contempla la realización de las conductas de ocultar o encubrir, significando la primera “esconder, tapar, disfrazar o encubrir la vista”¹⁵¹¹, mientras que encubrir es “ocultar algo o no manifestarlo; impedir que llegue a saberse algo”¹⁵¹².

Pese a la proximidad con la Ley brasileña, el legislador penal español ha ofrecido un precepto contrario al que previó las conductas de ocultar o disimular, contemplando verbos que, aun ofreciendo igual significado que aquellos, implican sin embargo una redundancia¹⁵¹³. Pese a todo, hay quien vislumbra en el encubrimiento “la realización de cualquier acto que sea idóneo para evitar el descubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre bienes que tienen su origen en un delito grave con el fin último de incorporarlos al tráfico económico”¹⁵¹⁴. Otros proponen que el encubrimiento tenga significado de simulación o disimulo¹⁵¹⁵, implicando una conducta más activa, mientras que la ocultación sería algo inferior: “los que dan 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 a las reales”¹⁵¹⁶. Aránguez Sánchez aclara que “cualquier acción u

¹⁵⁰⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 410-411.

¹⁵¹⁰ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238.

¹⁵¹¹ El significado fue obtenido del Diccionario *online* de la RAE. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=ocultar>. Fecha de acceso: 19/04/2014.)

¹⁵¹² La palabra y su utilización fueron obtenidas del Diccionario *online* de la RAE. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=encubrir>. Fecha de acceso: 19/04/2014.)

¹⁵¹³ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIZADU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales...*, p. 345; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 411; ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238.

¹⁵¹⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 196.

¹⁵¹⁵ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código Penal español...*, p. 159.

¹⁵¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 492; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 520.

omisión que pueda camuflar o esconder será incluíble en la conducta típica¹⁵¹⁷. Aunque la dicción del tipo penal contenga la conjunción alternativa “o”, entendemos que no es suficiente para alterar la imposibilidad de dar un significado diferente a las expresiones.

El delito requiere una conducta de ocultar o encubrir que recaiga sobre “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos”. El alcance y significado del elemento “verdadera” es el primero que debe ser explicado, pues implica que las conductas de ocultar o encubrir se dirigen a la alteración de la esencia, a la creación de una falsa imagen sobre el bien objeto de la conducta de reciclado, y su significado integra todos los demás posibilidades de la mutación del bien, a saber, naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos¹⁵¹⁸.

Las etapas de alteración también merecen ser explicadas, para delimitar correctamente el hecho. Por naturaleza se comprende “esencia y propiedad característica de cada ser”¹⁵¹⁹, siendo un término amplio, impreciso¹⁵²⁰ y que para algunos se confunde con origen¹⁵²¹, que por su lado es el “principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo”¹⁵²² y que se refiere a la verdadera fuente delictiva del bien¹⁵²³. Así pues, creemos que naturaleza se refiere a esencia, calidad; mientras que origen se refiere a la fuente, al hecho generador del bien.

La ubicación se refiere al lugar físico de los bienes, el lugar en que se encuentran situados, quedando en lugar diverso de aquel en el que estaban. El destino de los bienes se contempla como “la finalidad que tienen los mismos como a la aplicación, funcionalidad o utilidad que les va a dar”¹⁵²⁴, aunque la

¹⁵¹⁷ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 238.

¹⁵¹⁸ *Ídem*; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 412; ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código Penal español...*, pp. 146-147 (el autor critica su necesidad en el Código Penal, porque solamente se puede ocultar algo que es verdadero: *Ibidem*, p. 148).

¹⁵¹⁹ El concepto es del *Diccionario de la RAE*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=naturaleza>. Fecha de acceso: 20/04/2014.)

¹⁵²⁰ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 240.

¹⁵²¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 115.

¹⁵²² El significado está tomado del *Diccionario de la RAE*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=origen>. Fecha de acceso: 20/04/2014.)

¹⁵²³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 115.

¹⁵²⁴ *Ídem*.

inclusión del término ha encontrado cierta resistencia, especialmente por lo que respecta a sus connotaciones de utilidad, razón por la que “debemos imaginar que se trata de una referencia de carácter espacial que complementa a la anterior (localización) y a la siguiente (movimiento)”¹⁵²⁵.

El movimiento se entiende como la acción de desplazarse en el espacio, y en este caso también como las alteraciones contables o mercantiles que generan el aumento o disminución de los bienes¹⁵²⁶. Los derechos sobre los bienes se consideran el “poder jurídico conferido a una persona sobre un valor económico”¹⁵²⁷; y la propiedad se contempla desde una acepción civilística como el derecho de usar, gozar, disponer y recuperar previsto en el artículo 348 del Código Civil. Respecto a este último término, se ha establecido en la doctrina una divergencia entre quienes defienden que se refiere a la ocultación o encubrimiento del titular de ese derecho, “específicamente a la identidad del «verdadero titular» que tiene el derecho de propiedad sobre los bienes”¹⁵²⁸, mientras que otros sostienen que “lo que se oculta es el verdadero derecho sobre la cosa, ya que evidentemente, a efectos de protección del bien jurídico en el delito de blanqueo, el elemento esencial a conocer en relación a la propiedad será precisamente la titularidad del bien y su procedencia”¹⁵²⁹. A nuestro entender, la segunda visión es la correcta, porque, a los fines del delito de blanqueo de capitales, poco importa el origen del propietario, sino el del bien, puesto que con el reciclaje de activos se limpian capitales para reinsertarlos en el flujo económico, de modo que la titularidad se vuelve totalmente dispensable, salvo a los fines de concurso eventual de delitos con falsedad.

¹⁵²⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 240.

¹⁵²⁶ *Ibidem*, pp. 240-241; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 116.

¹⁵²⁷ *Ibidem*, p. 241.

¹⁵²⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 117.

¹⁵²⁹ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 241.

1.1.3. Objeto material

La previsión típica contempla como objetos materiales los bienes y la propiedad¹⁵³⁰.

La previsión en el tipo penal de “propiedad” juntamente del vocablo “bien” no ofrece una sustancial modificación en el delito, puesto que ambas son reducibles al concepto de bien.

1.2. Autoblanqueo de capitales

El autoblanqueo de capitales surge como un problema que debe ser tratado. Por ejemplo, en el caso de que el agente obtenga un vehículo de motor resultante de la conducta de tráfico de drogas, o que practique la conducta de cambiar la localización del bien, podríamos, en teoría, estar ante el delito de blanqueo de capitales. Algunos autores, no obstante, se oponen a la posibilidad del autoblanqueo en este delito, excluyendo a los autores y partícipes del delito antecedente¹⁵³¹; y, en efecto, esa interpretación es posible conforme a la nueva redacción del artículo, porque, al contrario del artículo 301.1 del Código Penal, no hay referencia alguna en este tipo penal a la posibilidad expresa del autoblanqueo, y ese acto configuraría mero agotamiento. Cabe, por el contrario, la posibilidad de que el tipo penal contemple en el artículo 301.2 del Código Penal la conciencia de “un acto de participación en ellos”, lo que admitiría la actuación del agente dentro del proceso del *iter criminis de la* actividad delictiva antecedente. Se agrega a esos razonamientos otro más, consistente en que, existiendo la sustitución del bien, tendremos la ocurrencia de las conductas de adquirir, transmitir o convertir, generando la fase de sustituir que consume la fase de encubrir¹⁵³²; por tanto, el delito es el del artículo 301.1 del Código Penal.

¹⁵³⁰ Según el Diccionario de la RAE, “propiedad” significa: “Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales; Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz”. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=propiedad>. Fecha de acceso: 12/03/2014).

¹⁵³¹ FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 151.

¹⁵³² VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada...*, p. 29.

1.3. Tipo subjetivo

El dolo es el elemento subjetivo del tipo penal del artículo 301.2 del Código Penal. Con referencia al dolo en este tipo penal, se ha dicho que “se precisa, además, actuar «a sabiendas» de que procede de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en los mismos”, sosteniéndose que “se requiere actuar con la finalidad de ocultar o encubrir su ilícito origen. Se trata de los elementos subjetivos del tipo, que en este apartado condicionan su imputación a título de dolo”¹⁵³³.

La expresión “a sabiendas” prevista en el tipo penal, desde criterios léxicos significa “de un modo cierto, a ciencia segura”¹⁵³⁴. Para la doctrina, sus implicaciones “constituyen una parte más del dolo típico y son conceptualmente compatibles con cualquier clase de dolo”¹⁵³⁵, sin excluir la modalidad del dolo eventual, que “debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de capitales, al contemplarse específicamente la forma culposa”¹⁵³⁶. El conocimiento de que el bien proviene de una actividad delictiva es lo que, a los fines de la investigación, se señala con ese “a sabiendas”, no exigiéndose, como en el delito anteriormente analizado, un juicio de certeza absoluta sobre las circunstancias concretas del delito antecedente, sino que basta con la valoración paralela de la esfera del profano.

Esa alusión al ‘con conocimiento’ parece implicar un acto de participación en los delitos expresados en el párrafo anterior, razón por la que el precepto necesitaría en ese inciso de una mejora en su redacción, pues la alusión a los delitos del párrafo anterior consagra cualquier actividad delictiva, lo que permite el delito y la contravención penal. El precepto se salvaría con su vinculación

¹⁵³³ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 7.

¹⁵³⁴ El concepto es del Diccionario *online* de la RAE. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sabiendas>. Fecha de acceso: 20/04/2014.)

¹⁵³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 495. Igualmente: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 658; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1.295; ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 275; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 415; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 316; ROMERO FLORES, Beatriz. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 316.

¹⁵³⁶ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.170.

solamente a los delitos de los tipos agravados que contempla el tráfico de drogas ilícitas, la corrupción y la corrupción urbanística. Así, el acto de participación en los delitos previstos en el apartado anterior revela la actividad delictiva, lo que puede también servir de fundamento para quienes entienden que es imposible el delito de blanqueo de activos generados en una contravención penal, por el hecho de que el artículo 301.2 del CP contempla solo el delito, y no la actividad delictiva.

La interpretación restrictiva del tipo penal más acorde con los fundamentos constitucionales del Derecho penal genera que, en el delito del artículo 301.2 del CPe, solamente serían posibles los procedimientos de reciclado sobre delitos, y nunca sobre contravenciones penales. Esto provoca una situación de falta de sistematicidad en el enfrentamiento al delito, porque el delito de resultado cortado se admitiría sobre contravenciones penales, y en aquellos de resultado natural con éxito del blanqueo solamente se hablaría de objetos materiales provenientes de delitos. El dolo debe alcanzar a cualquiera de las dos modalidades, a lo que obliga la conjunción alternativa “o”.

El ánimo de lucro, aunque sea deseable por parte de quien realiza el delito de blanqueo de capitales, no es exigido por el tipo penal¹⁵³⁷, y no ha de ser considerado para la comprobación del dolo del agente.

1.3.1. El dolo eventual y la teoría de la ceguera deliberada

La teoría de la ceguera deliberada, la llamada *willful blindness* del sistema de la *common law*, se admite en España dentro del delito de blanqueo de capitales. Palma Herrera destaca que el agente, por un acto voluntario, ciega las fuentes, “lo que supone que quien lo hace teme y se plantea, al menos, la posibilidad de que el origen de los bienes sea delictivo. Creo, por todo ello, que debe recurrirse a la figura del dolo eventual a partir del conocimiento eventual de la procedencia del bien”¹⁵³⁸. Blanco Cordero diferencia la cuestión desde el prisma de la ausencia de interés en conocer la procedencia delictiva de los bienes en virtud de las circunstancias concretas del hecho, donde se representa

¹⁵³⁷QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 947.

¹⁵³⁸PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 576.

el origen como probablemente delictivo. Puntualiza el autor que en esa hipótesis “revela una grave indiferencia del autor hacia el bien jurídico penalmente protegido, pues, pese a representarse el riesgo que genera su conducta, no desiste de realizar el comportamiento blanqueador”¹⁵³⁹. Concluye el argumento sosteniendo que la decisión del autor de permanecer ciego, ante la posibilidad de obtención de la información, es digna de dolo eventual, lo que se fundamenta también en el componente motivacional de mantenerse ignorante. Y, al contrario, el autor apunta que, en las hipótesis de absoluta imposibilidad de conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes, habrá inmediata exclusión del dolo eventual, con la valoración del hecho como delito imprudente, en caso de existir imprudencia en la representación de la fuente delictiva¹⁵⁴⁰.

La teoría de la ignorancia deliberada como forma de presentación del dolo eventual flexibiliza las exigencias probatorias, pues autoriza la adopción de prueba indiciaria para la comprobación del delito de blanqueo de capitales¹⁵⁴¹.

El dolo eventual, la ceguera deliberada y la culpa consciente tiene como elemento común la indiferencia, cuya mayor gravedad y fluidez generan el primero, la culpa se asienta en una etapa menor y la *willful blindness* se sitúa en una indiferencia particularmente grave por las circunstancias concretas¹⁵⁴².

A pesar de los aspectos dogmáticos penales, no consideramos que sea imposible adoptar la prueba indiciaria para la comprobación del dolo en el delito

¹⁵³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 706-707.

¹⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 707.

¹⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 705. En ese sentido, *vid.* también la decisión de la jurisprudencia española: “Como indica la STS n.º 165/13, de 26-3-2013, el delito de blanqueo de capitales descansa en un delito precedente, del que procede el afloramiento de los caudales que se quieren blanquear para hacerlos parecer de origen lícito, y como elemento subjetivo supone que el autor debe conocer tal origen, no exigiéndose un cumplido y cabal conocimiento del delito precedente, bastando la conciencia de la anormalidad de las operaciones a las que presta su actividad y la razonable inferencia de que dichos capitales proceden, en su caso, del tráfico de drogas; certeza que no exige un dolo directo, sino que basta el dolo eventual, y enlazado con ello las manifestaciones de tal dolo eventual que la jurisprudencia ha clasificado como ignorancia deliberada o principio de indiferencia. En resumen, que el agente con conocimiento de la anormalidad de las operaciones presta conscientemente su colaboración al común fin de blanquear los caudales correspondientes (Roj: SAN [Sala de lo Penal] 1186/2014, p. 7. Id Cendoj: 28079220042014100009. Sede: Madrid. Sección: 4. N.º de Recurso: 2/2013. N.º de Resolución: 9/2014. Procedimiento: Procedimiento Abreviado. Ponente: Juan Francisco Martel Rivero).

¹⁵⁴² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, pp. 173, 183 y 184; *apud* BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 700.

estudiado¹⁵⁴³ y como hemos señalado en la parte brasileña tenemos que esa teoría es fundamento del dolo directo.

1.3.2. Imprudencia

Existe la corriente que sustenta que el delito de blanqueo de activos solamente admitirá la forma imprudente en el tipo penal del artículo 301.2 del Código Penal español, porque en la figura anterior existen elementos subjetivos del injusto, a saber, con la finalidad de ocultar su origen delictivo o ayudar al agente que cometió el delito precedente; elementos que, dada su naturaleza, son incompatibles con el delito imprudente¹⁵⁴⁴.

En el tipo penal del artículo 301.2 del Código Penal notamos que la construcción típica demanda que el agente conozca el origen ilícito de los bienes destinados al blanqueo. Se trata de tipos penales dolosos que, según alguna doctrina, admiten solo el dolo directo; luego con mayor razón se excluye la posibilidad del dolo eventual, apuntando todavía que el fundamento mayor es aquél, y no la cuestión relativa a los elementos subjetivos del tipo o la cláusula «a sabiendas», por entender que posee mero valor retórico, innecesario por otra parte en sistema de tipificación de los delitos imprudentes del sistema jurídico-penal español¹⁵⁴⁵.

Por lo que respecta a la inadmisibilidad del delito de blanqueo de capitales en la forma imprudente, en ambas figuras se permite el dolo eventual, no siendo un impeditivo absoluto, pues dogmáticamente lo que aleja al tipo imprudente es el dolo específico¹⁵⁴⁶, y si no lo hay en el artículo 301.2 del Código Penal, no

¹⁵⁴³ ZARAGOZA AGUADO. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.161; MUÑOZ CUESTA, Javier. “Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2005”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7 (2005), pp. 21.777-21.780.

¹⁵⁴⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 418; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 330; PALMA HERRERA, José Manuel. *Comentarios al Código Penal*, tomo IX (Org.: Manuel Cobo del Rosal). Edersa: Madrid, 2005, p. 731.

¹⁵⁴⁵ ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 282.

¹⁵⁴⁶ Palma Herrera dice: “Ninguna dificultad plantea, por el contrario, la admisión de la forma imprudente de culpabilidad en el ámbito de los comportamientos tipificados en el 301.2, precisamente, por no exigir la concurrencia de elementos subjetivos o intencionales” (PALMA HERRERA, José Manuel. *Comentarios al Código Penal*, tomo IX..., p. 731).

habría obstáculo para reconocer “que es un tipo independiente y carente del elemento subjetivo del injusto”¹⁵⁴⁷. En refuerzo de esa idea, no todas las figuras típicas de blanqueo de capitales demandan el dolo específico; luego acertadamente defiende esta corriente que sea apropiado al artículo 301.1, en la primera parte de los verbos adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir; y también al artículo 301.2, puesto que no hay exigencia alguna del elemento subjetivo del injusto.

1.4. Etapas de realización del delito

El delito de ocultar o encubrir descrito en el tipo penal del artículo 302.1 del Código Penal es visto por la mayoría de la doctrina como un delito de resultado¹⁵⁴⁸, o sea, para la ocultación es necesario que “efectivamente, mediante conductas activas u omisivas, se esconda, disfrace o tape dolosamente 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”; y encubrir reclama que “efectivamente se otorgue a los bienes una apariencia distinta, cuando se simule que tienen un origen diferente”¹⁵⁴⁹. Luego, como se trata de conducta que implica un resultado material, admite la ejecución imperfecta generadora de la tentativa, que más adelante expondremos en detalle.

¹⁵⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, vol. 2..., p. 497.

¹⁵⁴⁸ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.164; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 805; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 500; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales...*, pp. 463 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 410-411; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 482; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal, tomo II, parte especial...*, p. 348. La jurisprudencia española también adoptó ese criterio: “Por el contrario, el párrafo segundo del art. 301 contiene una segunda previsión de blanqueo, el ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita. Esta segunda modalidad se estructura como un delito de resultado. Se trata de una acción que produce un resultado, el de ocultar o encubrir la naturaleza... etc. de los bienes de procedencia ilícita. Esta modalidad, por lo tanto, admite formas imperfectas de ejecución cuando la conducta realizada no alcanza, pese a su habilidad, a alcanzar el fin propuesto por el autor” (STS [Sala de lo Penal] 1097/2014. Id Cendoj: 28079120012014100211. Sede: Madrid. Sección: 1. N.º de Recurso: 985/2013. N.º de Resolución: 56/2014. Procedimiento: Recurso de Casación. Ponente: Andrés Martínez Arrieta).

¹⁵⁴⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 805.

La diferencia de este delito con el del artículo 301.1 del Código Penal reside en que el tipo penal del artículo 301.2 “parece castigar a quienes logran desvincular de modo definitivo los bienes de su origen, dotándolos de una apariencia lícita”; además, se ha señalado que “no sólo parece requerir que el sujeto actúe con el fin de enmascarar el carácter delictivo del objeto, sino también que, efectivamente, lo oculte”¹⁵⁵⁰. No obstante, Vives Antón y González Cussac destacan, por el contrario, “que no se trata de un encubrimiento de los bienes, sino de su naturaleza, origen, movimiento o propiedad. En realidad podría decirse que se castiga el encubrimiento de un encubrimiento anterior”; y van más allá para afirmar que “su redacción nos hace pensar que esta conducta presupone una previa ocultación, conversión o transmisión de los bienes, y que aquí, precisamente se castiga la ocultación de esa previa adquisición, conversión o transferencia”¹⁵⁵¹. Por su lado, otros consideran que “la *conducta* consiste en ocultar o encubrir, no solo los bienes en sí, sino también su origen, naturaleza o destino”¹⁵⁵².

La resolución de la cuestión reside en que la conducta se considera consumada cuando ocurre la realización de un acto de ocultación o encubrimiento, y no cuando la mutación o alteración del bien, porque este fue objeto del delito del artículo 301.1 del Código Penal dentro de sus verbos típicos, en especial, convertir, transmitir o realizar cualquier acto. En este instante, sin embargo, lo que se promueve es una alteración de factores que dificulten la identificación del bien proveniente de una actividad delictiva, que no es modificado cuanto a su esencia, sino en cuanto a los factores que permiten su rastreo. Así, si hay concurrencia de las dos posibilidades, esto es, la supresión del bien

¹⁵⁵⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 410-411; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. *Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales...*, p. 482. Del Carpio Delgado sustenta que “en el texto del art. 301.2, nos encontramos con que, entre la ocultación y el encubrimiento el legislador ha empleado la conjunción «o», de lo que se concluye que ambas conductas típicas deben ser autónoma e independientemente consideradas una de la otra, aun cuando las diferencias no sean sustanciales. Consecuencia de ello es que el delito puede consumarse sólo con la ocultación de las modalidades típicas de manifestación de los bienes y los derechos que se tengan sobre los mismos sin necesidad de que se produzca como resultado su encubrimiento” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 198).

¹⁵⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, pp. 7-8.

¹⁵⁵² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal, tomo II, parte especial...*, p. 348.

más la de sus elementos identificadores, tendremos el delito del artículo 301.1 del Código Penal, por haber un conflicto aparente de normas resuelto por la mayor precisión de los verbos encartados en este tipo, contrapuesto al del artículo 301.2 del mismo texto legislativo.

Fabián Caparrós afirma en su obra que la ocultación de la ilicitud de un acto es siempre perfectible; “el origen criminal de unos determinados bienes puede encubrirse más o menos, pero jamás se logrará –al menos, en teoría– la total y absoluta desaparición de las trazas que pudieran revelar su procedencia”, y aunque sepamos qué delito dio origen a los procedimientos de blanqueo, no será posible delimitar su fin, puesto que “siempre será posible realizar una nueva operación de ocultamiento que redunde en favor de la separación de los bienes a respecto de su remota procedencia”¹⁵⁵³.

Prosigue diciendo el autor con respecto al encubrimiento que, pese a estar integrado por actos puntuales, “en su conjunto debe ser entendido como una realidad *in fieri*, como un proceso siempre susceptible de mejora. De ahí que no pueda hablarse de un lavado de capitales «perfecto» –representado por el art. 301.2– junto a otro «imperfecto», «incompleto» o «intentado» –los actos descritos en el artículo 301.1”¹⁵⁵⁴.

El autor considera el delito de blanqueo de capitales desde una perspectiva criminológica, y a los ojos del blanqueador de activos nunca podrá revestirse en el plano dogmático de las características que lo conviertan en un delito consumado o no. En el plan abstracto, la perfección o imperfección de la conducta, de aquello que es considerado ideal para evitar la responsabilidad penal, no se confunde con las características fijadas por la dogmática para la teoría jurídica del delito, que plasma los comportamientos consumados o tentados¹⁵⁵⁵. Además, según la primera de las concepciones señaladas,

¹⁵⁵³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 412.

¹⁵⁵⁴ *Ídem*.

¹⁵⁵⁵ Abel Souto contrapone las ideas de Fabián Caparrós para decir: “El delito completo a los ojos del blanqueador o del análisis criminológico no coincide con la perfección legal, que se fija en la consecución de la ocultación o encubrimiento, pues una cosa es el agotamiento delictivo, la satisfacción del propósito criminal, y la adaptación de las conductas a los modelos divididos en fases, con los que se trata de explicar la fenomenología del blanqueo, y cuestión bien distinta resulta la consumación legal plasmada en los tipos penales. Amén de que la conminación del artículo 301.2 no guarda relación con un encubrimiento irremediable ni con la ocultación de un bien que no pueda volver a su estado anterior, por cuanto que concebir el mentado precepto

solamente ocurriría el delito en la forma consumada cuando hubiese la ocultación, dándose por irrelevante el encubrimiento.

La tentativa será posible, por ser un delito de resultado, cuando se rebasen las fronteras de los actos preparatorios, contemplados como delito autónomo en el artículo 304 del Código Penal; pero, para que pueda hablarse de ella, deben haberse iniciado los actos de ocultación o encubrimiento.

2. EL PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES DEL ARTÍCULO 301.4 DEL CÓDIGO PENAL

El problema sobre el que vamos a tratar en este apartado se asienta sobre las premisas esenciales de la legislación de España. En ella, en concreto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/85, del Poder Judicial (LOPJ), se adopta el principio de la territorialidad como regla general, constituyendo una de sus excepciones el principio de la extraterritorialidad o ultraterritorialidad¹⁵⁵⁶ de la Ley penal. Este principio se describe en el artículo 23.3 y 4 de la LOPJ, donde se contempla un catálogo de delitos, aunque estableciéndose la libertad para incluir otros que se encuentren en tratados y convenciones internacionales.

El delito de blanqueo de capitales es una de las principales formas de la criminalidad posmoderna, ofreciendo rasgos de alta tecnología, volatilidad en los medios de ejecución, formación de complejas redes y la característica de la transnacionalidad¹⁵⁵⁷. Por todo ello, diversos tratados y documentos internacionales señalan la gravedad de las conductas practicadas por agentes que cometen delitos de blanqueo de activos. La unificación en las estrategias de

como consumación de comportamientos intentados recogidos en el artículo 301.1 nada tiene que ver con la imposibilidad de descubrir el blanqueo, ni menos todavía, con una ocultación o encubrimiento no reparable o reversible” (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *El delito de blanqueo en el Código Penal español...*, pp. 150-151).

¹⁵⁵⁶ Moreno-Torres Herrera expone: “El principio de jurisdicción universal, que se configura en Derecho Internacional como una excepción al principio general de jurisdicción territorial, encuentra su fundamento en la idea de que existen una serie de intereses comunes a todos los Estados que generan la necesidad de proteger penalmente determinados valores y evitar la impunidad de ciertos delitos de especial gravedad. Sobre esta base, se atribuye a los Tribunales de cualquier Estado competencia para conocer sobre determinados delitos, con independencia del lugar de comisión de los mismos y de la nacionalidad del autor de los hechos” (MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 172).

¹⁵⁵⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español...*, p. 34.

lucha contra ese delito, además de otras figuras penales como la corrupción, la criminalidad organizada y el narcotráfico, son medidas necesarias para que se eviten lagunas transnacionales de punibilidad¹⁵⁵⁸ y para combatir la migración de las bolsas de criminalidad, amparadas en la apertura de los mercados internacionales y la reducción de las fronteras entre países¹⁵⁵⁹.

Como consecuencia de la realidad arriba descrita, podemos constatar el Preámbulo de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes, firmada en 1988 (art. 3.º, § 1.º, b, I); la Convención de Palermo (art. 6.º, § 2.º, c), la Convención de Mérida contra la corrupción (arts. 14, § 5.º y 23, § 2.º). Y en el ámbito europeo, documentos como el Convenio de Estrasburgo (art. 6.2), la Convención de Varsovia (art. 9.º, § 2.º, a), además del párrafo quinto de la Recomendación n.º 1 de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI. Todos estos textos destacan los aspectos arriba reportados, y algunos de ellos incluso hacen la recomendación de que se adopte el principio de la justicia universal como mecanismo para ampliar la jurisdicción de cada país en la lucha contra el delito.

España atendió a ese llamado internacional y señaló primeramente, en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/2010 (normativa preventiva anti-blanqueo), de 29 de abril: “Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado en el territorio de otro Estado”; con posterior refuerzo en el artículo 301.4 del Código Penal, el cual señala: “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”. Es decir, este artículo 301.4 del Código Penal español admite expresamente la teoría de la ubicuidad¹⁵⁶⁰, al considerar el delito antecedente cometido total o parcialmente

¹⁵⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte especial...*, p. 512; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español: parte especial...*, p. 1.295; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.180; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español...*, p. 34; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 143; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 194; PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 814 y ss.

¹⁵⁵⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 141.

¹⁵⁶⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”. En *El Principio de Justicia universal. Fundamento y límites* (Dir.: Ana Isabel Pérez Cepeda). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2012, p. 15.

en el territorio español u otro país. Zaragoza Aguado sintetiza la regla del Código Penal de la siguiente manera: “Los actos delictivos de blanqueo serán objeto de sanción tanto si son cometidos, total o parcialmente, en el extranjero con independencia del lugar de comisión del delito del que provinieran los bienes, y además serán perseguibles y punibles tales conductas por los Tribunales españoles sea español o extranjero el sujeto activo”¹⁵⁶¹.

El dispositivo penal ha suscitado el cuestionamiento de los límites de la comisión del delito, en especial cuando el delito antecedente se dé en otro país y el reciclaje de activos se opere en la España; o cuando se trata de infracción penal antecedente que ocurra en parte en territorio español, y en parte en otro, y el blanqueo se dé en España; o si la actividad delictiva antecedente es considerada delito en España y en otro país mera contravención penal, y el delito de blanqueo ocurre en aquel país; todas estas hipótesis, entre otras posibles.

Para algunos, el principio de la doble incriminación o tipicidad adquiere relevancia para la definición del delito antecedente, a los fines de considerar la aplicación del Derecho penal internacional, en especial en lo referente a la extradición, pues el delito antecedente debe poseer tipicidad en ambos los países¹⁵⁶². O sea, el hecho es detentor de relevancia penal en más de un país en que se desee buscar la responsabilidad penal, requiriéndose “que las normas protejan un bien jurídico semejante y que el tipo penal sancione su lesión como un delito común”¹⁵⁶³.

La delimitación del delito antecedente, según un sector de la doctrina, independiente del principio de la doble incriminación o tipicidad, porque la Ley penal española no hizo tal alusión en el artículo 301.4 del Código Penal, y el artículo 23.4.h) de la LOPJ admite expresamente que un tratado internacional

¹⁵⁶¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Comentarios al Código Penal...*, p. 1.179.

¹⁵⁶² PÉREZ CEBADERA, María Ángeles. *Instrumentos de cooperación judicial penal. I: La extradición y la euroorden*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I (Col·lecció Sapientia, n.º 17), 2010, p. 14; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 178. Cerezo Mir aduce que, “para que la extradición sea posible es necesario que la conducta constituya delito previsto en la legislación del Estado requirente y del Estado requerido” (CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. RT/Ara Editores: São Paulo/Lima, 2007, p. 340).

¹⁵⁶³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 149.

permita la aplicación ultraterritorial de la Ley penal de este país¹⁵⁶⁴. Se une a este argumento, como fundamento, el hecho de que la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega de los Estados miembros (DMOEDE) de la Unión Europea, en su artículo 2.2, cuando trata de los delitos que admiten una Euroorden¹⁵⁶⁵, prevé expresamente el delito de blanqueo de capitales, dispensándosele la doble tipicidad, independientemente del delito antecedente.

Por su lado, otros defienden que el hecho ha de ser doblemente típico para que se evite la reprobación penal en España de un delito de blanqueo de capitales cuyo origen es un ilícito de naturaleza civil o administrativa. Se debate en este caso la ausencia de identidad en el delito antecedente entre un país y España, previendo uno de ellos el hecho antecedente como delito y el otro como infracción de índole diversa¹⁵⁶⁶. Creemos que la razón asiste al segundo posicionamiento, que exige la doble incriminación del hecho, so pena de considerar como consumado un delito de blanqueo de capitales cuyo presupuesto está trazado sobre un ilícito civil o administrativo, o sea, tendríamos la sanción penal de un hecho atípico mientras no represente un delito.

La consideración de la conducta del delito antecedente genera otra dificultad que merece ser debidamente aclarada para una correcta interpretación de las normas penales de España, en especial en las hipótesis en que el delito tenga lugar en su totalidad dentro del territorio extranjero, con posterior blanqueo de los activos en aquel país. Debemos comenzar recordando que antes esa

¹⁵⁶⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 195.

¹⁵⁶⁵ La Euroorden es un procedimiento simplificado que comienza con “un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y dirigida a una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea, en la que se solicita la búsqueda, captura, detención, y, en su caso, posterior entrega de una persona reclamada que se encuentra en su territorio para poder enjuiciarla o hacerle ejecutar una sentencia firme condenatoria a una pena o medida de seguridad privativa de libertad” (PÉREZ CEBADERA, María Ángeles. *Instrumentos de cooperación judicial penal...*, pp. 17-18). La Euroorden puede ser expedida por el juez que es responsable del proceso y cumplida por España por los Juzgados centrales de Instrucción o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el cumplimiento de prisión preventiva decretada en delito con pena mínima de doce meses o de la pena privativa de libertad no inferior a cuatro años (*Ídem*, p. 17).

¹⁵⁶⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, pp. 149-150; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 383; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales...*, p. 18; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”..., p. 15; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 293-294.

dificultad se debía a que el hecho del tipo penal de blanqueo de capitales¹⁵⁶⁷ demandaba la presencia de un delito grave como figura antecedente, pero que dicho obstáculo quedó rebasado con la reforma promovida con la Ley Orgánica 5/2010, que redujo ese elemento solo a actividad delictiva.

De acuerdo con un sector de la doctrina, si el delito antecedente es cometido íntegramente, no debe ser evaluado de acuerdo con el catálogo de infracciones penales existentes en la Ley penal española, sino de acuerdo con la legislación extranjera¹⁵⁶⁸; lo contrario violaría la soberanía de los otros países, puesto que “llegaríamos al extremo de obligar a un tribunal español a aplicar la legislación de un país extranjero”¹⁵⁶⁹. A su vez, otros entienden que es indiferente la cuestión del lugar en que el delito antecedente se consuma, puesto que el principio de la justicia universal ofrece el incremento de la nómina de delitos antecedentes, con el objetivo de ampliar el espectro de tutela contra la malversación del orden socioeconómico, solventando eventuales lagunas de punibilidad. Este argumento no merece ser acogido, porque se estaría menoscabando la soberanía del Estado español en la definición de aquello que es un bien jurídico tutelado, además de generar la reprobación de una conducta cuya criminalización no es permitida por el legislador español; por lo tanto, se impone la primera línea.

La idea inversa también merece ser tomada en cuenta, con las mismas consideraciones sobre el principio de la doble tipicidad. Si la fuente del capital ilícito es un hecho ocurrido fuera del territorio español considerado delictivo en España, pero atípico en el lugar de su consumación, y el delito de blanqueo de capitales ocurre en este último país, no se hablará en reciclaje de activos por cuanto que está ausente la demostración del principio violado.

¹⁵⁶⁷ Del Carpio Delgado esclarece, en conformidad con la antigua legislación penal, que “consecuencia de ello es que, si una vez calificado el hecho como un delito tuviese la consideración de grave según la legislación del país donde fue cometido y menos grave en la legislación penal española, los bienes que proceden de ese delito no pueden constituirse en objeto material del delito de blanqueo de bienes. Sí lo serán, por el contrario, los bienes que procedan de un delito menos grave según la legislación del país donde fue cometido pero que sea considerado grave según la legislación española” (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 151)

¹⁵⁶⁸ Por todos: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 383; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 195; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 151.

¹⁵⁶⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 195.

En referencia al grado de consumación y naturaleza de la actividad delictiva, apuntamos que el hecho puede ser un acto preparatorio punible, delito consumado o intentado, doloso o imprudente, parcial o totalmente consumado en territorio extranjero o español, desde el momento en que hay levantamiento del producto del capital ilícito, siendo irrelevante su efectiva consumación o si se refiere solo a delitos dolosos.

Cabe recordar que la legislación crea una figura *sui generis*, quebrando la sistematización de la materia al tratarla fuera de la Ley del LOPJ, de aplicación del principio de la justicia universal, puesto que el artículo 301.4 del Código Penal presenta una extraterritorialidad incondicionada dependiente solo del concurso del delito de blanqueo, importando poco la nacionalidad del acusado o la vulneración de intereses españoles¹⁵⁷⁰, y desconsiderando los preceptos del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985. La redacción del Código Penal, desgajada de los requisitos generales de la Ley penal en el espacio previsto en la LOPJ, acaba por crear una figura demasiado amplia que, en teoría, confiere competencia para analizar delitos de blanqueo de capitales sin afectación alguna al orden socioeconómico español¹⁵⁷¹; por ejemplo, un delito interno de blanqueo de capitales ocurrido en Brasil podría ser objeto de persecución criminal por el Ministerio Público y juzgado por cualquier Tribunal de las Comunidades Autónomas españolas.

Por más que se reconozca la necesidad de un esfuerzo mundial de lucha contra el delito de legitimación de capitales, los principios generales de Derecho penal y de proceso penal, en especial el principio de la proporcionalidad¹⁵⁷²,

¹⁵⁷⁰ La crítica, a nuestro entender dotada de pleno fundamento, es de: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”..., pp. 16-17.

¹⁵⁷¹ Tasando negativamente esa amplitud: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*..., p. 310; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”..., pp. 17-18.

¹⁵⁷² Mir Puig apunta, con referencia al principio de la proporcionalidad: “Se debe distinguir ‘dos aspectos o exigencias’ del principio de la proporcionalidad de las penas. Por un lado, la necesidad de ‘que la pena sea proporcional al delito’. Por otro, la exigencia de que la ‘medida de la proporcionalidad’ sea establecida con base en la importancia social del hecho (su ‘nocividad social’). La necesidad de proporción se fundamenta en la conveniencia de una prevención general no solo intimidatoria, sino también capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia de la colectividad (‘prevención general positiva’); y prosigue diciendo: “...un Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que tienen para la sociedad los hechos punibles, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Fundamentos y Teoría del Delito* [Trad.:

representan un límite infranqueable¹⁵⁷³ para la delimitación del alcance de los tipos penales y la delimitación de la jurisdicción competente para juzgar estos delitos.

En el espectro penal de la ultra-actividad de la Ley penal española, conviene que hagamos algunas breves consideraciones sobre el principio de *ne bis in idem*, siendo cierto que no se viola cuando en un país se juzga el delito antecedente, sea porque allí sucedió el hecho, sea por prevención del juicio conforme reglas procesuales, y el delito de blanqueo de activos es juzgado en España. Lo mismo ocurre en caso de que se opere la inversión de los delitos arriba apuntados. Si se juzgan ambos en un país y hay condena criminal firme, se hablará de *bis in idem* en caso de que haya otro proceso criminal para la averiguación de los mismos hechos, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE citada por Blanco Cordero, se demanda identidad de los hechos materiales y de los agentes, importando poco la clasificación jurídica y el bien jurídico salvaguardado¹⁵⁷⁴.

La comprobación del delito antecedente, aunque sea una materia típicamente procesual, merece consideraciones especiales. No habría lógica dentro del sistema jurídico-penal si, habiendo adoptado el ordenamiento jurídico español la teoría de la accesoriadad limitada a los fines de demostración del delito antecedente, en un hecho ocurrido en el territorio extranjero se acercase sin embargo a una base teórica diversa. Al adoptarse la teoría citada, basta la comprobación de un hecho típico e ilícito, el cual puede ser comprobado por sentencia, firme o no, referente al delito antecedente que se consumó en el extranjero íntegra o parcialmente. La cuestión exigirá solo la solidez del medio que se adopte para comprobar los elementos indicados, los cuales podrán

Claudia Viana García y José Carlos Nobre Porciúncula Neto]. RT: São Paulo, 2007, pp. 105-106).

¹⁵⁷³ La ausencia de razonabilidad de mando normativo es destacada cuando se contrasta el esfuerzo internacional de ampliación de la competencia de la justicia española para la persecución de todos los delitos de blanqueo de capitales, incluso aquellos cometidos de forma imprudente, cuya pena mínima es de seis meses en contraposición a los delitos de excesiva gravedad. Se destaca el carácter negativo del efecto simbólico empleado que en verdad es un 'brindis al sol' (FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español"..., p. 21).

¹⁵⁷⁴ Con mayor profundización y riqueza de detalles: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 327 y ss.

encontrarse en sede de investigación o instrucción procesal¹⁵⁷⁵, lo que incluso encuentra eco en documentos internacionales sobre el tema (por ejemplo, el Convenio de Varsovia de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, artículo 7.º, § 5.º). Sin embargo, en caso de que se presenten elementos que extrapolen la accesoriadad limitada, o sea, prueba cabal de que hubo un hecho típico, ilícito, culpable y punible, se proporcionará una mayor estabilidad al análisis de la tipicidad del delito de blanqueo de capitales.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

La responsabilidad penal de la persona jurídica es una cuestión que ha generado y aún genera ciertas divergencias doctrinales, mereciendo un análisis en el presente trabajo en función de que el artículo 302 del CPe admite su posibilidad. Comenzaremos tratando de la imposibilidad o posibilidad dogmática de admitirse su responsabilidad, para a continuación realizar unos comentarios sobre la sistemática del Código.

3.1. La irresponsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere non potest*)

La doctrina más tradicional se resiste a admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere non potest*), basándose en la incapacidad de acción, de cumplimiento de pena en el sentido criminal como restricción de libertad y en la imposibilidad de formulación de juicio de culpabilidad¹⁵⁷⁶. Estas tesis parten de la suficiencia político-criminal de la

¹⁵⁷⁵ De acuerdo con esa idea encontramos: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 330 y ss.

¹⁵⁷⁶ Cfr. por todos: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General...*, pp. 439-448; PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 401; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial...*, p. 124; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada...*, p. 47; ROBLES PLANAS, Ricardo. "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis". *Diario La Ley*, n.º 7705, año XXXII (2011), pp. 2-24; BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española". *REPC*, vol. XXXIII (2013), pp. 219-260; FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. "La responsabilidad de las personas jurídicas en el

punición de los administradores de las personas jurídicas, con modelos de transferencia de las consecuencias penales de conductas de la persona física para la persona jurídica que promueven la mera responsabilidad objetiva, sin un modelo propio de culpabilidad¹⁵⁷⁷.¹

Las personas jurídicas no son libres independientemente de las personas físicas que las componen; luego no poseen autoconsciencia ni autodeterminación, y la culpabilidad existe solo para personas que posean libertad de decidir, lo que no existe en aquellas¹⁵⁷⁸. Así, la persona jurídica actúa por sus representantes, generando una responsabilidad penal basada en hechos ajenos¹⁵⁷⁹. La desorganización o el fallo de una empresa que genera un defecto carecen de merecimiento de pena, pese a que algunas corrientes sean favorables a la responsabilidad penal. La infracción de deberes formales podrá, en teoría, generar la reprobación de la conducta de los administradores que tienen poder de decisión sobre el hecho que generó el delito, además de poder equipararse la ausencia de mecanismos o su deficiencia a la efectiva comisión del delito, toda vez que no se habla de conocimiento empresarial del riesgo¹⁵⁸⁰. Apenar a la persona jurídica implica “una infracción de peligro excesivamente formal que no soporta los mínimos requisitos del principio de la lesividad”¹⁵⁸¹.

Los argumentos utilitaristas¹⁵⁸² de que la previsión de pena para personas jurídicas las forzaría a colaborar con el Estado en la investigación criminal o a

Código Penal español (una visión crítica)”. *RJCL*, n.º 25 (2011), p. 20; MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *RECPC*, n.º 06 (2006).

¹⁵⁷⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”..., p. 2; FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”..., p. 24.

¹⁵⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”..., p. 4.

¹⁵⁷⁹ La doctrina penal se levanta contra esa posibilidad, defendiendo que el Derecho penal es un sistema de responsabilidad que ocurre a través de acciones u omisiones que violen tipos penales, siendo la pena la reacción más extrema del Estado a las violaciones de bienes jurídicos; luego parte de las funciones de la pena y pasa por que el requerido tenga capacidad de comprender esa dimensión (*Ibidem*, pp. 5-6).

¹⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵⁸² En Brasil, Prado, al analizar el modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, señala críticamente: “Impresiona además el hecho de que las ansias legislativas político-criminales todo los puedan y hagan –aquí y allá– por alcanzar su objetivo, cuando simplemente ignora principios constitucionales y categorías dogmáticas –inherentes a la responsabilidad penal de la persona física y característicos del sistema continental–, de carácter altamente garantista, y arduamente conquistados” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal*, vol. II. RT: São Paulo, 2013, p. 558).

crear una estructura de prevención eficaz al delito, no ofrecen motivos para atraer el injusto penal de la 'desorganización' o de la 'no colaboración'¹⁵⁸³. Estos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica revelan rasgos de responsabilidad penal objetiva calcados sobre el riesgo impedido expresamente, promoviendo que el sistema de responsabilidad penal sea solamente formal, sin legitimidad material¹⁵⁸⁴. Frente a esa posibilidad, tenemos también la suficiencia del Derecho administrativo, además de que "es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, culpa o culpabilidad de las personas jurídicas, dado que estas categorías poseen un sentido psicológico vinculado hasta ahora al ser humano"¹⁵⁸⁵.

Un factor relevante y digno de ser tomado en cuenta es que el molde del Código Penal, al presentar la responsabilidad de la persona jurídica trasladando la responsabilidad de la conducta a la persona física, genera "en concreto [...] responsabilidad por las denominadas culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo* (fórmulas de responsabilidad objetiva) e incluso en base a la más moderna teoría

¹⁵⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo. "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis"... , pp. 6-7.

¹⁵⁸⁴ La ausencia de ese sustrato reside en que "se trata de un sistema de imposición de cargas a las personas jurídicas en el contexto de la comisión de hechos delictivos por parte de personas físicas en su seno que sirve para incentivar a las personas físicas que la dirigen a que adopten sistemas de prevención del delito y, en última instancia, mantengan el patrimonio social al margen de la obtención de beneficios mediante la comisión de delitos" (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis...*, p. 14). En el mismo sentido: FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)"..., p. 22. Por la responsabilidad objetiva: BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española"..., p. 230.

¹⁵⁸⁵ BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española"..., p. 227. El autor apunta que, aunque existen institutos que dependan de la comprensión de la ilicitud del hecho, son de aplicación quimérica a las personas jurídicas (*Ibidem*, p. 229). Gracia Martín se adhiere al razonamiento contrario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sostiene que: "La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política y jurídicamente* inadmisibles, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político. Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y lo imponga así como tal, pero el positivismo jurídico es incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido" (GRACIA MARTÍN, Luis. "La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas". Inedito. Versión gentilmente cedida por el autor. 2014, p.9).

del riesgo, interés o beneficio («*qui sentit commodum, debet sentire incommodum*»)¹⁵⁸⁶.

La crítica más contundente en la doctrina brasileña sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo español es la realizada por Bittencourt, quien apunta que “esa construcción del legislador español no pasa de un grotesco simulacro de derecho, porque de derecho penal no se trata, en la medida en que adopta responsabilidad por el hecho de otro”¹⁵⁸⁷. En el seno del discurso de resistencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, sobresale Palma Herrera, quien afirma que es necesario responsabilizar a las personas físicas, “aunque esto requiera un importante esfuerzo para desenmarañar la complicada trama de personas físicas que se esconden tras el

¹⁵⁸⁶ FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”..., p. 29. En suma, el autor sintetiza las objeciones a la posible responsabilidad de la persona jurídica: “el modelo adoptado resulta incompatible con muchos de los principios y axiomas básicos de nuestro derecho penal que, sin embargo, se pretenden mantener vigentes. Únicamente cabe aquí recordar que los postulados clásicos que tradicionalmente han impedido el reconocimiento de este tipo de responsabilidad son la incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena. La persona jurídica no tendría capacidad de acción, pues acción es la conducta humana dirigida por la voluntad. Al carecer de dicha capacidad ya no sería posible realizar un juicio de culpabilidad o reproche (no tendrían capacidad de saber ni querer -dolo-, ni tampoco posibilidad de omitir la diligencia debida –culpa–; careciendo, por tanto, de capacidad de culpabilidad. A su vez, la falta de capacidad de acción y de culpabilidad impide la comisión del delito, y como la pena es la consecuencia del delito, no es posible su imposición. Tanto para poder actuar –capacidad de acción–, como para poder ser considerado culpable penalmente –capacidad de culpabilidad–, es precisa la libertad. Si no hay libertad (autonomía más voluntad) no es posible la acción, y, del mismo modo, si no hay libertad, tampoco es posible la culpabilidad (libertad para poder elegir y libertad para poder actuar). La culpabilidad, por lo tanto, se sustenta sobre la idea de libertad humana como cualidad esencial al hombre. Si un ente carece de libertad, sería absurdo reprocharle nada” [FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”..., p. 20]. En el mismo sentido se expresa Prado al apuntar que, “en realidad, es cierto que la nueva Ley Penal española instituye un ejemplo de responsabilidad penal *por hecho ajeno* (o por hecho de otro), incompatible con la idea de delito (art. 10 CP) y determinados principios penales fundamentales”; y sigue para concluir: “...una cuestión que gana cuerpo legislativo por motivos diversos, independientemente de la solidez de los argumentos lógico-dogmáticos y de los principios de orden garantista” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal*, vol. II..., p. 560).

¹⁵⁸⁷ Bittencourt señaló: “De hecho, se constata que esa previsión legal española afronta toda la estructura de la dogmática penal, especialmente de un *derecho penal de culpabilidad*, que se pauta por la responsabilidad penal subjetiva e individual. Se trata, en verdad, de una *ingeniosa construcción ficcional* del legislador español, capaz de dar envidia a los mayores ilusionistas de la posmodernidad, negando toda la histórica evolución dogmática/garantista de un *derecho penal de la culpabilidad*, que no pierde de vista la responsabilidad penal subjetiva. En verdad, el legislador español creó una especie de *responsabilidad penal delegada* (v. g., la revocada Ley de Prensa, por el STF), esto es, pura ficción, incompatible con las categorías sistemáticas de la teoría del delito, así como con los moldes de la auténtica *responsabilidad penal objetiva*. En efecto, el legislador español adopta una *presunción objetiva de responsabilidad penal*, satisfaciéndose con la simple *realización de un injusto típico como fundamento de la pena*, lo que es incompatible con la actual concepción tripartita del delito, como conducta típica, antijurídica y culpable (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. I..., p. 303).

ente jurídico con el fin de llevar a cabo sus actividades delictivas en la mayor de las impunidades, lo que se conoce como «levantar el velo»¹⁵⁸⁸.

Esta idea encontraba dificultades en la antigua norma anti-blanqueo española, en que los deberes se presentaban en conjunto con las personas jurídicas, algo que ha sido solucionado con el nuevo texto, que incluye en su artículo 2.1 a las personas físicas y jurídicas como obligadas.

En este punto la exposición de nuestra idea, que es contraria a la responsabilidad penal de la persona jurídica, porque en esencia incorpora elementos típicos de otros ordenamientos jurídicos de *common law* que fueron trasplantados a la *civil law*. Y, aunque hay difusas previsiones en textos internacionales diversos, como las Recomendaciones del GAFI y algunos documentos del ámbito europeo e internacional, no presentan una fuerza suficientemente convincente, como ya hemos expuesto.

La implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede ser adoptada como resultado de la americanización del Derecho penal¹⁵⁸⁹ o de colonización jurídica¹⁵⁹⁰, sino como fruto, para quienes la admiten, de maduración dogmática del pensamiento penal conforme a la realidad criminológica de cada país. No queremos con ello decir que el influjo de institutos provenientes de tales estructuras sean inútiles, sino que es necesaria una maduración y verificación de su compatibilidad con el sistema jurídico-penal en que se pretenda insertarlos. En caso de que ese juicio valorativo sea positivo, nada impediría que el Derecho penal empleara elementos de la *common law*, como ya hizo con la teoría de la *willful blindness* y nociones de *criminal compliance*; además, tampoco es oportuno rechazar los aspectos benéficos de esas diferentes formas de visualizar el Derecho penal, cuya importancia se evidenció al enraizarse en ella la necesidad de represión del delito de blanqueo de capitales.

¹⁵⁸⁸ PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 401.

¹⁵⁸⁹ NIETO MARTÍN, Adán. "¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?"..., pp. 120-136.

¹⁵⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español"..., p. 602.

Sentadas esas premisas, creemos que la responsabilidad penal de la persona jurídica implica, en parte, ceder espacio para esa influencia, además de cuestiones de índole dogmática consistentes en las bases funcionalistas del hecho de referencia, de la heterorresponsabilidad y de la cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Líneas todas ellas que exigen la adopción de parámetros e institutos característicos del Derecho civil, como la *culpa in eligendo* o *in vigilando*¹⁵⁹¹; y que establecen la responsabilidad penal por hecho ajeno, lo que es ampliamente vedado. El Derecho penal de la persona jurídica dispensa la adopción de juicios de culpabilidad arraigados en acciones u omisiones provenientes de terceras personas físicas, pero vuelve abstracta la conducta y su reprochabilidad, haciendo artificial el carácter penal de esas medidas: artificialidad que reside en que algunas de esas penas podrían perfectamente aplicarse sin ninguna restricción en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho civil, pero nunca pueden generar una *civilización del Derecho Penal*.

El Derecho penal no consigue cumplir su función ético-social en una persona jurídica, pues no puede agudizar su percepción sobre la necesidad de respeto a los bienes jurídicos y su pena no cumplirá los fines propios de las teorías que la justifican. La motivación y la razón de la sanción penal deben ser, en gran medida, la salvaguarda del bien jurídico, y no la imposición de deberes de no abstenerse de controlar actividades de sus dirigentes, administradores o representantes. Además, la responsabilidad de la persona jurídica invariablemente será formulada de forma objetiva, puesto que no es creíble, salvo mejor juicio, la adopción de reglas de total o parcial desprecio del empleo de las reglas de control interno de la persona jurídica, para inferirse que eso es una acción u omisión reveladora de dolo o culpa.

Hay una dificultad en la comprobación del dolo y de la culpa, pautados ambos de acuerdo con el grado de estructuración e incumplimiento de esas normas de buena gobernanza corporativa o la ineficiencia del mismo, así como la inexistencia de ese código¹⁵⁹². Ni aunque se exigiese que las personas se

¹⁵⁹¹ Reconociendo expresamente que el defecto de organización o de autorresponsabilidad consagra reglas que se acercan de esos conceptos, véase: ORTS BERENGER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal*. 2 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010, p. 238.

¹⁵⁹² En la doctrina algunos autores argumentan que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debería realizarse estrictamente sobre un juicio de censura relativo a un delito culposo

organizaran para la contención de otros ilícitos como los laborales, podrían hacer lo mismo para la contención del blanqueo de capitales, dada la evidente complejidad de estructuración de un sistema preventivo. Así pues, la idea de Tiedemann merece ser objetada, porque permitiría una invariable responsabilidad penal de las personas jurídicas de menor estructura, ya que, en función de la ausencia de capital, no podrían reunir las condiciones para superar elevados niveles de *compliance*. O dicho de otro modo: se genera una responsabilidad penal imputable siempre a las grandes empresas o corporaciones, las cuales tienen condiciones de estructurarse y cuya falla será detectada, mientras que las pequeñas podrán escudarse en causas que excluyen la culpabilidad, como la inexigibilidad de conducta diversa marcada por el duelo entre pago de empleados y proveedores o estructuración de *compliance*.

3.2. La responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere potest*)

El sector clásico de la doctrina ha sido objeto de cuestionamiento para admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundándose en argumentos tanto político-criminales, centrados en la necesaria modificación del paradigma del Derecho penal del *homo humanisticus* por el *homo*

por la falta de organización adecuada de la persona jurídica. Un adecuado dolo de la persona jurídica depende del análisis del conocimiento del riesgo referente al delito cometido por las personas físicas del administrador, representante o empleado. En el caso de que falte tal conocimiento solamente sería posible responsabilizarla por delito culposo, lo que sería compatible con el delito de blanqueo de capitales, que es lo único imputable a la persona jurídica a título de culpa (ROBLES PLANAS, Ricardo. "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis"..., p. 11).

*economicus*¹⁵⁹³, como dogmáticos¹⁵⁹⁴, los cuales pugnan por que el entendimiento contrario sería arcaico, pasando a reivindicar la necesidad de la implantación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El motivo de la tipificación es la evidencia, en varios delitos –entre ellos el blanqueo de capitales–, de la elevada capacidad de vulneración de los bienes jurídicos tutelados por la conducta practicada por personas jurídicas, que en no pocas ocasiones potencian dicha vulneración, en contraste con los comportamientos de personas físicas¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹³ Zugaldía Espinar destaca: “Y es que el Derecho Penal que ha llegado a nuestros días es el Derecho Penal clásico, de la delincuencia clásica (básicamente violenta), contra bienes jurídicos clásicos (la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de las personas) y que se lleva a cabo por delincuentes clásicos (seres humanos) capaces de realizar acciones humanas con una culpabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos. En este Derecho Penal ético moralizante, propio de ‘*homo humanisticus*’ que es sensible a la pena –y que procede en su inmensa mayoría de la marginalización y de la pobreza– es en el que rige la fórmula ‘*Societas delinquere non potest*’ pues lo contrario, como recuerda *Paliero*, es algo ajeno a las categorías del espíritu que debe ser esencialmente rechazado como algo *irritante* y capaz de producir en el Derecho Penal mismo una *crisis de identidad*. Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un *muy positivo fenómeno de expansión*, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el Derecho Penal de la sociedad de riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derechos de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etc.). Y en este Derecho Penal dirigido al ‘*homo economicus*’, la persona física ocupa un papel muy secundario, adquiriendo el papel de protagonistas las empresas, las sociedades mercantiles, las fundaciones o asociaciones, en definitiva, las personas jurídicas. Ellas son, en efecto, las auténticas protagonistas de la criminalidad económica organizada (nacional y transnacional), de la criminalidad de los ‘poderosos sin fronteras’ (*crimes of the powerful and corporate and business crimes*)” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal...*, pp. 19-20). Señala el autor que esa expansión representaría un avance para la alteración del panorama del Código Penal como el derecho de los pobres y el Código Civil como la ley de los ricos (*Ibidem*, p. 20).

¹⁵⁹⁴ Uno de los primeros y pioneros trabajos admitiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica en España fuera el de ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «*Societas delinquere non potest*»”. *CPC*, n.º 11 (1980), pp. 67 y ss.; y “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *CPC*, n.º 53 (1994), pp. 613-627.

¹⁵⁹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 309-312; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al. Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 578; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte general...*, p. 534; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”. *CPC*, n.º 101 (2010), p. 1; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico* (Coords.: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Álvarez), Universidad de La Coruña: La Coruña, 1998, p. 45.

Para llegar a la previsión normativa, la dogmática penal creó diversas modalidades teóricas que fundamentaban de esa posibilidad, reconociendo que las personas jurídicas pueden ser capaces de acción y pueden realizar acciones materializadas en contratos, acuerdos por intermedio de sus órganos y representantes, siendo su culpabilidad propia y distinta de las personas físicas con fines preventivos¹⁵⁹⁶, por el hecho de que son una realidad social propia y distinta de sus agentes.

La responsabilidad penal de la persona jurídica fue clasificada en dos grandes sistemas: modelo de responsabilidad indirecta (heterorresponsabilidad / sistema vicarial¹⁵⁹⁷) o directa (autorresponsabilidad).

La responsabilidad por el sistema vicarial pugna por la responsabilidad por rebote o reflejo, existiendo en todo caso responsabilidad penal de la persona jurídica “siempre que se haya actuado en el giro de empresa y en beneficio de la misma”¹⁵⁹⁸.

Según esta teoría, para que las conductas de los dirigentes, administradores y empleados puedan ser imputadas a la persona jurídica, es necesario que la conducta haya sido practicada con tolerancia, aquiescencia o inducción; que el hecho se produzca en virtud de un control defectuoso de vigilancia; o que sea cometido por administradores, directivos, empleados sometidos a control deficitario o cualquier persona a cuenta de la sociedad, con la responsabilidad de la persona jurídica siendo firmada independientemente de la identificación de los agentes¹⁵⁹⁹. La crítica a ese sistema se hace desde la

¹⁵⁹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, pp. 61-62.

¹⁵⁹⁷ Nieto Martín apunta: “Recurriendo una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. De esta forma se resuelven de un plumazo todos los inconvenientes teóricos que antes señalábamos. Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o –para otros– es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la personas jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama el modelo vicarial e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales” (NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. *RXG*, n.º 63 (2009), pp. 54-55.

¹⁵⁹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 64.

¹⁵⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. *Indret*, n.º 1 (2012), p. 5. (Disponible en internet en: <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>. Fecha de acceso: 27/03/2014).

perspectiva de la consagración de la responsabilidad penal objetiva que es vedada, puesto que la persona jurídica responde por hecho ajeno¹⁶⁰⁰ causado por sus empleados, directores o dirigentes, además de aumentar la desigualdad, porque las grandes empresas difícilmente serían responsabilizadas, mientras que en las pequeñas, que no poseen esa estructura pujante, será más fácil la tarea de delimitación de la responsabilidad por el hecho¹⁶⁰¹.

En cuanto al modelo de autorresponsabilidad¹⁶⁰² o responsabilidad penal directa, se bifurca en algunas líneas.

El dominio de la organización funcional sistemática creada por Heine propone que “lo determinante es fijar los criterios de imputación que permiten afirmar que la persona jurídica ha aumentado el riesgo de empresa de manera culpable”, siendo garante en la hipótesis de incurrir en actividad de riesgo o defectuoso control de ese riesgo¹⁶⁰³. O sea, se refiere aquí a una culpabilidad por

¹⁶⁰⁰ Por todos: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pp. 5-6; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 65; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, p. 8 (versión gentilmente cedida por el autor en formato word); BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española...*, p. 231; ROBLES PLANAS, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”..., p. 8; FERNÁNDEZ TERRUELO, Javier Gustavo. “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”..., p. 24

¹⁶⁰¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 65.

¹⁶⁰² Nieto Martín apunta que “esta respondería cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. Cuando la persona jurídica ha hecho todo lo posible para evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, podría decir «que no es cosa suya» y de este modo no ser sancionada. El punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior?”. La respuesta a eso viene en la organización de los programas de *compliance criminal*. (NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010...*, p. 55).

¹⁶⁰³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, pp. 65-66. Similar es la defensa de Cuello Contreras, al decir: “Es cierto que la persona jurídica no puede establecer una relación psicológica entre el hecho delictivo de su representante y la norma jurídica que éste está infringiendo. Pero, de la misma manera que funcionalizábamos la capacidad de acción de la persona jurídica distinguiendo entre capacidad de acción de la persona jurídica e imputación a la persona jurídica de la acción realizada por el representante, cabe funcionalizar la culpabilidad de la persona jurídica distinguiendo entre realización del hecho delictivo por el representante y su imputación a la persona jurídica cuando ésta ha sido culpable porque pudo evitar el hecho delictivo si hubiese estado organizada de una forma que habría impedido que el representante hubiese representado a la empresa cometiendo un delito, siempre y cuando ciertamente pueda deducirse que efectivamente el hecho delictivo tuvo que ver con la mala organización de la empresa, no en otro caso” (CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “El significado de la acción (u

la conducción de la actividad empresarial, donde tenemos “los desarrollos de la culpabilidad empresarial proactiva (CEP) –las prácticas y los comportamientos corporativos son inadecuados para prevenir la comisión del delito– y la culpabilidad empresarial reactiva (CER) –reacción o respuesta corporativa frente al hecho delictivo”¹⁶⁰⁴. Se debate aquí entre una cultura corporativa defectuosa “la cual fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido; esa cultura societaria defectuosa constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad”; o la que “imputa a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado, por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad”¹⁶⁰⁵.

La reacción de la doctrina a la validez de esa teoría se basa en que el defecto corporativo se equipara al derecho penal del autor que se desconecta del hecho delictivo concreto, imputándose otro injusto penal ligado a la organización defectuosa cuando se cometió el hecho delictivo¹⁶⁰⁶.

La idea subsiguiente es la de los sistemas sociales autopoieticos, que “refiere a la acción típica de la persona jurídica a un defecto de organización empresarial y defiende un concepto constructivista de la culpabilidad fundamentado en la cultura del ciudadano empresarial fiel al Derecho”¹⁶⁰⁷. Las

omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”. *RECPC* [2013], pp. 17-18). En el mismo sentido: CUADRADO RUIZ, María Ángeles. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”. *RJCL*, n.º 12 (2007), p. 138.

¹⁶⁰⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 67.

¹⁶⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”..., p. 8.

¹⁶⁰⁶ *Ídem*; BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”..., p. 232.

¹⁶⁰⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 67. En ese sentido, Gómez-Jara Díez explica: “El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial” [GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas)”. *RECPC*, 08-

personas jurídicas son iguales a las personas físicas en lo que respecta a la igualdad y responsabilidad, pudiendo cuestionar y transgredir normas, razón por la que deben tener la misma expectativa de un comportamiento. Se traza la culpabilidad sobre una inadecuada motivación jurídica o tono ético, generando un déficit de motivación para cumplimiento de las normas penales que emergen del “sinalagma fundamental del Derecho penal (empresarial): libertad de autoorganización (empresarial) vs. responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial)”¹⁶⁰⁸.

La culpabilidad basada en la ética empresarial es criticada porque solamente ciertas sociedades de mayor envergadura y estructura¹⁶⁰⁹ y porque “no resulta evidente que el Derecho penal pueda utilizarse con el fin de generar «culturas adecuadas» en las empresas, como no lo es que lo haga en otros colectivos, en las familias o en las personas físicas”¹⁶¹⁰. La contundencia de la crítica es tan firme, que se afirma que infrigen los principios fundamentales y que su admisibilidad solamente sería posible si los fines justificaran los medios¹⁶¹¹.

La teoría de la acción comunicativa¹⁶¹², trasladada a las personas jurídicas, revela que la acción consistiría en el incumplimiento del deber jurídico

05 (2006), p. 18. Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>. Fecha de acceso: 27/03/2014].

¹⁶⁰⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 67.

¹⁶⁰⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial...”, p. 18.

¹⁶⁰⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010...”, p. 11.

¹⁶¹⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”..., p. 2.

¹⁶¹¹ *Ídem*.

¹⁶¹² Carbonell Mateu explica la teoría formulada por el profesor valenciano Vives Antón: “Es la significación social lo que debe destacarse y lo que convierte los movimientos o las omisiones, los comportamientos en suma, en acciones. Pero no dejan de ser movimientos u omisiones; es decir, no dejan de ser el soporte del sentido. Y, precisamente por eso, podemos seguir cuestionándonos la capacidad que tiene para moverse o para omitir con sentido quien no es una persona física. Es más, aún podemos afirmar con cierta rotundidad que sólo los seres físicos se mueven y que sólo los seres humanos lo hacen con sentido y, en consecuencia, también podemos entender por qué no lo hacen en determinadas circunstancias y otorgar a esa ausencia de movimientos el significado social y comunicativo que nos permita hablar seriamente de acciones; es decir, de comportamientos sometidos a reglas, que resultan interpretables de acuerdo con códigos de comportamiento”. Y prosigue: “...lo único que convierte una ausencia de movimientos en acción es su sentido; la omisión no requiere de soporte material alguno, y sólo un pensamiento cartesiano y unos vestigios naturalistas irreductibles nos hacían considerarla una «forma de la acción». Ahora ya sabemos que eso era incorrecto: la acción no era el no hacer, sino su sentido comunicativo. Por más que se afirme, con razón, que sólo puede omitir quien puede actuar y que nos empeñemos en buscar en el movimiento o en su ausencia la clave que

impuesto a ellas, estando sometidas, como personas físicas y jurídicas, al ordenamiento jurídico, y siendo el significado de esta acción u omisión lo que orienta la relevancia penal del hecho. Por eso “todo sujeto de Derecho que puede incumplir una norma –que es todo aquel al que se puede exigir su cumplimiento– puede ser objeto de atribución de un sentido y, por consiguiente, tiene capacidad de acción”¹⁶¹³.

Específicamente sobre las personas jurídicas, Carbonell Mateu apunta que el significado de las acciones de las personas físicas que pertenezcan a la persona jurídica forma “la voluntad jurídicamente relevante de un órgano colectivo, de una persona jurídica”¹⁶¹⁴. Por su lado, el dolo sería el compromiso de vulneración del bien jurídico, “un significado típico que denote en su autor un compromiso, una actitud, de vulneración del interés tutelado, de quiebra de la norma. Si falta eso, lo que habrá que comprobar es por una parte si subsiste la relevancia (porque la modalidad imprudente es típica) y por otra si la evitación de la quiebra del interés era exigible personalmente a través del cuidado debido”¹⁶¹⁵. La culpabilidad se forja en la idea de que en el momento de la infracción penal sea posible comprobar que sus obligaciones eran exigibles, sin concurrir ningún factor imprevisible que vuelva inexigible empresarialmente la obligación adquirida¹⁶¹⁶.

nos permita imputar un sentido” (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010...*, pp. 6-7). En el mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte general...*, p. 37.

¹⁶¹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010...”, p. 7.

¹⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶¹⁶ Carbonell Mateu puntualiza: “Puede decirse que el significado es reprochable –¿imputable?– en la medida en que fue evitable y se exigía evitarlo. Las reglas a las que se sometió la conducta –y que fueron violadas en términos objetivos, generales– serán reprochables justo si, y en cuanto, tales reglas eran exigibles al autor. Por eso, y para evitar confusiones, aun reconociendo, como no puede ser de otra manera, que estamos ante un reproche –porque la comprobación de que alguien incumplió lo que debía no puede ser otra cosa que un reproche– prefiero referirme a la «pretensión de obligatoriedad personal» para identificar este momento de validez de la norma. No hay reproche si la regla que se incumplió, si la norma que contenía una obligación general, un deber objetivo, no exigía al autor concreto que la cumpliera, no contenía, pues, una obligatoriedad personal derivada, en mi opinión, de las exigencias constitucionales de igualdad que no permiten dispensar a todos un trato idéntico sino que, por el contrario, imponen acompañar obligación y capacidad. Sólo a quien tiene capacidad –competencia– puede exigírsele y, por consiguiente, reprochársele algo. Sólo al imputable se puede imputar” (*Ibidem*, p. 13).

El modelo del “hecho de referencia” o “hecho de conexión”¹⁶¹⁷ es el próximo esfuerzo teórico para justificar la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuya estructura se cimienta en una “fuerte e inmanejable normativización de conceptos propios de la imputación individual”¹⁶¹⁸. La misma está integrada por la realización de una acción típica que colma los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal y prevé la responsabilidad criminal de las personas jurídicas “siempre y cuando el hecho se lleve a cabo en unas condiciones tales que se permitan afirmar que es, al mismo tiempo, una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo”¹⁶¹⁹. La capacidad de acción se contempla desde el prisma de que “se desarrolla a través del comportamiento activo u omisivo de su representante persona física, siendo la norma del art. 31 bis la que permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica por la acción u omisión de su representante”¹⁶²⁰.

En coherencia con ese pensamiento, el concepto de culpabilidad se ampara en la culpabilidad por defecto de organización de Tiedemann, que “considera que el objeto de la imputación es el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física y que la persona jurídica será culpable siempre que haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa”¹⁶²¹. Conforme a

¹⁶¹⁷ Señala la mayoría de la doctrina penal española que ese es el modelo empleado por el artículo 31 bis, del Código Penal: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010...*, p. 56; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, pp. 74-75. Apunta que se trata de la vía correcta: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”..., p. 9. Sustenta que es presupuesto de su punibilidad: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España*, Disponible na internet: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9168/1/ponencias_11_Rodriguez_Garcia_197-232.pdf. Data do acceso: 28/04/2014, p.205.

¹⁶¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”..., p. 9.

¹⁶¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, pp. 68-69.

¹⁶²⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”..., p. 8.

¹⁶²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 70. La idea de Tiedemann encuentra resistencia en la doctrina española, pudiendo citarse las ideas de Carbonell Mateu: “...el defecto de organización no fundamenta el castigo del hecho cometido en nombre o a cuenta de la persona jurídica por la física: constituye el único objeto del reproche jurídico: el delito cometido y atribuible a la persona jurídica será siempre el de no haberse organizado; no la estafa, el delito fiscal o la destrucción del medio ambiente o la ordenación del territorio” (CARBONELL MATEU,

esta idea, se adoptan criterios normativos de imputación para delimitar cuándo la conducta humana se volvería sustrato material de la acción de la persona jurídica, siendo necesaria la concurrencia de las categorías del delito, sin que en la ilicitud puedan concurrir causas de justificación y pugnando en la culpabilidad por la omisión contraria al deber de adopción de medidas de precaución y control (defecto de organización) exigibles a la persona jurídica para el desarrollo de su actividad¹⁶²².

El contenido de la normativa que orienta la formación de esa culpabilidad se encuentra ubicada en códigos de ética y conducta empresarial, así como puede encontrarse en la Ley Orgánica 10/2010 y en documentos internacionales de gobernanza corporativa.

Respecto a la tipicidad, es necesaria una persona física que actúe en nombre y en favor de la persona jurídica, pudiendo ser empleado o administrador, y que realice el hecho delictivo de referencia (tipo objetivo); que de ese modo se violen deberes de la persona jurídica en el ejercicio de su actividad social (giro de la empresa); que todo ocurra en interés de la persona jurídica; además de dolo o culpa situados en el conocimiento o posibilidad de la realización la conducta por parte del autor del hecho referencial¹⁶²³.

3.3. La sistemática positivada en el Código Penal

La Ley penal española adoptó en el artículo 31 *bis*.1 de su Código Penal teoría de la heterorresponsabilidad¹⁶²⁴, al consagrar que las personas jurídicas serán responsabilizadas penalmente cuando los delitos sean cometidos por cuenta de las mismas y, en su provecho, por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Y, al revés, el artículo 31 *bis*.1 CP prosigue previendo la responsabilidad –trazada sobre el modelo de

Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010"..., p. 9).

¹⁶²² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 582.

¹⁶²³ *Ídem*.

¹⁶²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española"..., pp. 9-10; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010"..., p. 8.

autorresponsabilidad— de la persona jurídica, cuando consagra una regla impersonal de omisión en cuanto a la realización del debido control¹⁶²⁵ de las personas físicas que actuaron bajo orientación de las personas indicadas.

La Ley nada dice en cuanto a la necesidad de que el representante posea vínculos laborales con la persona jurídica; luego se admite de forma amplia tanto a las personas unidas a ella por relaciones laborales como a quienes actúen en nombre y provecho de la persona física con vinculación estrictamente contractual o, aunque esta no exista, cuando la persona actúa en favor o beneficio de aquella.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es acumulativa¹⁶²⁶ de forma directa, siendo posible la responsabilidad criminal de las personas físicas que actúen en nombre de las personas jurídicas, como también puede serlo igualmente de forma reversa en concurso de agentes. Finalmente, también se puede reprobar la conducta de la persona jurídica independientemente de la persona física por el artículo 31 *bis.2* del Código Penal, que habla de la responsabilidad de la primera independientemente de la identificación de la segunda o de la suerte de su proceso penal. La previsión normativa va más allá, y en su artículo 31 *bis.3* el Código Penal establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica ocurrirá de forma independiente del fallecimiento de las personas físicas, o de cualquier causa que pueda haberlas sustraído a la acción

¹⁶²⁵ Silva Sánchez destaca que "...por supervisión debe entenderse: a) el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado, y b) el establecimiento de mecanismos de corrección de tal comportamiento, si es que se prevé o se debe prever que sea delictivo, o bien que se prevé o se debe prever que sea delictivo, o bien de transmisión de la información obtenida a la persona encargada de tal corrección. Por otro lado, que el texto sí indica que es preciso que el debido control, de haber sido llevado a cabo, hubiera imposibilitado el hecho delictivo del subordinado. Ello significa que si, pese a haberse omitido el debido control, en las circunstancias del caso su cumplimiento no habría logrado evitar el hecho del subordinado, entonces no se genera responsabilidad de la persona jurídica. De este modo, pretende subrayar que el hecho delictivo del subordinado ha de poder ser imputado a la omisión del debido control del superior del que se trate para que se produzca la situación típica de responsabilidad de la persona jurídica"; y sigue para decir: "El texto parte, pues, de que la omisión del control puede haberse producido en niveles jerárquicos diversos" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español". En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013, pp. 258-259).

¹⁶²⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 582; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010"..., p. 3; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español"..., p. 257.

de la justicia, siendo irrelevante el juicio de culpabilidad de la persona física que materialmente realizó la conducta o que haya omitido el debido control.

La Ley nada dice en cuanto a la necesidad de que el representante posea vínculos laborales con la persona jurídica; luego se admite de forma amplia tanto a las personas unidas a ella por relaciones laborales como a quienes actúen en nombre y provecho de la persona física con vinculación estrictamente contractual o, aunque esta no exista, cuando la persona actúa en favor o beneficio de aquella.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es acumulativa¹⁶²⁷ de forma directa, siendo posible la responsabilidad criminal de las personas físicas que actúen en nombre de las personas jurídicas, como también puede serlo igualmente de forma reversa en concurso de agentes. Finalmente, también se puede reprobado la conducta de la persona jurídica independientemente de la persona física por el artículo 31 *bis.2* del Código Penal, que habla de la responsabilidad de la primera independientemente de la identificación de la segunda o de la suerte de su proceso penal. La previsión normativa va más allá, y en su artículo 31 *bis.3* el Código Penal establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica ocurrirá de forma independiente del fallecimiento de las personas físicas, o de cualquier causa que pueda haberlas sustraído a la acción de la justicia, siendo irrelevante el juicio de culpabilidad de la persona física que materialmente realizó la conducta o que haya omitido el debido control.

La Ley penal española nada dice en cuanto a la cuestión de si la sede administrativa de la persona jurídica se ubica o no en el territorio español. Podemos entender, así pues, que, aunque esté desempeñando actividades en España de carácter temporal o incluso no realice tal suerte de actividades, si alguno de los delitos se produce en España, será posible, al menos en teoría, la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme a la teoría de la ubicuidad, independientemente de cualquier suerte de conexión organizativa

¹⁶²⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General...*, p. 582; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010"..., p. 3; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español"..., p. 257.

según las leyes mercantiles españolas¹⁶²⁸. Respecto a este último aspecto, tampoco dice nada la Ley en cuanto a la adquisición de la personalidad jurídica, por lo que entendemos que podrá darse según la ley española o la del país extranjero, bastando en esencia que tenga personalidad jurídica distinta de las personas físicas de los socios y/o propietarios, e importando poco la modalidad societaria o forma de su constitución, siempre que se formalice formalizada junto al órgano estatal competente.

El Derecho penal de las personas jurídicas no es ilimitado, puesto que solamente incidirá en los delitos previstos en el Código Penal que gocen de expresa previsión de admisibilidad. Por tanto, se trata de una gama taxativa, cerrada, que no admite ampliación para inclusión de ningún otro, pero que contempla el delito de blanqueo de capitales en su artículo 302, CPe.

También hay restricción en cuanto a algunas personas jurídicas que no pueden ser responsabilizadas, porque el artículo 31 *bis*.5 del CPe excluye de la gama de posibles sujetos activos al Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, los partidos políticos y sindicatos, organizaciones internacionales de derecho público, y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. La exclusión de algunas personas de la gama (por ejemplo, partidos políticos), no nos parece válida, puesto que según la CE, en su artículo 6.º, aunque son manifestación del pluralismo político, tienen limitaciones constitucionales al ejercicio de su función, como la ley y la Constitución. La razón es la posibilidad, en teoría, de recibir financiación privada para campañas electorales, además de recursos públicos, como apuntan los artículo 4.º y siguientes de la Ley Orgánica 8/2007. Así pues, la actitud ilegal del partido que pudiera ser moldeada como delito podría ser constitucionalmente punida sin ningún problema; no se comprende, por tanto, que tal censura implicara un cercenamiento del escenario democrático.

¹⁶²⁸ En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010"..., p. 245.

La disposición penal arriba descrita no revela una exención total de responsabilidad penal de las personas jurídicas, contemplando el artículo 31 *bis.5* del Código Penal el levantamiento de esa causa de exención de responsabilidad cuando se establezca que su constitución fue fraudulenta por sus fundadores, administradores o representantes para eludir la incidencia del Derecho penal. El artículo 130.2 del Código Penal refuerza esa regla al prever que habrá transferencia de la responsabilidad penal de una persona jurídica en función de movimientos societarios típicos de su alteración, como transformación, fusión, absorción o disidencia de una persona jurídica. La sanción a la persona jurídica será trasladada a la nueva persona jurídica que sea fundida o absorbida a partir de aquella que fue condenada. Las entidades que resulten de esos movimientos societarios de disidencia sufrirán la responsabilidad penal, pudiendo el juzgador modular los efectos de tal acto para limitar esa migración de la pena en función de la proporción que guarde con ella la persona jurídica originariamente responsable del delito.

En la perspectiva del delito de blanqueo de capitales la cuestión se resolvería con las cuestiones referentes a la contaminación o descontaminación del capital ya expuestas en este trabajo; pero la previsión de tal dispositivo genera la repercusión de ideas típicas del Derecho civil como la fraude. Esta hipótesis debería resolverse como blanqueo de capitales en cadena u otro delito autónomo, pero no dentro del mismo *iter criminis*. La responsabilización penal de tercera persona jurídica dependerá de prueba de dolo, o sea, de conocimiento que el capital inyectado en la primera persona jurídica provino de la práctica de delitos.

La disolución encubierta de la persona jurídica o aparente se dará cuando haya la continuidad de las actividades económicas, o sea, el giro económico de la persona jurídica y su papel en la cadena productiva es mantenido con la identidad sustancial de clientes, proveedores, empleados o de su parte más relevante.

3.3.1. Compliance, delegación de competencias y whistleblowers en la Ley Orgánica 10/2010

El Derecho empresarial exige de los empresarios el debido ajuste de sus actividades empresariales a los parámetros mínimos de legalidad para la libre y correcta exploración del orden económico. No obstante, y además de eso, es necesaria una justa reglamentación de la empresa para otras finalidades relativas a la tributación, los encargos laborales, las pensiones y el cumplimiento de contratos.

Por tanto, surgió un conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la persona humana, a través de la exploración libre de la economía y su correspondiente interconexión con el derecho a la libertad y a la vida privada, y los límites de la intervención estatal en tales hipótesis. La libertad económica consagrada en la Constitución Española no puede dar motivo a una ilimitada explotación de las actividades mercantiles para que sean instrumentos en favor de la comisión de ilícitos, notablemente delitos socioeconómicos como el delito de blanqueo de capitales.

Desde la perspectiva internacional son diversos documentos los que han descrito estándares mínimos de reglas de buena gobernanza corporativa y trazan reglas inhibitorias a la utilización de determinados sectores económicos como puente para el perfeccionamiento del delito de blanqueo de capitales. Estos documentos fueron adoptados en España, en especial por la Ley Orgánica 10/2010, con la institución del *compliance* y las auditorías autónomas. De este modo, el Estado actúa fijando sus marcos de fiscalización y control en la actividad privada, demandando una forma más rígida a determinados sectores económicos, los cuales deben pasar a tener una estructuración más organizada, con el objetivo de evitar que sean instrumentos para la comisión de delitos. Así pues, se parte de la necesidad de un rígido control estatal sobre áreas de la economía más sensibles a actividades delictivas, impulsando un deber de autorregulación empresarial, por el cual cada persona física o jurídica que desee explotar una actividad económica ha de elaborar y cumplir una serie de medidas de prevención de delitos, como requisito para incorporarse al mercado y también

como forma de responsabilidad social para el buen funcionamiento de la economía¹⁶²⁹.

La autorregulación empresarial es un signo de la sociedad de riesgo, e implica la transferencia primaria de la función de control de esos nuevos riesgos a los particulares, en concreto personas jurídicas, manteniendo el Estado en sus manos, por su propia insuficiencia, el control secundario de la gestión particular¹⁶³⁰. El mecanismo de tutela eminentemente preventiva acarrea que el Estado fomente y demande de todos los que deseen explotar determinadas actividades económicas el que atiendan a determinadas medidas mínimamente estandarizadas que actúan como instrumentos de contención de la macrocriminalidad económico-empresarial.

Por otro lado, las reglas de buena gobernanza gubernamental no eluden el establecimiento de otras normas establecidas por asociaciones de clase o por grupos de categorías económicas, como tampoco impide que cada una de las personas jurídicas cree su propio código de buena conducta empresarial¹⁶³¹, lo cual es obligatorio obligatorio cuando se trata de evitar diversos delitos¹⁶³². La razón de esa obligación es que, dada la profunda y continua renovación de las

¹⁶²⁹ En detalle: NIETO MARTIN, Adán; FOFFANI, Luigi. *Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo...*, pp. 110-112 y 140-141.

¹⁶³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?". En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo: BdeF, 2013, p. 53.

¹⁶³¹ SIEBER, Ulrich. *Programas de "Compliance" en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, p. 9 (Disponible en internet en: http://www.defensessociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf. Fecha de acceso: 03/04/2014).

¹⁶³² Furtado destaca lo siguiente: "Es cierto que el programa o sistema de *compliance* no es obligatorio. La cuestión, en España, guarda relación con el «Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas» o CUBG (Código Unificado de Bom Governo), regido por el principio «cumplir o explicar». Aunque no es obligatorio, la Ley de Valores Inmobiliarios (art. 99.e. *bis* c.c. art. 102) establece un deber jurídico calificado como una infracción muy grave que la empresa: «*presente deficiencias de organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o del grupo consolidado o conglomerado financiero*». La función de vigilancia, de esta manera, adquiere una relevancia jurídico-penal para evitar fraudes financieras, blanqueo de dinero, corrupción, etc." (FONSECA FORTES FURTADO, Regina Helena. "A importância do *compliance* no novo direito penal espanhol". *Boletim IBCCrim*, n.º 235 [jun. 2012], p. 1. [Disponible en internet: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4632-A-importancia-do-compliance-no-novo-direito-penal-Espa%C3%B1ol. Fecha de acceso: 03/04/2014]). Con respecto a la autora, el *compliance* es obligatorio en las actividades económico-profesionales que puedan tener riesgo de delito de blanqueo de capitales ante el transparente contenido del artículo 26 de la Ley Orgánica 10/2010.

conductas propias de autores de delitos socioeconómicos o empresariales, nadie mejor que las propias empresas o personas jurídicas que actúen en ese sector para establecer normas autónomas para control interno de su funcionamiento.

Así pues, y a pesar de que la inserción de tales normas se deba al fenómeno de la americanización del Derecho penal, según la describe Nieto Martín¹⁶³³, sus frutos son interesantes, hasta el punto de que las reglas de administración y contabilidad relativas a *compliance* pasaron a ser analizadas por el legislador en la formulación de los programas mínimos descritos en legislaciones de reglamentación, marcadas por un elevado grado de complejidad y especificidad científica¹⁶³⁴. La dogmática penal aclara que la función de los deberes de *compliance* es la de establecer el incumplimiento del deber jurídico de evitar el resultado¹⁶³⁵, o sea, la fijación de la posición de garante en los delitos omisivos impropios del artículo 11 del Código Penal, además de definir el juicio de culpabilidad dentro de la teoría del defecto de organización empresarial¹⁶³⁶ o

¹⁶³³ Emerge “una nueva ética empresarial a la que ya se ha hecho referencia (*corporate governance, social responsibility, good citizen corporation*) y que tiene su reflejo en nuevas estrategias de dirección, organización y control interno mediante las que se pretende que las empresas aparezcan socialmente como ‘buenos ciudadanos’, respetuosas de la legalidad y comprometidas con diversos intereses públicos” (NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”....., p. 8).

¹⁶³⁴ *Idem*. En sentido similar: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”. En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico...*, p. 53.

¹⁶³⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 835; SIEBER, Ulrich. “Programas de ‘*compliance*’ en el Derecho Penal de la Empresa...”, pp. 13-14. Para Núñez Paz, la omisión impropia demanda la valoración del comportamiento omitido, la acción prohibida y el deber jurídico de evitar el resultado, lo que exige una valoración concreta si ante la fuente de peligro tenía el agente el deber de controlar el resultado. El autor señala: “El juicio valorativo de equivalencia habrá de determinar si el obligado (garante) estaba en condiciones psicofísicas de realizar la acción omitida y si ésta hubiera evitado –con seguridad– la lesión del bien jurídico” [NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. “Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal español)”. *RP*, n.º 20 (2007), p. 152].

¹⁶³⁶ Nieto Martín destaca que “la culpabilidad de la empresa por defecto de organización significa que en la dirección empresarial no se han cumplidas eficazmente y de manera prolongada las obligaciones de autorregulación que impone el derecho administrativo o el derecho penal con el fin de evitar lesione para los bienes jurídicos más afectados por la actividad empresarial” (NIETO MARTÍN, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. *PC*, n.º 5, A3-5 [2008], p. 14. Disponible en internet: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf. Fecha de acceso: 02/04/2014). Añade lo siguiente Feijóo Sánchez: “...en realidad está haciendo referencia a dos cuestiones distintas: a) la auténtica culpabilidad por el delito corresponde a la dirección empresarial y b) que una falta de regulación adecuada, ‘prolongada en el tiempo’ puede dar lugar a una situación de peligrosidad organizativa que justifica que en el mismo procedimiento penal que, se substancia la responsabilidad individual se pueda intervenir, además, frente a dicha situación objetiva de peligrosidad” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa:

el incumplimiento de una cultura ético-empresarial para aquellos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En referencia a los delitos omisivos impropios a la posición de garante conforme se instaura en los términos del artículo 11.b del Código Penal, el agente tiene a su cargo “el deber de vigilar y controlar determinadas fuentes de peligro que le son próximas, como las que se encuentran en su propio ámbito de dominio social, en el ejercicio de actividades peligrosas realizadas por terceras personas y en el actuar precedente peligroso o injerencia del sujeto”¹⁶³⁷, imposición que viene por fuerza de ley.

La posibilidad de responsabilidad penal no es automática, y “no es ni puede ser una de carácter general, ni puede derivar de la mera infracción de un deber de vigilancia”¹⁶³⁸, descartándose por tanto el no atender a los deberes con consecuencias provenientes puramente del Derecho administrativo sancionador. Además, la Ley española demanda el incumplimiento de obligaciones con consecuencias penales para la comisión del blanqueo de capitales, uniendo los tipos penales del delito a los deberes de diligencia, comunicación de operaciones sospechosas y abstención de realización de operaciones de esa naturaleza, todos ellos descritos en la Ley 10/2010, además del elemento subjetivo.

El conocimiento de la situación ilícita se traduce en el conocimiento del origen ilícito del capital, aliado al silencio¹⁶³⁹ en cuanto al cumplimiento de los deberes de la normativa administrativa anti-blanqueo por uno de los sujetos obligados: por ejemplo, la comunicación de operaciones sospechosas (art. 18) o de abstención de realización de operaciones de esa naturaleza (art. 19).

¿Una cuestión de responsabilidad individual?" En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico...*, p. 112).

¹⁶³⁷ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan *et al. Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 481.

¹⁶³⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”. *RBCrim*, n.º 79 (2009), p. 53.

¹⁶³⁹ Dice Agustina: “En cuanto a la posible obligación de revelar los delitos irregularidades internas, el conocimiento y la inacción por parte del trabajador respecto de la comisión de un *delito invisible* puede ser considerado una participación omisiva penalmente punible o un deber de solidaridad cualificado” (AGUSTINA, JOSÉ R. “Fenomenología del *employee crime*: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”. *PC*, vol. 5, n.º 10, Art. 3 [dic. 2010], p. 386. [Disponible en internet: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A3.pdf. Fecha de acceso: 02/04/2014]). Anotamos una reserva respecto a la posición del autor, pues solo si existe el deber de comunicar tal conducta se puede hablar de una conducta con relevancia típica.

Las interesantes cuestiones sobre ese tema, muy habituales sin embargo en los delitos de blanqueo de capitales, se refieren a quién sería el titular del cumplimiento de este deber y, en el caso de delegación de funciones internas, cómo quedaría la responsabilidad del delegado y de aquel que delega, además de la responsabilidad de administradores y directivos. La posición de garante original pertenece a la empresa o a la persona física que actúe sobre la actividad económica o profesional descrita en el artículo 2.º de la Ley Orgánica 10/2010, no limitándose al empresario¹⁶⁴⁰, porque la referida norma contempla profesionales liberales [art. 2.º, apdos. l), m), n), ñ), o)] y otros no necesariamente revestidos de la fórmula de sociedad o empresa. En la hipótesis de sociedades, incidirá sobre el órgano de dirección, consejo de administración, directores generales y asimilados, además de aquellos que ejerzan cargos de administración o dirección en la empresa¹⁶⁴¹. En suma, en tales hipótesis, y de acuerdo con Tiedemann, “acertadamente se admite un deber de garante allí donde se trate de relaciones de autoridad y jerarquías”¹⁶⁴².

La autorreglamentación de las empresas a través de las reglas generales de *compliance* o de su reglamentación dentro de los manuales o códigos internos de buena gobernanza corporativa fijará la vinculación al cumplimiento de las reglas y revelará a quien, aun sin haber cometido el hecho delictivo, pueda imputársele el delito por violación de sus atribuciones y falta de acompañamiento o seguimiento eficaz de las actividades de control¹⁶⁴³, dando como resultado la

¹⁶⁴⁰ Vinculándola al empresario: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 835.

¹⁶⁴¹ *Ídem*, p. 835; GÓMEZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 90.

¹⁶⁴² TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...*, p. 143.

¹⁶⁴³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?" En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico...*, pp. 112 y 116. En el mismo sentido, Nieto Martín destaca, con mucha propiedad, que “la importancia de la autorregulación para el derecho penal es notoria a mi juicio en el marco de la imprudencia. La metodología esencial en la elaboración de un sistema de auto-organización es el denominado *risk assesment*, método a través del cual la empresa debe evaluar los sectores de su actividad que son más proclives a generar riesgos no permitidos para la lesión de determinados bienes jurídicos o de infracciones normativas (blanqueo de capitales). A partir de esta valoración de riesgo las empresas deben crear, precisamente, las normas de conducta y los sistemas internos de control con el fin de evitar la aparición de este tipo de riesgos, o al menos reducirlos de forma razonable. La normativa administrativa suele obligar además a una evaluación constante de los sistemas preventivos con el fin de detectar posibles deficiencias o nuevos riesgos. Creo que resulta evidente que la auto-organización resulta una caudalosa fuente de normas de cuidado, en cuanto que concreta de forma razonable los niveles de diligencia dentro de la empresa” (NIETO MARTÍN, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación...”, pp. 10-11).

práctica delictiva. Debemos anotar, no obstante, que no se trata de la simple transgresión de ese papel que genera el delito, sino que debe haberse llevado a cabo toda la construcción inherente al delito omisivo impropio.

Las sociedades empresariales poseen una compleja estructura que naturalmente contempla la delegación de las funciones de cumplimiento de los deberes a través de una cadena para otros órganos y personas, lo que genera un complejo organigrama de competencias dentro de varios niveles de jerarquía. En ese orden de transmisión de información y de funciones, debe haberse llevado obligatoriamente a cabo por parte del agente titular de la competencia¹⁶⁴⁴ una adecuada orientación e información del agente delegado, que deberá tener posibilidad de conocer en totalidad el área en la cual está recibiendo atribuciones.

Blanco Cordero señala que hay una “transferencia de responsabilidad”, de modo que quien tenía originariamente el deber por delegación promueve el traslado de la posición de garantía incidente al delegado, pudiendo aún ocurrir una delegación parcial de deberes en cadena. En esa situación, el empleado recibe la posición de garante “originada en haber asumido una tarea concreta de control necesaria para el ejercicio cuidadoso de la actividad financiera”, ampliando la asunción de las funciones de control del riesgo¹⁶⁴⁵. Continúa afirmando el autor que en ese caso hay una fragmentación del deber de evitar el resultado, limitado solo a su esfera de competencia, que puede tener relevancia penal de acuerdo con las circunstancias concretas, y por el que no se anula la posición de garantía originariamente ocupada por quien delegó el deber, porque el sujeto obligado retiene una responsabilidad residual, lo que permite la responsabilidad penal cumulativa entre delegado y delegante¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴⁴ Silva Sánchez habla de un deber de selección que abarca un deber de obtención de información sobre los agentes delegados y un deber de examinar a los diversos candidatos concurrentes, cuya realización debe traducirse en reglas democráticas y transparentes (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *Compliance* Empresarial”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013, p. 163).

¹⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 157-158; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 836.

¹⁶⁴⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 836-837. Demetrio Crespo apunta que “...del principio de responsabilidad por el hecho propio, de la conformidad o disconformidad al derecho de las acciones precedentes peligrosas, de la relación entre deber de garante y deber de cuidado en función de la naturaleza del riesgo, o de la delegación de

Para algunos, esta idea se argumenta porque el dirigente debe primar para que no haya lagunas de información o comunicación, evitando problemas en la gestión de esa delegación en cascada, reparto del trabajo, descentralización empresarial o reparto de funciones¹⁶⁴⁷, lo cual promovería un peligro de desorganización. El mantenimiento de las reglas de *corporate government* para las empresas y sus órganos directivos implica que la delegación nazca no solamente como instrumento de colaboración con el Estado para garantizar la eficacia del Derecho¹⁶⁴⁸, lo cual no se transforma en fundamento de su culpabilidad, sino en elemento de verificación de la tipicidad.

En otro sentido se pronuncia Demetrio Crespo para quien en esas situaciones la “delegación lícita de competencias produce una traslación del correspondiente deber de garantía, y con esto, la liberación de responsabilidad penal, salvo que con la trasmisión de la competencia surjan nuevos deberes jurídico-penales bajo la perspectiva de una posible *culpa in eligendo, instruendo et custodiendo*”¹⁶⁴⁹. No se adoptan instrumentos de culpa típicos del Derecho civil, pero sí deben regirse tales situaciones por criterios de Derecho penal situados entre el dolo eventual y la culpa consciente¹⁶⁵⁰, de acuerdo con el grado

competencias...” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”..., p. 54).

¹⁶⁴⁷ Feijóo Sánchez señala aún una interesante nueva perspectiva al destacar que “...en el ámbito de las grandes organizaciones empresariales es que los deberes de vértice jerárquico superior (directivos y administradores) se vean transformados y se generan nuevos deberes: los superiores tienen el deber de que la empresa esté organizada cuidadosamente para que no haya lagunas de información o de comunicación” (“Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?” En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*..., p. 117).

¹⁶⁴⁸ Nieto Martín señala que las empresas multinacionales y las grandes corporaciones no se volverán agentes estatales cuando den un compromiso serio en la prevención y sanción de comportamientos desviados que puedan realizar las personas bajo su criterio, evitándose que las normas de Derecho Penal Económico no se vuelvan papel mojado (NIETO MARTÍN, Adán. *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*..., pp. 120-136).

¹⁶⁴⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”..., p. 66.

¹⁶⁵⁰ Amparado en criterios diversos, en especial en la cultura empresarial de cumplimiento del Derecho, señala Feijóo Sánchez que “una inadecuada gestión de los riesgos propios de la empresa puede dar lugar a responsabilidad penal”, cuando “no se establecen sistemas para un mejor conocimiento e identificación de los riesgos empresariales, no se lleva a cabo una política de inversiones o investigación y desarrollo adecuada, no se adoptan medidas de control, no se adecuan suficientemente las estructuras empresariales a los riesgos que se crean, no se planifica o invierte en situaciones de crisis o en prevención de situaciones excepcionalmente peligrosas, se descuida de implementar programas de prevención y situaciones de emergencia, etc.” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?” En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, p. 118-119)

de información prestado, si ha sido hecha de forma adecuada conforme a la incidencia del artículo 11.b) del Código Penal, algo que facilita para el delito de blanqueo de capitales la Ley Orgánica 10/2010, al establecer un estándar mínimo de deberes y obligaciones.

Así pues, la cuestión de la delegación de competencias en la estructura empresarial podría perfectamente resolverse en una cuestión de autoría, porque ambos comparten el deber jurídico y deberían actuar en conjunto para evitar el resultado, pero nada impide que haya la delegación de parte de la función, reteniendo el dirigente o consejo de administración la mayor fracción de él, por lo que agente delegado será partícipe, y quien delega, autor. Sostiene la doctrina que, si hay omisión de la supervisión del agente que delega la competencia al agente delegado, este será autor y aquel partícipe¹⁶⁵¹. Demetrio Crespo señala que el empresario sería considerado partícipe, y el tercero autorresponsable que actúa en nombre de aquel autor; pero nada podría objetarse a que aquel sea considerado autor, dependiendo “de la importancia de su contribución al hecho en orden a la evitación del resultado”¹⁶⁵². Entendemos que en esta situación se daría una autoría mediata en comisión por omisión¹⁶⁵³, no ocurriendo coautoría, porque la decisión del incumplimiento de la posición de garante no fue orquestada entre ambos. Se opera la autoría porque no se puede fraccionar el incumplimiento de un deber jurídico incidente en ambos, ni decir que el deber del

¹⁶⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 837. Silva Sánchez apunta que, “si el vigilante ha retenido la competencia jurídica de control directo del riesgo que ha de conducir al resultado, entonces su omisión de vigilancia, y –en su caso– de corrección directa o mediata (mediante órdenes) de la situación de riesgo detectada (evitando así de modo directo o mediato el resultado) puede dar lugar a una autoría en comisión u omisión. Si, por el contrario, el vigilante no ha retenido la referida competencia jurídica, entonces lo más razonable sería caracterizar su infracción como participación por omisión” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *Compliance* Empresarial” En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 178).

¹⁶⁵² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”..., p. 67.

¹⁶⁵³ La autoría en los delitos de infracción de deber “no depende sólo de que la actuación del autor suponga el dominio sobre su realización, sino de la infracción consciente del deber que institucionalmente le corresponde para asegurar la tutela del bien, con independencia de su contribución o de la posición que ocupe en la realización material del hecho. Por tanto, entre los delitos de infracción de deber cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien”; y sigue diciendo que “del mismo modo podría aceptarse la autoría mediata cuando alguien utiliza a otro para cometer un delito que el ‘hombre de atrás’ debe evitar” (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan *et al. Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, pp. 408 y 489). En los delitos socioeconómicos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: Parte general...*, p. 510.

consejo de administración omiso sería menos importante que el infringido por el agente delegado, siendo decisiva la conducta de ambos para el perfeccionamiento del resultado.

Los agentes que comunican esas prácticas de acuerdo con la Ley anti-blanqueo y que no son empleados, sino terceros en las relaciones empresariales de la persona jurídica, pero que actúan como auditores externos (art. 28.1 LO 10/2010), los llamados *whistleblowers* externos, podrán tener su responsabilidad penal reconocida en la hipótesis de no comunicación de las conductas de blanqueo de capitales que tengan conocimiento en su actividad.

Conviene aclarar los aspectos relativos a los medios por los cuales el *whistleblower* interno o externo deberá ‘tocar el silbato’ cuando tenga conocimiento de alguna infracción penal, esto es, dilucidar los límites de esa comunicación y a quién debe ser dirigida a los fines de exención de responsabilidad penal. En primer lugar, los empleados de la empresa podrán dirigir sus denuncias a los órganos de administración de la empresa, sectores responsables de atender a las normas de *compliance* cuya implementación sirve como atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al artículo 31 *bis* 4.d) del Código Penal. Cuantas más formas de información o mecanismos de acceso a los datos, mayor eficacia y posibilidad de reducción de la pena, además del efecto de desestimular la práctica de delitos¹⁶⁵⁴. El ideal sería garantizar incluso el acceso a ese órgano de forma amplia y a terceros sin ninguna clase de vinculación a la empresa, siempre que haya noticia de riesgo de actuación delictiva¹⁶⁵⁵.

En este sentido, se admite la denuncia anónima, garantizándose la confidencialidad de su identificación y evitando posibles riesgos de represalias, aunque se descubra posteriormente quién es el delator y siempre que haya un grado de verosimilitud en sus declaraciones. Alerta la doctrina de que la inercia de la empresa o de los administradores cuando recibe una denuncia podrá ser

¹⁶⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”..., pp. 33-34 y 37.

¹⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

“indicio evidente de una falta de ejercicio del debido control sobre los empleados”¹⁶⁵⁶, generador a su vez de responsabilidad penal.

La legislación anti-blanqueo prescribe en el artículo 26.2 que la comunicación de esas operaciones deberá darse al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, aunque nada impide que esa comunicación ocurra en los debidos órganos de reglamentación y fiscalización de los sectores económicos o profesionales previstos en la Ley Orgánica 10/2010, pudiendo ser hecho por cualquier forma. Por otro lado, no se puede descuidar la posibilidad de realizar la comunicación a los órganos policiales con competencia para la investigación del delito y al Ministerio Público, aunque, para garantizar la máxima eficacia y el descubrimiento de delitos, al denunciante “la denuncia no le eximirá de su responsabilidad en el caso de que haya intervenido en el delito denunciado, pero poniendo en su conocimiento que la Ley prevé atenuaciones importantes para quien contribuya activamente”¹⁶⁵⁷ al descubrimiento de delitos.

4. EL DELITO DE PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR: ALGUNAS CONSIDERACIONES PUNTUALES

El artículo 304 del Código Penal tipifica tres conductas que representan actos preparatorios al delito de blanqueo de capitales: provocación, conspiración y proposición para delinquir.

La regla dispuesta en el tipo penal representa una excepción a la tipificación de la efectiva lesión al bien jurídico, pues el legislador, en situaciones excepcionales, promueve la anticipación de la etapa de criminalización de la conducta para reprobar comportamientos que equivaldrían a actos preparatorios a la consumación del delito, cuya permisibilidad se ubica en los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal. La necesidad de promover un decidido afrontamiento al delito de blanqueo de capitales condujo a un movimiento mundial y europeo de expansión de la Ley penal, para alcanzar una gama más vasta de actividades delictivas previas. También aumentó la consideración de conductas típicas,

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

abarcando incluso comportamientos en la fase embrionaria, como el delito en vértice¹⁶⁵⁸, a salvo siempre la reserva de su necesaria verificación de compatibilidad con el ordenamiento jurídico del país signatario.

La Ley penal española contempló el delito en su artículo 304 del Código Penal, criminalizando el tipo penal las conductas de provocar, conspirar o incitar para cometer los delitos de blanqueo de capitales de los artículos 301 a 303 del mismo texto legal. Su análisis pasa en principio por repetir los sujetos del delito adoptados en los tipos anteriormente analizados. La alteración fáctica comienza con el tipo objetivo, en el que se contempla la conducta de provocar, que es el acto de “incitar públicamente a alguien para que cometa una acción delictiva”¹⁶⁵⁹; conspirar es entendido como “unirse contra un particular para hacerle daño”¹⁶⁶⁰; y la proposición es la “invitación que hace a otras personas quien ha resuelto cometer una acción delictiva, para que participen en ella”¹⁶⁶¹.

La provocación, por tanto, es vista como incitación, que puede darse por cualquier medio idóneo para la transmisión del pensamiento, o sea, medios electrónicos, revistas, periódicos, televisión que promuevan la difusión en masa o de forma restringida a una persona singularizada. En esa conducta, se apunta que “quien provoca, a diferencia de quien propone, no quiere cometer el delito por sí mismo. No cabe admitir que se haya dado principio de ejecución, porque en ese caso se produciría la inducción”¹⁶⁶².

La acción de conspiración es obligatoriamente un delito de concurso necesario, puesto que insta a dos personas o más a que se reúnan para la

¹⁶⁵⁸ La mayoría de los documentos internacionales de lucha contra el delito de blanqueo de capitales contempla la posibilidad de creación de ese delito, como la Convención de las Naciones Unidas de Viena contra el tráfico de estupefacientes de 1988 (art. 3.1.c.IV), Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de Nueva York de 2000 (art. 6.1.b.II), Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 firmada en Mérida (art. 23.1.b). En el ámbito europeo, la Convención de Estrasburgo de 1990 (art. 6.d) y Varsovia de 2005 (art. 9.1.d).

¹⁶⁵⁹ El concepto es del *Diccionario de la RAE*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=provocación>. Fecha de acceso: 26/04/2014.)

¹⁶⁶⁰ Al buscar en el *Diccionario de la RAE* encontramos el concepto arriba apuntado. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=conspirar>. Fecha de acceso: 26/04/2014.)

¹⁶⁶¹ La explicación se obtiene en el *Diccionario de la RAE*. (Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/?val=proposición>. Fecha de acceso: 26/04/2014); BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 789.

¹⁶⁶² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 789.

ejecución del delito de blanqueo de capitales y deliberen ejecutarlo¹⁶⁶³, ocasionando su posterior comisión la absorción de este delito por los tipos penales de los artículos 301.1 y 2, y 302 del Código Penal; y la renuncia voluntaria de la práctica del blanqueo de capitales puede, en teoría, generar el delito del artículo 304 del Código Penal. En ese ínterin, la doctrina presenta una cuestión referente a si la conspiración genera una coautoría anticipada, cuando cometen los agentes en coautoría el delito de blanqueo de capitales, o si esa coautoría es dispensada, dependiendo, como correctamente vislumbra la doctrina, de la resolución conjunta con el conspirador, de modo que “es suficiente que los conspiradores influyan decisivamente en la adopción de la decisión de ejecutar el delito, aunque sea por otros”¹⁶⁶⁴, pues la ley no delimita la forma de concurso de agentes necesaria.

La última conducta descrita en la legislación penal es la de proposición, en la cual hay una invitación de una persona que decidió lavar capitales a otra u otras para ejecutarlo. El delito aquí dispensa la eficacia en el ánimo del agente de cometer la conducta, bastando la sugerencia para delinquir, independientemente de la efectiva realización del tipo penal de blanqueo¹⁶⁶⁵. El tipo penal contempla un alcance amplio que atañe a los artículos 301 a 303 del Código Penal, pero la previsión se antoja demasiado genérica, puesto que dentro de dichos artículos encontramos el tipo penal imprudente (art. 301.3 CPe), y agravantes en el delito de blanqueo de activos (arts. 302 y 303 CPe)¹⁶⁶⁶. Cabe recordar también que es precepto especial con relación a otros delitos que contemplen tales conductas, como los artículos 141, 151, 168, 177.8, 269, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579, 585, 615 del Código Penal.

Se trata de un delito que, por razones evidentes, no es compatible con el blanqueo de capitales imprudente, ni admite la tentativa por representar, aunque de modo inadecuado, un exceso en la anticipación del estado de lesión al bien

¹⁶⁶³ *Ibidem*, p. 788.

¹⁶⁶⁴ *Ídem*. En igual sentido: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 340.

¹⁶⁶⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 789.

¹⁶⁶⁶ Cfr. a favor de la restricción del alcance del tipo penal: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 787; PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 675; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 338-339.

jurídico, no existiendo necesidad de su tipificación. En caso de que el agente provoque la comisión de un delito antecedente del blanqueo de capitales y en la misma conducta asimismo provoque ya el aprovechamiento económico de ese delito y la adquisición de bienes con el fin de disimular su origen, estará cometiendo un concurso ideal de infracciones de acuerdo con el artículo 77.1 del Código Penal.

SECCIÓN 4.ª LA PENA Y LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES

Tras haber abordado cuestiones referentes a la supranacionalidad de esa especie de criminalidad y el análisis dogmático de los tipos penales, llegamos forzosamente a la explicación de aspectos referentes a la pena y a la punibilidad, como elementos finales de los aspectos penales en España del delito objeto de esta tesis. Para atender a ese propósito, haremos algunos apuntes sobre la proporcionalidad y la pena, la multa penal, las sanciones aplicables a las personas jurídicas, la inhabilitación, la responsabilidad civil, las consecuencias accesorias y la pérdida de los bienes blanqueados.

1. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LA CUESTIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

El delito de blanqueo de capitales en los tipos penales del artículo 301.1 y 2 del Código Penal es de prisión por periodo de seis meses a seis años y multa que puede llegar al máximo de tres veces el valor de los bienes que serían o efectivamente fueron blanqueados. El delito imprudente contempla la pena de seis meses a dos años y multa de hasta tres veces el valor de los bienes blanqueados, cuestión que ya analizamos superficialmente cuando tratamos del delito de blanqueo de capitales imprudente como contrapuesto a algunos delitos antecedentes (*vid.* apartado 3.8 del Capítulo IX precedente).

El tipo penal de consumación anticipada del artículo 304 del Código Penal revela un delito que contempla una pena inferior a la del delito del artículo 301.1

y 2, así como, para quienes lo admiten, del artículo 301.3. De entrada, surge la consideración de que el legislador penal adoptó una sistemática muy común a los delitos socioeconómicos y, en general, a los delitos en que hay beneficio o valoración económica¹⁶⁶⁷, cuando aplicó la pena privativa de libertad y la multa penal, lo que refuerza que una de las finalidades del delito es promover el repatriación de los bienes y la compensación de los daños causados al tráfico lícito de bienes en la economía. La medida atañe de lleno a la motivación de la criminalización del blanqueo de capitales, que busca evitar la contaminación de la economía lícita por el aporte de capital ilícito, además de propiciar la recuperación de los bienes ilícitamente insertados en la economía. La comparación de la pena del delito de reciclaje de capitales con los delitos antecedentes se hace invariablemente como mecanismo de evaluación de la gravedad o no de la pena aplicable a ese delito, siendo especialmente adoptado para criticar la tipificación de algunas conductas, según ya se ha señalado en el delito ahora estudiado, en su forma imprudente.

Por otro lado, la divergencia de penas anotada cuando nos enfrentamos con el delito antecedente, siendo penado de forma más severa al contraponerse al delito de blanqueo de capitales, no revela ninguna clase de incoherencia o incompatibilidad, ni puede hablarse tampoco de violación del principio de la proporcionalidad. La razón de ese correcto posicionamiento es que invariablemente existen diferentes bienes jurídico-penales tutelados, en el caso del delito de blanqueo de capitales abarcando el orden socioeconómico en la vertiente del tráfico lícito de bienes en la economía y la administración de la justicia. La pluriofensividad del delito, unida a las peculiaridades de la conducta de blanqueo, propicia el alejamiento de un eventual *bis in idem*, puesto que existen dos realidades propias que merecen de forma separada la reprobación jurídico-penal¹⁶⁶⁸.

Digno de consideración es el hecho de que, a los ojos del legislador penal, poco importa la cantidad de bienes reciclados, pues tampoco se toma en consideración si se blanquean pequeñas o grandes cuantías, puesto que la pena

¹⁶⁶⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 385.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 387.

privativa de libertad será la misma. Así, en la doctrina algunos defienden, *de lege ferenda*, la corrección de esa cuestión a través de la formulación de un tipo penal atenuado en función de la cantidad del capital lavado¹⁶⁶⁹. No contemplamos, sin embargo, la necesidad de creación de un tipo privilegiado o atenuado del delito de blanqueo de capitales, pues esta corrección puede venir por la conducta del juez. Como señala Del Carpio Delgado, el juez podría hacer una corrección de esa vulneración a través de la aplicación de las reglas discrecionales de aplicación de la pena descritas en el Código Penal¹⁶⁷⁰.

La violación de la proporcionalidad podría ser también cuestionada cuando haya una previsión de la pena base igual para el delito de blanqueo de activos doloso que para el imprudente, puesto que ambos contemplan que la pena privativa de libertad mínima sea de seis meses, aunque susceptibles de conversión en pena restrictiva de derechos en los límites del artículo 88 del CPe. No obstante, su alcance es limitado, dado que la norma legal sitúa el mínimo temporal en el delito en la forma imprudente. En este caso, entendemos que se lesiona el principio de la proporcionalidad, puesto que hay una equiparación en la pena mínima entre la conducta dolosa y la imprudente, cuando la pena del delito imprudente habría de ser fijada por el legislador en un parámetro mínimo inferior al de la previsión del delito doloso. De hecho, el legislador español ya ha utilizado esta práctica en otra parte del Código Penal: al tratar de los delitos contra el patrimonio histórico, en el artículo 324 presenta un tipo penal imprudente con pena de multa inferior –a saber, de tres a dieciocho meses– a la del respectivo delito doloso del artículo 323, que apunta una pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses; y aún señala un valor mínimo de cuatrocientos euros (400€) para la reprobación del delito.

Aun debiendo destacarse que este aspecto del valor mínimo del daño, que genera el principio de insignificancia, no sería apropiado para el delito de blanqueo de activos, creemos que la adopción de paradigmas menores de pena sería la medida más adecuada para un Derecho penal constitucionalmente orientado.

¹⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 389.

¹⁶⁷⁰ *Ídem*.

Al encuadrar el delito doloso y imprudente de reciclaje de capitales, el legislador previó una pena máxima inferior de, respectivamente, seis y dos años de privación de libertad¹⁶⁷¹. No se comprende, por tanto, la adopción de una postura distinta en la fijación abstracta de una pena mínima para el tipo penal imprudente igual a la del tipo doloso. Si se trata de paradigmas legislativos para analizar la incidencia del tipo penal, la pena del blanqueo imprudente es la misma que la conferida a la receptación dolosa, lo que refuerza la argumentación de que hay un exceso en la fijación de la pena¹⁶⁷² en el delito imprudente.

2. LA PENA DE MULTA

El delito de blanqueo de capitales contempla la previsión de la pena de multa, que, según hemos apuntado anteriormente, revela un sistema compatible con la respuesta penal para delitos que obtienen provechos económicos, y notablemente para este delito, cuya finalidad invariablemente es el lucro y la contaminación del flujo de capital. Así, los tipos penales contemplan la aplicación de una pena de multa acumulativamente a la pena privativa de libertad, sin que se trate de una alternativa u opción para el juzgador.

Todas las figuras delictivas los tipos penales contemplan que esa pena de multa podrá llegar hasta el triple del valor de los bienes blanqueados. En ese aspecto queda clara la transgresión del principio de la proporcionalidad, puesto que se ha equiparado con idéntico grado de lesividad la pena de multa aplicada a un delito doloso y a otro imprudente. Sin embargo, el desvalor de la acción es significativamente diferente en una y otra clase de delito, lo que justificaría el redimensionamiento de la pena en una proporción más elevada para el doloso y menos elevada para el imprudente. Es cierto que, desde una perspectiva económica, la lesividad causada por la inserción en la economía lícita de bienes ilícitos de origen delictivo, ya sea de forma dolosa o de forma imprudente, es la misma; pero en Derecho penal no se admite un análisis estrictamente económico

¹⁶⁷¹ Bajo el signo de la antigua previsión del artículo 301.1 del Código Penal y de la Ley 19/1993, algunos defienden que hay un exceso en la fijación de los marcos penales, así como que la cuestión quedaría mejor tratada por el Derecho administrativo sancionador (*Ibidem*, p. 391).

¹⁶⁷² *Ídem*.

del blanqueo de capitales, que obvia el componente humano al equiparar realidades evidentemente dispares en cuanto a su estructura.

En la doctrina hay autores que, prospectivamente, asocian al blanqueador de activos con el delincuente de cuello blanco, sosteniendo por ello que en estos casos queda vacía de contenido la aplicación de la pena privativa de libertad, dada la imposibilidad de resocializar a este tipo de agentes, ya que se encuentran socialmente vinculados a la comunidad¹⁶⁷³. Personalmente, no compartimos esta idea, pues no creemos que los procedimientos de reciclaje de activos impliquen necesariamente tal complejidad que solo puedan ser atendidos por profesionales de gran pericia y profundos conocimientos financieros. El delito de blanqueo de capitales puede darse por procedimientos más simplificados, que no dependen de ese *know how* o de esos mecanismos, así que tal exigencia no es automática, sin que por ello no seamos conscientes de que suele ocurrir.

La discusión sobre la pena privativa de libertad en delitos socioeconómicos fue desarrollada en el Capítulo VI de esta tesis, cuando tratamos de la punibilidad en Brasil. Cabe recordar aquí que nuestra postura es favorable a penas de corta duración, porque tienen mayor efecto intimidatorio¹⁶⁷⁴, o a las penas de multa únicamente, porque tienen mayor eficacia y alcance en el cumplimiento de los fines de la pena.

El delito de blanqueo de capitales contempla la previsión de una multa que, como señalamos anteriormente, revela un sistema compatible con la respuesta penal a los delitos con obtención de ganancias económicas, especialmente, en este delito, cuando el objetivo es siempre el lucro y la contaminación del flujo de capital. Así pues, los tipos penales incluyen la aplicación de la pena de multa de forma cumulativa con la de privación de libertad, sin que se trate de una alternativa u opción para el juzgador.

El Código Penal español establece en su artículo 50.1 que la pena de multa consiste en la imposición al infractor de una sanción pecuniaria que puede calcularse a partir del sistema de días-multa, apoyándose primeramente en el cálculo del valor del día de multa (art. 50.4 CPe) que estará entre dos euros (2

¹⁶⁷³ *Ibidem*, p. 390.

¹⁶⁷⁴ *Ibidem*, pp. 390-391.

€) y cuatrocientos euros (400 €), y después en el importe de cada día, cuyo total puede ser de por lo menos diez (10) días y un máximo de dos (2) años (art. 50.3 CPe).

La multa proporcional, que es un criterio subsidiario (art. 50.2 CPe) aprobado en la legislación penal, se fija en proporción al daño causado, al valor del objeto de la infracción y al beneficio derivado de ella (art. 52.1 CPe) y previsto para los delitos de reciclaje de capitales. En este sistema, los jueces y tribunales impondrán la pena dentro de los parámetros establecidos para cada delito, teniendo en cuenta en la determinación de su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del delito, sino preferentemente la situación económica del agente (art. 52.2 CPe).

El fundamento de la pena de multa “tiene un marcado carácter talional y con ella se pretende eludir los límites máximos del sistema de días-multa en aquellos delitos que tienen unos beneficios o rendimientos cuantificables, pero difíciles de recuperar por otro medio”¹⁶⁷⁵. Su adopción por el sistema penal español es objeto de críticas que se basan en el argumento de que, en caso de tratarse de un delito de elevada cuantía económica y perjuicios, la medida ideal sería una pena privativa de libertad, y no la pena de multa. El hecho de que puedan existir en algunos casos infracciones administrativas que apliquen valores mucho más altos que los delitos mismos, revela la necesidad de una redistribución de las infracciones penales y administrativas, y que los valores resultantes de la infracción sean decomisados o se decrete su comiso¹⁶⁷⁶.

Moreno-Torres Herrera destaca que, a pesar del artículo 52.2 del Código Penal, “estas reglas no son siempre compatibles con la esencia del sistema de multa proporcional, ya que no en todos los casos puede compaginarse la valoración de la gravedad del daño por el delito con la situación económica del reo”¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁵ BASOCO TERRADILLOS, Juan María; MAPPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3 ed. Civitas: Madrid, 1996, p. 171.

¹⁶⁷⁶ GRACIA MARTÍN, Luis *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Org.: Luis Gracia Martín). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004, p. 196.

¹⁶⁷⁷ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 524.

Dicho esto, y de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, en todas las figuras delictivas los tipos penales incluyen la pena de multa, que puede llegar a triplicar el valor de los activos blanqueados en todos los delitos cometidos por personas físicas, sin perjuicio del artículo 304 del Código Penal español. Al respecto queda clara la violación del principio de proporcionalidad, ya que se equipara con el mismo grado de lesividad la pena multa impuesta a un delito doloso y a otro imprudente. El desvalor de la acción es significativamente diferente en los delitos doloso y imprudente, lo que justificaría que se redimensionase la pena para fijar un grado más elevado de la pena de multa en el primero e inferior en el segundo. Un mecanismo de corrección de dicha desproporción “pasará por determinar la pena en función del daño y valorar la situación económica del culpable a la hora de fijar la extensión del daño y valorar la extensión concreta de la misma (el doble, el triple, etc.)”¹⁶⁷⁸. Así pues, algunos defienden que el incremento del ingreso ilícito sirva para determinar el patrimonio del sujeto activo, con vistas a una mejor evaluación de la situación económica del acusado¹⁶⁷⁹.

Ahora bien, el análisis desde una perspectiva estrictamente económica de la lesividad causada por la inserción de bienes ilícitos, de origen delictivo, de forma dolosa o imprudente en la economía legal, no es el mismo que desde el Derecho penal. Este no admite un análisis estrictamente económico del reciclaje de capitales que obvie el componente humano, pues supondría equiparar realidades evidentemente dispares en cuanto a su estructura.

En la doctrina, algunos asocian al blanqueador de activos con el delincuente ‘de cuello blanco’, sosteniendo que por eso se encuentra vacía de contenido la aplicación de la pena de privación de libertad en estos casos, dada la imposibilidad de resocializar a este tipo de autores del delito, que de hecho están profundamente vinculados a la sociedad¹⁶⁸⁰. Permítasenos decir que personalmente no compartimos esta idea, puesto que no creemos que los procedimientos de reciclaje de activos tengan que asociarse siempre a una noción de complejidad tal, que solo llame la atención de profesionales con alto

¹⁶⁷⁸ *Ídem*.

¹⁶⁷⁹ GRACIA MARTÍN, Luis *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 197.

¹⁶⁸⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 390.

nivel y conocimientos financieros. El delito de reciclaje de dinero se puede producir por procedimientos más simplificados, que no dependen forzosamente de ese *know how* o de tales mecanismos, y por lo tanto nos resistimos a tal conexión, a pesar de que seamos conscientes de que ocurre con frecuencia.

Por fin, el Derecho penal español, al contrario que el brasileño¹⁶⁸¹, autoriza a que, de no cumplirse voluntariamente¹⁶⁸² la pena de multa impuesta, la misma se convierta en pena privativa de libertad.

¹⁶⁸¹ La única hipótesis en el Derecho penal brasileño que incluía la posibilidad de convertir la pena de restricción de los derechos en una transacción penal voluntariamente no cumplida por el autor del delito (artículos 76 y 85 de la Ley 9.099/95) la confirmó el STF en Recurso Extraordinario con materia sujeta a repercusión general. Se pasó a admitir el ofrecimiento de la denuncia en tales casos o la adopción de procedimientos de investigación, por no existir sentencia formal y material en la homologación del acuerdo, pero por el artículo 51 del CPb se prohibía tal modificación: “ACCIÓN PENAL. Tribunales penales especiales. Transacción Penal. Art. 76 de la Ley N ° 9.099/95. Condiciones no cumplidas. Presentación de la acción penal. Posibilidad. Jurisprudencia reafirmada. Repercusión general reconocida. Recurso extraordinario. Aplicación del art. 543-B, § 3 del CPC. No atenta contra los preceptos constitucionales la presentación de una acción penal por falta de cumplimiento de las condiciones establecidas en la transacción penal.” (RE 602072 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, juzgada en 19/11/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-10 PP-02155 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 451-456 RJTJRS v. 45, n. 277, 2010, p. 33-36). Y por el STJ: “HABEAS CORPUS. DERECHO PROCESAL PENAL. DESACATO. OFERTA DE TRANSACCIÓN PENAL. ACEPTACIÓN. INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES. OCURRENCIA. OFRECIMIENTO DE LA DENUNCIA. ADECUACIÓN. ORDEN DENEGADA. 1. En el ámbito de esta Corte se había consolidado el entendimiento de que la sentencia de homologación de la transacción penal tenía eficacia de cosa juzgada formal y material, lo que la convertía en definitiva, razón por la cual no sería posible la posterior instauración o la continuación de la acción penal cuando el/la acusado/a incumplía el convenio judicialmente aprobado. 2 Sin embargo, la Corte Suprema reconoció las implicaciones generales del tema, con ocasión del análisis del RE 602.072/RS (DJe de 26/2/2010), habiendo decidido el Pleno de aquel Tribunal que es posible el ejercicio de acciones penales debido al incumplimiento de las condiciones establecidas en la transacción penal aprobada judicialmente, lo que también provocó un cambio en su entendimiento por esta Corte. Precedentes. 3 Petición denegada. (HC 217 659 / MS, Rel. Ministro Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p /Acuerdo Ministro Og Fernandes, Sala sexta, juzgado el 01/03/2012, DJe 03/09/2012). En la doctrina siguen esa postura: LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Direito Processual Penal...*, p. 961; DEMERCIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Forense: Río de Janeiro, 2010, p. 424. La magistrada Maria Thereza de Assis Moura en su voto pone a salvo su propio entendimiento sobre el asunto, formulando título ejecutivo judicial: “Es razonable el bloqueo de la acción penal en el caso de que fuese determinado el seguimiento de la acción después del incumplimiento de las condiciones establecidas en la transacción penal aprobada judicialmente, ya que, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 76 y 77 de la Ley 9.099/1995, hay sentencia acerca del acuerdo de transacción, no pudiendo ignorarse su eficacia como medida desjudicializante, y por otra parte, acogerse al tenor del artículo 77, que sólo cuando no se aplica pena distinta a la de prisión, habrá una justa causa para la terminación de la oferta.” (STJ. HC 217.659/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/Acuerdo Ministro Og Fernandes, Sala sexta, juzgado el 01/03/2012, DJe 03/09/2012).

¹⁶⁸² Explica Gracia Martín: “El impago voluntario no determina *eo ipso* la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria. En tal caso deberá recurrirse de modo necesario a la práctica de todos los procedimientos de apremio o de ejecución forzosa legalmente establecidos para intentar cobrar el importe de la multa, y solo en el caso de que fracasen tales vías de apremio podrá estimarse realizado el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la

La responsabilidad personal subsidiaria, a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias pendientes (art. 53.1 CPe), con el límite máximo de un año (art. 53.2 CPe), también se puede lograr por la prestación de servicios a la comunidad, equivaliendo cada día de pena a una jornada de trabajo. Esta sustitución no se admitirá cuando la pena privativa de libertad fuese superior a cinco (5) años (art. 53.3 CPe).

3. LAS SANCIONES PENALES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 302.2.a) y b) del Código Penal contempla la posibilidad de la responsabilidad de la persona jurídica por la práctica de un delito de reciclaje de activos, remitiendo sus presupuestos y la aplicación de algunas penas al ya analizado artículo 31 *bis* del mismo texto legal. En principio, la disposición contempla la aplicación de la pena de multa a las personas jurídicas con una finalidad general preventiva, quedando como un precepto penal especial, en detrimento de la previsión de la parte general del Código Penal, que no será aplicada en estos delitos, aunque poniendo a salvo la posibilidad de aplicación de otras sanciones en el artículo 302.2.b) del Código Penal. La multa será de dos a cinco años para la persona jurídica, si el delito de blanqueo de capitales ha sido practicado por una persona física que integre una organización orientada a la comisión de ese delito en los límites del artículo 302.1 del Código Penal; y de seis meses a dos años en los demás casos, además de existir la posibilidad de aplicación de las penas del artículo 33.7.b) a g) de este mismo código.

La dosimetría de la pena de multa se realiza aquí desde la perspectiva de la multa por cuotas, a cuyo cálculo se procede en dos momentos: primero, el establecimiento del número de cuotas diarias conforme a los límites del tipo, cuya extensión será de un mínimo de diez días hasta un máximo de cinco años (art. 50.3 CP); y, después, la fijación del valor de cada cuota, tomando en consideración la situación económica del reo conforme a su patrimonio, descontándose ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP), llegando a valores entre 30 y 5.000 euros. Como la

responsabilidad personal subsidiaria” (GRACIA MARTÍN, Luis *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 206).

pena se fija en años, se considerará que el valor de la pena es de treinta (30) a trescientos y sesenta (360) días, en los términos del artículo 50.4 del Código Penal¹⁶⁸³.

Anotamos como relevante el hecho de que, cuando se aplican penas de multa a las personas físicas y jurídicas, la Ley penal española expresamente autoriza la modulación¹⁶⁸⁴ o la compensación entre ambas (art. 31 *bis*.2), lo que se realiza con la finalidad de evitar puniciones excesivamente gravosas y desproporcionadas¹⁶⁸⁵. A nuestro entender, sin embargo, con esta medida no se consigue eludir la incidencia de la violación del principio *ne bis in idem* ni el cuestionamiento de su inconstitucionalidad¹⁶⁸⁶.

La aplicación agravada de la primera modalidad es más elevada en función de que la persona jurídica se utilice para cometer delitos de blanqueo de capitales, aunque no de carácter exclusivo, pudiendo ser clandestinamente. El mayor riesgo de que la organización afecte a la fluidez del capital en el orden socioeconómico, los efectos secundarios de ese flujo financiero y los beneficios para el fortalecimiento del delito como un todo, a raíz de la práctica del blanqueo de capitales, justifican la elevación de la pena. Por su lado, el valor de la pena de multa es menor en las hipótesis del artículo 302.2.b) del Código Penal, por no valerse de esa estructura compleja y favorecedora del delito de blanqueo de capitales, vinculándose por tanto la pena de multa aplicable a una persona jurídica a la gravedad del hecho cometido por la persona física; y en este sentido

¹⁶⁸³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 883.

¹⁶⁸⁴ Carbonell, al comentar la modulación, destaca: “Resulta al menos curiosa la previsión de «modular» las cuantías de la pena de multa que sea impuesta «como consecuencia de los mismos hechos» a persona física y jurídica. Es verdad que habrá supuestos en que se produzca una confusión patrimonial entre ambas que pueda dar lugar a una suma «desproporcionada con la gravedad de los hechos». Eso solo sucederá cuando la persona jurídica sea una mera fachada de las actividades de la física. El legislador, en el fondo, parece preso de la idea de que está castigando dos veces al mismo sujeto por los mismos hechos. Pero si efectivamente estuviésemos ante un *bis in idem*, es obvio que la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad que se habrían planteado. Por el contrario, hay que recordar que no existe unidad ni de sujeto ni de fundamento ni probablemente siquiera de hecho. Si la persona jurídica es realmente algo diferente de las físicas que la componen, de tal manera que estamos ante sujetos de derecho distintos, no se entiende la conveniencia de modulación alguna ni se aprecia quebranto ninguno de la proporcionalidad, como no lo hay en el régimen de coautoría” (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010...*, p. 18).

¹⁶⁸⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 883.

¹⁶⁸⁶ DE LA CUESTA, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26 (2013), p. 140.

el texto penal “tiene muy poco alcance, pues únicamente afecta a los actos preparatorios y al blanqueo imprudente, e incluso la multa de hasta dos años puede acabar favoreciendo a las personas jurídicas frente a la tradicional sanción pecuniaria proporcional del blanqueo”¹⁶⁸⁷. Por fin, la Ley confiere al juzgador la potestad de aplicar las sanciones del artículo 33.7.b) a g) del Código Penal, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 66 *bis* del Código Penal. Las penas son de carácter facultativo, lo que destaca su carácter especial preventivo, “pues persigue esencialmente controlar o inocuizar temporal o definitivamente a la persona jurídica que ha evidenciado una especial peligrosidad”¹⁶⁸⁸.

La adopción de esas penas como refuerzo de la pena de multa revela que la peligrosidad de la persona jurídica radica en la posibilidad de que el defecto de organización conste o permanezca, hasta el punto de ser admisible la idea de que en el futuro puedan cometerse delitos similares, por lo que la proporcionalidad se refiere en este caso a las consecuencias para terceras personas con conexión al grado de peligrosidad empresarial¹⁶⁸⁹.

La disolución es la primera de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, siendo requisitos para su aplicación la multirreincidencia o que la persona jurídica sea utilizada como instrumento para la práctica de delitos, lo que se infiere de la preponderancia de las actividades ilícitas sobre las actividades lícitas desempeñadas por la persona jurídica (art. 66 *bis* CP). Nos enfrentamos en ese caso a empresas ‘de fachada’, que se valen de la estructura empresarial para la comisión de delitos de blanqueo o que hayan sido secuencialmente procesadas por esos delitos¹⁶⁹⁰.

Se trata en realidad de la “*pena capital (o pena de ‘muerte civil’)*” de la persona jurídica y, justamente por ello, debe reservarse para los casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los

¹⁶⁸⁷ ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio...*, p. 32.

¹⁶⁸⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 884. En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 278.

¹⁶⁸⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 884-885.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, pp. 885-886.

caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados)”¹⁶⁹¹. El fundamento de esa postura es que, si no se admite la pena de muerte para las personas físicas, no hay razón para admitir ese tipo de sanción para las personas jurídicas, a salvo la opinión de quienes parten de la premisa de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas reclama la construcción de una nueva y específica teoría jurídica del delito. Al respecto, tengamos en cuenta que la aplicación de la pena de muerte está vedada para las personas físicas en España, de conformidad con la Constitución en su artículo 15, y se reservó para delitos militares en tiempos de guerra declarada; pero, con posterioridad, incluso en esas circunstancias ha sido abolida por la Ley Orgánica 11/1995, que la ha convertido en pena máxima de hasta treinta años de prisión.

La siguiente pena susceptible de ser aplicada es la suspensión de las actividades de la persona jurídica por un plazo máximo de hasta cinco años. El precepto legal es abierto y comprende que la “suspensión puede ser total (prohibición de intervenir en el tráfico económico) o bien afectar exclusivamente a algún sector de la actividad (en cuyo caso vendría a coincidir con la prohibición de actividades)”¹⁶⁹²; no obstante, algunos autores entienden que, por tratarse de una medida grave, y por tanto excepcionalmente aplicable¹⁶⁹³, debe incidir sobre todas las actividades de la persona jurídica¹⁶⁹⁴. En virtud de la vaguedad del precepto, y buscando una interpretación menos gravosa, creemos que lo más adecuado sería entender como posible la suspensión parcial solo de los sectores empleados para fines delictivos, porque la suspensión total podría equivaler la pena de disolución¹⁶⁹⁵, aunque temporalmente limitada. En el mismo sentido, el cierre de sus locales y establecimientos por el lapso máximo de cinco años debe entenderse limitado a aquellos que hayan sido utilizados para la comisión de actividades delictivas, siendo válida la misma regla ya apuntada en cuanto a la pena anterior. Y en cuanto a la prohibición de realizar en el futuro actividades en

¹⁶⁹¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 135.

¹⁶⁹² *Ibídem*, p. 136.

¹⁶⁹³ *Ídem*; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 886.

¹⁶⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 886.

¹⁶⁹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 136.

cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, puede ser por tiempo máximo de quince años o definitiva.

Nótese que, al contrario que en las penas anteriores, en la prohibición del ejercicio de actividades específicas por las cuales ocurrió el delito, la persona jurídica persistirá, pudiendo realizar todas las actividades lícitas de forma regular¹⁶⁹⁶; solo se le imposibilita desempeñar las actividades que, de alguna forma, hayan sido empleadas para fines delictivos. La restricción podrá ser por tiempo limitado o definitiva, hipótesis esta última en que la persona jurídica nunca podrá volver a ejercer esa actividad, razón por la que la prohibición total ha de ser aplicada en las situaciones en que nos encontremos ante delitos de gravedad extrema, ya que en realidad se estaría empleando la regla de la disolución, dada la fuerza definitiva de la sanción.

Zugaldía Espinar, con razón, diferencia esta última de la suspensión de las actividades sociales del artículo 33 *bis.c)*, cuando dice que en relación a aquella “no pueden ser otras que las sociales, al igual que las contempladas en este apartado e). La diferencia fundamental y nada nimia entre ambas reside, sin embargo, en el caso de ser temporal: la suspensión tiene un límite de cinco años, mientras que la prohibición puede llegar hasta los quince”¹⁶⁹⁷.

La inhabilitación administrativa para recibir ayudas públicas, subvenciones o contratar con el sector público para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de seguridad social por un lapso máximo de tiempo de quince años, es la penúltima pena aplicable a una persona jurídica. El juez puede imponer una o varias de ellas, residiendo su fundamento en prohibir que personas jurídicas que ejerzan actividades ilícitas reciban aportaciones económicas gracias a un sistema más flexible de tributación, a la disminución de cargas de seguridad social, ni contratar con los poderes públicos. Se persiguen, así pues, fines preventivo-

¹⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 137. Algunos autores afirman que, *de lege ferenda*, sería interesante la previsión de la obligación de realizar conductas, de prestaciones positivas de las actividades empleadas con fines ilícitos, pero dirigidas a fines lícitos para la reparación del daño, como forma de prestación de servicios a la comunidad o a las víctimas (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 887).

¹⁶⁹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 137.

especiales¹⁶⁹⁸ para evitar que de cualquier modo la Administración facilite la actividad delictiva con esos medios.

La pena es menos grave que la disolución y hay que tomar en consideración los relevantes intereses sociales que se encuentran en riesgo¹⁶⁹⁹. Se admite la continuidad de las actividades de la persona jurídica, poniendo fin a los delitos llevados a efecto por la misma. Blanco Cordero destaca que la pena es intermedia entre la suspensión y la disolución, y será invariablemente la pena aplicable a las personas jurídicas que desempeñen en su mayoría actividades lícitas, para evitar riesgos mayores a los trabajadores o acreedores¹⁷⁰⁰.

La intervención judicial para salvaguardar el derecho de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, será de un máximo de cinco años, y podrá afectar a la totalidad de la organización o solamente a algunas de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez fijará en la sentencia las razones de la intervención, los sectores que serán afectados, fijará los plazos y nombrará al interventor.

4. LA INHABILITACIÓN COMO CONSECUENCIA JURÍDICA DEL DELITO

Aunque en la legislación penal brasileña la inhabilitación subsiste genéricamente como un efecto de la condena, en el Código Penal español se contempla como una auténtica pena, previéndose en algunos tipos penales de forma específica, como ocurre en el delito de blanqueo de capitales, donde incide cumulativamente con la pena privativa de libertad. La legislación penal de España sobre blanqueo de activos la contempla en los artículos 301.1 y 303 del Código Penal, donde representa “una *agravación personal* basada en la especial *condición del autor*”¹⁷⁰¹ (el subrayado es del autor).

¹⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 138; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 888.

¹⁶⁹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 139.

¹⁷⁰⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 889. En ese sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos...*, p. 139.

¹⁷⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 509.

El fundamento de esa pena reside en cuestiones retributivas basadas en la mayor reprochabilidad de las conductas de blanqueo cuando se llevan a efecto por esos sujetos en actividades especialmente sensibles a la actuación fraudulenta, demandándose una más intensa carga ética, puesto que vuelven el blanqueo de más ardua detección; pero reside igualmente en finalidades preventivas, dado el riesgo de la amenaza de perder la capacidad de ejercer su oficio¹⁷⁰². La previsión genérica de la disposición legal admite su incidencia sobre todas y cualesquiera actividades profesionales lícitas, reglamentadas por leyes específicas o no, presentando por tanto un innegable carácter preventivo o intimidatorio¹⁷⁰³.

El artículo 301.1 del Código Penal prevé que los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del agente, podrán imponerle también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria de uno a tres años, y determinar el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local por un máximo de cinco años. En primer lugar, nos parece muy oportuna la crítica por Quintero Olivares de la disposición legal del precepto, pues sería mejor “usar una conjunción alternativa o mitigar el alcance con la expresión «en su caso», por ejemplo, pues tal parece que la pena de inhabilitación ha de ir acompañada del cierre del local o industria lo cual en muchos casos no es posible”¹⁷⁰⁴; y ejemplifica la situación con el cierre de un banco porque el gerente de la agencia recicló capitales. En ese caso, habría una franca violación del principio de la intranscendencia de la pena, si la persona jurídica no fuera acusada en el proceso penal –porque no se han evidenciado los presupuestos de su responsabilidad penal– y aun así tuviera que cerrar la agencia en que ocurrieron los actos de blanqueo de capitales.

Es de destacar que la pena de inhabilitación o prohibición para el ejercicio profesional o ejercicio de industria por un lapso temporal menos estricto incide solamente en el delito base del artículo 301.1 del CPe, siempre que la actividad profesional del agente no se ajuste a las hipótesis del artículo 303 del CPe, el cual representa, a nuestro entender, un precepto más específico y repleto de

¹⁷⁰² PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 754-755.

¹⁷⁰³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 397.

¹⁷⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 951.

detalles cuando se contrapone a la disposición legal apuntada, y representa por tanto un tipo calificado que sobrelleva el tipo básico.

En cuanto a la incidencia de esta pena, suscita una cuestión interesante el hecho de que el dispositivo legal no presente ninguna exigencia de que la profesión o industria haya sido utilizada como mecanismo para el delito de reciclaje de capitales. Al respecto, existen dos posturas: una de ellos defiende que la pena incidirá independientemente de que la profesión o industria haya sido empleada para la práctica del delito, porque la Ley no hace salvedad, como sí lo hace en el artículo 303 del Código Penal; y otra defiende la tesis contraria, postulando que la imposición de esta pena solamente sería apropiada cuando la profesión o industria hubiesen actuado como instrumentos o, de alguna forma, facilitaran o auxiliaran la conducta de blanqueo¹⁷⁰⁵. Según lo entendemos, ha de existir una relación directa entre el delito de blanqueo de activos y la profesión o industria concretamente comprobable en la sentencia de modo fundamentado¹⁷⁰⁶, habiendo quien añade la noción de abuso de la profesión o actividad industrial¹⁷⁰⁷. No vinculamos la idea de abuso profesional a la posibilidad de la aplicación de la pena de inhabilitación; sin embargo, es indispensable valerse de la actividad desempeñada para cometer el blanqueo. La inexistencia de ese vínculo conduciría a la aplicación de sanción penal sin que haya comprobación del empleo de esos conocimientos específicos en favor del delito de blanqueo, lo que en última instancia generaría responsabilidad penal objetiva y la pena no cumpliría sus finalidades.

La doctrina suscita otras posibilidades referentes al empleo de la profesión o industria, como Del Carpio Delgado, quien destaca que la inhabilitación no solamente es comprendida como la privación del ejercicio específico de la profesión que el agente utilizó para la comisión del delito, sino que debe alcanzar “la prohibición de acceso a otras profesiones o actividades que a pesar de ser distintas a las que normalmente el delincuente ejercía, su desarrollo implique de

¹⁷⁰⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 755.

¹⁷⁰⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...* p.397.

¹⁷⁰⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 397; FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 161; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 954.

alguna manera la posibilidad de que sea vulnerado nuevamente el bien jurídico protegido”¹⁷⁰⁸. Este apunte es importante a los fines de contención del delito de blanqueo de capitales, aunque la Ley establece: “para el ejercicio de su profesión o industria”; lo cual denota la actualidad de la actividad, sin alusión a actividades que puedan ser ejercidas en el futuro por el agente. El ideal sería, por tanto, hacer constar en la legislación la restricción de profesiones o actividades industriales distintas a las ejercidas; o vincular la inhibición de actuar en el sector económico, empresarial o financiero a las actividades de riesgo descritas, por ejemplo, en la Ley Orgánica 10/2010 de ant blanqueo, lo que aun así acarrearía problemas de constitucionalidad.

El artículo 303 del Código Penal de España contempla una pena de inhabilitación especial si los delitos apuntados en los artículos anteriores son 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”. El concepto de facultativo descrito en el artículo transcrito está integrado por una interpretación auténtica en el 2.º inciso del mismo artículo¹⁷⁰⁹, que se refiere a quienes actúan en el área de salud.

La doctrina suele diferenciar entre la inhabilitación de eficacia ordinaria, aplicable a las hipótesis de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, que recae entre tres y diez años sobre empresarios, intermediarios financieros, facultativos, trabajador social, docente o educador, además de los funcionarios públicos; y la inhabilitación absoluta que afecta a la autoridad pública y a los agentes públicos, con inhabilitación de diez a veinte años¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 397.

¹⁷⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 509.

¹⁷¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 10.

El alcance de la inhabilitación es objeto de divergencia doctrinaria¹⁷¹¹, puesto que el artículo 303 del Código Penal hace alusión a “los hechos previstos en los artículos anteriores”, lo que incluiría también los tipos penales de receptación¹⁷¹²; mientras que otros defienden, a nuestro entender correctamente, que dado el bien jurídico afectado, su aplicación solo se dará en los delitos de blanqueo de capitales¹⁷¹³, revistiéndose de mayor gravedad que la receptación.

La inhabilitación será facultativa para los médicos, psicólogos, personas con titulación en la área de salud, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes, salvo si son autoridades o agentes públicos, para quienes la inhabilitación es absoluta. De entrada, la inhabilitación de los profesionales de la salud no se nos antoja adecuada, puesto que difícilmente podrán echar mano estos profesionales de sus conocimientos u oficio para promover el reciclaje de capitales, lo cual algunos calificarán de grotesco¹⁷¹⁴. El extremo contrario puede inferirse, aunque con dudosa validez, cuando lo contraponemos con la previsión del artículo 372 del Código Penal, puesto que se trata de un delito contra la salud pública, donde se justificaría la conducta de estos profesionales para el fin de obtener más fácilmente el acceso a las drogas ilícitas. Nos encontramos, en definitiva, con “una sorprendente falta de orden legislativo, puesto que no es posible que *siendo delitos diferentes en su naturaleza* (salud pública y orden económico), los criterios de calificación sean *matemáticamente iguales*”¹⁷¹⁵.

La legislación penal debería ser precavida con las personas a quienes afecta una inhabilitación ordinaria sin tener ningún tipo de vinculación con el

¹⁷¹¹ Minoritariamente, hay defensores de que “algunas de esas cualificaciones tienen sentido para los delitos de transformación en sentido amplio y otras solamente lo tienen para los actos de transformación de bienes procedentes del narcotráfico” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 955). Aun respetando la opinión del autor, el hecho de la repetición del precepto del artículo 372 del Código Penal no autoriza su limitación a los delitos de blanqueo de capitales solamente cuando el delito antecedente sea el tráfico ilícito de drogas, puesto que se adoptaría una interpretación supresora y que desvirtuaría el sentido empleado por la descripción típica.

¹⁷¹² VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial...*, p. 11.

¹⁷¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 509; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 398.

¹⁷¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal...*, p. 955.

¹⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 954. Critican el precepto DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 395; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “El blanqueo de capitales y la receptación”. En *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. 8 vols. Expansión/Garrigues & Andersen: Madrid, 1999, p. 618.

efectivo ejercicio de la actividad a los fines de acometimiento del delito de blanqueo de capitales. Para ellos, basta en efecto con practicar el delito, independientemente de que, en la conducta concretamente realizada, se haya servido o no de su profesión u oficio¹⁷¹⁶.

Por su lado, al tratar de la inhabilitación absoluta, no hay necesidad de que se haya realizado el delito de blanqueo de capitales por medio del desempeño de la función pública¹⁷¹⁷, estando dispuesto el concepto de autoridad en el artículo 24 del CPe.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL Y EFECTOS PARA LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CIVILES

El Código Penal español contempla y establece aspectos inherentes a la reparación del daño en el proceso judicial penal, que forman un título ejecutivo, a diferencia del sistema brasileño, donde la sentencia penal condenatoria, por regla general, adquiere firmeza en el ámbito civil de cara al reconocimiento de la autoría y materialidad del ilícito civil, cabiendo que la cuantificación del daño se verifique en acción independiente de liquidación, cuya competencia corresponde a un tribunal civil.

En el Derecho brasileño, el juez penal podrá fijar un valor mínimo de indemnización en virtud del artículo 387.IV del CPPb, lo que no se opone a la futura acción independiente de la reparación civil de daños materiales o morales,

¹⁷¹⁶Del Carpio Delgado señala correctamente que: "El elenco de personas afectadas por ese precepto nos parece desmedido. Por ello la interpretación del artículo 303 se debe realizar teniendo en cuenta su *ratio legis*. Esta se encuentra principalmente en la estrecha relación que tienen el ejercicio de ciertas profesiones con las actividades constitutivas de blanqueo y el abuso que de ellas se hace para su ejecución. La imposición de la pena de inhabilitación solo puede ser consecuencia del mayor desvalor ético social de la conducta de aquél que, siendo garante de la circulación de los bienes en el mercado, se prevale de su profesión para que los bienes de procedencia delictiva disimulen tal cualidad, a fin de poderlos incorporar en el tráfico económico, así como la de aquellas personas a las que, por el cargo que ocupan les es especialmente reprochable la comisión de estos delitos. Con la inhabilitación se pretendería evitar que ese sujeto se siga prevaleciendo de su profesión o de su cualidad para realizar actos de blanqueo. Ello nos conduce a afirmar que el precepto debe estar limitado a todas aquellas personas que operan en el mercado, sean empresarios, inversores, consultores, intermediarios financieros, bancarios, bursátiles, etc. o a aquellas personas que ejercen una función pública (funcionarios, autoridades y sus agentes)" (DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal...*, p. 396). Vid. asimismo PALOMO DEL ARCO, Andrés. "Receptación y figuras afines". En *Estudios de Derecho Penal*, vol. 2. (dirs.: José Luis Manzanares Samaniego; Tomás Salvador Vives Antón). 1996, pp. 458-459.

¹⁷¹⁷FARALDO CABANA, Patricia. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995...*, p. 161

la cual deberá incluirse como descuento de los valores fijados como compensación en el proceso penal. Cabe recordar que al respecto existe en la actualidad un candente debate en la doctrina, a pesar de que la jurisprudencia es pacífica en la materia¹⁷¹⁸.

Un primer pensamiento entiende que esta modalidad dependerá de la petición formulada en la denuncia presentada por el Ministerio Público o en la queja de la víctima, cuya ausencia no permite al juez ejecutar la sentencia en el mínimo, implicando incluso una violación del sistema acusatorio y del principio de congruencia adoptado en el proceso penal brasileño¹⁷¹⁹. Además, en la acción penal tendríamos al Ministerio Público produciendo prueba y actuando como defensor de la víctima de delito en sede distinta de la civil¹⁷²⁰, lo cual entendemos que solo es posible en los delitos cuyo bien jurídico sea la sociedad o que sean

¹⁷¹⁸ En ese sentido, cfr. STJ AgRg en REsp 1428570/GO (Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA SALA, juzgado el 08/04/2014, DJe 15/04/2014): "AGRAVACIÓN DEL RÉGIMEN EN RECURSO ESPECIAL. DELITOS CONTRA LA PERSONA. HOMICIDIO CONSUMADO. REPARACIÓN DE DAÑOS. ART. 387, IV, DEL CPP. ESTABLECIMIENTO DE OFICIO. IMPOSIBILIDAD. NECESIDAD DE PETICIÓN EXPRESA Y FORMAL. OBEDIENCIA AL PRINCIPIO DE AMPLIA DEFENSA. AGRAVACIÓN DEL RÉGIMEN NO PROVEÍDA. 1 En el procedimiento penal, no corresponde al Tribunal establecer el importe mínimo de la indemnización correspondiente a la práctica del delito, de conformidad con el art. 387, IV, CPP sin petición expresa de la parte en el momento procesal oportuno. Precedentes. 2 Agravación del régimen no proveída.

¹⁷¹⁹ Sostiene la doctrina que es esencial la petición por la acusación, apuntando que es preciso que "...exista al comienzo del proceso acusatorio una petición expresa de condena del reo al pago de un importe mínimo para la reparación de los daños causados, so pena de flagrante violación del principio de principio de congruencia" (LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Direito Processual Penal...* p.1082). En la misma línea de pensamiento, Morais Rosa apunta: "Con un enfoque erróneo de aproximación de la víctima al proceso penal, se produjo la inclusión del art. 387, IV, CPP, según el cual el juez, al pronunciar la sentencia condenatoria, debe fijar el importe mínimo de la indemnización. Hay una clara intrusión de la materia civil en el ámbito de las informaciones necesarias para la decisión, es decir, para que se garantice el debido proceso, ¿el acusado puede presentar testigos y requerir pericias sobre el valor y el alcance de los daños y valores a indemnizar? Evidentemente, la víctima debe ser rescatada, sobre todo si se defiende la Justicia Restaurativa. Fijar una cantidad sorpresiva, sin solicitud ni contradicción, perjudica el debido proceso. De todos modos, en caso de que haya petición concreta en la denuncia/queja, producción de prueba, contradicción, la decisión podría tener en cuenta esta cuestión. Sin petición inicial, ni producción de prueba, ni contradicción, al juez se le veda arbitrar importe alguno, por falta de contradicción y, por tanto, del debido proceso sustantivo" (MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed. Lumen Juris: Niteroi, 2014, p. 209).

¹⁷²⁰ Souza Nucci señala: "El Ministerio Público no tiene legitimidad para pleitear la reparación civil en nombre de la víctima, pues defiende los intereses globales de la sociedad, y no demandas individuales; ninguna ley le confiere tal legitimación" (SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 674). La postura del autor es correcta, pero ha de contar con la excepción de los intereses individuales homogéneos, por ejemplo, de personas de edad (art. 74.I Ley 10.741/03), niños, discapacitados, en que el Fiscal tiene legitimidad para defender en juicio esos intereses, admitiendo incluso la reparación civil de daños.

de naturaleza difusa¹⁷²¹, para evitar una actuación de esta institución al margen de los límites constitucionales que delimitan sus atribuciones y en sustitución del abogado de la víctima.

Por su lado, otros autores hacen hincapié en que dicha elección es innecesaria, por tratarse de un efecto automático de la condena, independientemente de cualquier iniciativa de las partes; y que esta fijación se produce de oficio, ya que la Fiscalía persigue el cumplimiento de sus funciones institucionales naturalmente reflejadas en la titularidad de la acción penal pública incondicionada¹⁷²². Entre los partidarios de la posibilidad hay una división respecto al tipo de daños indemnizables, y mientras unos sostienen que lo es solamente el daño patrimonial, y que son ajenos los daños emergentes y morales¹⁷²³, otros defienden –acertadamente– la admisión de cualquier tipo de

¹⁷²¹ En este caso, la transferencia de los valores arbitrados y decomisados sería realizada a los respectivos fondos de reparación de daños morales colectivos, por ejemplo, el fondo de defensa de intereses difusos (Ley 7.347/85), fondo de defensa de los derechos de niños y adolescentes (Ley 8.069/90) o enviados al órgano federal a cuya Justicia correspondía la condena en el caso del delito de blanqueo de capitales (art. 7 Ley 9.613/98).

¹⁷²² En sentido contrario, sostiene que es efecto automático de la condena: MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. Atlas: São Paulo, 2012, pp. 253 y ss. O que apenas si depende de que el daño haya “sido objeto de discusión a lo largo del proceso, prescindiendo, por tanto, de inicial petición” (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...*, pp. 657-658). Marcão puntualiza que “...la norma es lo suficientemente clara al determinar que el juez, con independencia de cualquier provocación (*ex officio*), deberá establecer el importe mínimo de la reparación en su caso. El mandato de la regla es claro: el juez establecerá, por tanto, si se hace con o sin petición expresa. No es difícil saber el valor del importe mínimo que podrá establecerse. Tampoco se argumentará que la defensa va a ser sorprendida con tal establecimiento, ya que la pena impuesta en la sentencia penal implica el reconocimiento legal de la obligación de indemnizar, por disposición expresa de la ley. Ni tampoco estamos de acuerdo con las objeciones a la aplicación de la determinación formulada por la Fiscalía, ya que, cuando así procede, no hace más que postular el cumplimiento de la normativa legal, impositiva para el juzgador, y si así procede, lo hace sin necesidad, en vista de lo apuntado líneas atrás. No se trata de promover la acción reparatoria conjuntamente con la acción penal, como ocurre en las legislaciones que permiten instancias cumulativas (penal y civil). La particularidad que tratamos es otra, porque en el sistema legal vigente, el establecimiento judicial en sede de condena penal no resuelve definitivamente el deber de reparación” (MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Processo Penal*. Atlas: São Paulo, 2014, p. 836). En la misma línea, defienden la posibilidad, e incluso su incidencia en procesos anteriores a la Ley 11.719/08, que introdujo en el Código de Proceso Penal el artículo 387, IV, por ser esa una norma procesal, y no material, y por tanto susceptible de retroactividad, dado que la restricción constitucional recae solo sobre la norma penal: DEMERCIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. *Curso de Processo Penal...*, pp. 563-564).

¹⁷²³ Entre los que la admiten, algunos advierten contra los daños susceptibles de condena en el proceso penal para admitir solamente los daños patrimoniales, “demostrados de plano, y no en daños emergentes y morales, como en otras legislaciones” (POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 6 ed. Lumen Juris: Niteroi, 2012, p. 978).

daños provenientes del delito¹⁷²⁴, además de no afectar a los responsables civiles del artículo 932 CCb.

La responsabilidad civil es una cuestión dirimida en España en la propia senda del proceso penal, al contrario que en Brasil, estando previsto el deber de indemnizar en el artículo 122 del CPe, donde el autor del delito y el partícipe del delito previo responden civilmente de forma separada.

La sistemática penal española aborda la cuestión de la pena y de la reparación civil en el proceso penal, razón por la que la doctrina establece diferencias entre ambos, ya que “el presupuesto de la primera es la culpabilidad, mientras que el de la segunda es la existencia de un daño resarcible causado por un hecho antijurídico. No puede imponerse pena alguna al autor de un hecho típico y antijurídico si no es, además, culpable”. Algo que no ocurre con la responsabilidad civil, conforme a la cual habrá un deber de indemnizar aunque el agente no sea culpable¹⁷²⁵, con las reservas expresadas en el artículo 118 del Código Penal.

La reparación se determina de acuerdo con la magnitud del daño, y no conforme a la culpabilidad, pues “la gravedad de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, el *quantum* de la reparación no podrá superar la cuantía del daño causado”, admitiéndose la trascendencia de esta última, para alcanzar a personas diferentes al acusado¹⁷²⁶.

Para diferenciar ambas categorías¹⁷²⁷, se recuerdan también los aspectos relativos a que la pena es preventiva y que la reparación civil tiene función compensatoria y, en menor medida, inhibitoria; y que la pena busca lograr un interés público, mientras que la sanción civil tiene un propósito particular.

¹⁷²⁴ La admisibilidad de tales modalidades de daños se asienta en: SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 674.

¹⁷²⁵ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 532.

¹⁷²⁶ *Ídem*; BASOCO TERRADILLOS, Juan María; MAPPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, p. 235.

¹⁷²⁷ BASOCO TERRADILLOS, Juan María; MAPPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, p. 235.

La responsabilidad civil *ex delicto* se subdivide en tres tipos, a saber, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los daños materiales y morales (art. 110 CPe).

La restitución es entendida como “devolver la misma cosa en el estado que se encontraba antes de la comisión del delito”¹⁷²⁸, y es de difícil configuración, ya que la entrega del bien obtenido de un delito antecedente produce efectos en su proceso penal.

Las hipótesis que se ocupan de bienes de naturaleza lícita que fueron objeto del delito de blanqueo de capitales revelan elementos de ardua resolución en torno a la adquisición por parte de terceros de buena fe¹⁷²⁹ o la falta de fungibilidad o la volatilidad del bien, que en algunos casos hace muy compleja su devolución en la misma especie y cantidad (por ejemplo, en el blanqueo de capitales con la compra y venta de arte sacro, cuyas piezas son únicas).

La siguiente alternativa prevista en la Ley penal es la reparación del daño (art. 112 CPe), que consiste en la prestación de obligaciones de dar, hacer o no hacer relacionadas con el delito. Se trata de la hipótesis más adecuada en situaciones en que el delito tiene una víctima en particular o permite, en teoría, la máxima recuperación de alguna forma de un *statu quo* anterior que no es susceptible de la aplicación al delito de blanqueo de capitales.

La última modalidad consiste en la indemnización por los perjuicios materiales y morales derivados del delito, siendo preciso, según Alastuey Dobón, “que se pruebe la existencia de unos daños, así como la cuantía de los mismos. En segundo lugar, se requiere también, para que el daño sea indemnizable, que se dé un nexo causal entre aquél y el delito, esto es, que exista entre ambos una

¹⁷²⁸ *Ibidem*, p. 239.

¹⁷²⁹ Marín de Espinosa anota: “Puede ocurrir que el bien esté ya en poder de un tercero y éste lo haya adquirido de buena fe. En estos casos, a no ser que lo haya adquirido en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable (arts. 464 CCiv; 85, 324 y 543 CCom; y para bienes inmuebles art. 34 LH) también tendrá lugar la restitución del bien, pudiendo este tercero ejercer su derecho a ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 570).

relación de causa-efecto"¹⁷³⁰. Esa modalidad de diferencia de las anteriores en que "la reparación va referida a las cosas y la indemnización a las personas"¹⁷³¹.

La legislación traza unas diferencias entre la víctima y el perjudicado por el delito, a los fines de la reparación de los daños causados, de modo que la primera "es el sujeto pasivo del delito titular del bien jurídico lesionado, mientras que perjudicado es el sujeto del daño civilmente indemnizable"¹⁷³², o sea, el segundo se refiere a "la persona que ha sufrido los daños civiles producidos por el delito"¹⁷³³.

A nuestro entender, tal vez por basarnos en el Derecho brasileño, donde existe una leve distancia entre los aspectos reparatorios típicamente civiles y el Derecho y el proceso penal, vemos alguna dificultad en el análisis conjunto de ambas esferas de responsabilidad. De todos modos, el juez, al establecer la responsabilidad civil, deberá especificar los motivos por los que la hace y las razones del importe establecido, como exige el artículo 115 CPe. Normalmente hay una coincidencia entre ambos, pero puede haber casos en que esa identidad no se repita.

La disposición legal da margen a que haya una reparación del daño material y moral contra una persona jurídica que no ha sido considerada responsable de blanqueo de capitales, pero cuya estructura ha sido utilizada por un empleado para la comisión de delitos. Del mismo modo, el delito de reciclaje de activos es de los que permiten al Estado perseguir la reparación de estos daños en un juicio que establezca el importe como daño moral o material derivado de la comisión del delito en favor de la sociedad. En la doctrina hay autores que señalan que la responsabilidad civil incide en todos y cada uno de

¹⁷³⁰ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 543.

¹⁷³¹ BASOCO TERRADILLOS, Juan María; MAPPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito...*, p. 240.

¹⁷³² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 571.

¹⁷³³ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 544.

los delitos, siempre que como resultado de los mismos se hayan producido daños o perjuicios¹⁷³⁴.

Aránguez Sánchez señala que la ley no es aplicable al delito de blanqueo de activos, aunque el legislador ha considerado este delito “afín a la receptación”, porque el artículo 122 CPe se aplica a la receptación, siendo esencial el ánimo de lucro, con referencia a sus efectos, y no a los bienes¹⁷³⁵. Dicho artículo 122 CPe prevé que quienes se han visto envueltos en el delito y quienes se hayan beneficiado de su producto, responderán civilmente por separado conforme a los límites de su participación.

De existir un procedimiento de reciclaje de capitales sin ánimo de lucro, en caso de que se hubiese obtenido incidentalmente, y no por dolo, el delito será el arriba señalado, y en el caso de perjudicar a terceros de buena fe, el juez fijará la responsabilidad civil en los límites señalados por la disposición legal.

Por lo que respecta a los efectos para los negocios jurídicos, una condena por blanqueo de capitales implica la nulidad de las transacciones que generasen el blanqueo de activos, sin perjuicio del derecho de los terceros de buena fe¹⁷³⁶; y en el caso de que ambos conocieran la ilicitud de los bienes, ninguno podrá reclamar conforme a los límites del artículo 1.305 del Código Civil.

6. DECOMISO DE LOS BIENES EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITAL

El delito de blanqueo de capitales, como ya se ha destacado, provoca graves daños a la sociedad, por el hecho de que el capital delictivo transformado en ‘limpio’ hace proliferar la criminalidad y dificulta la seguridad pública. Por ese motivo es importante que haya un arquetipo legislativo penal y procesal penal, así como una red de cooperación judicial que posibilite la contención de los medios financieros destinados a las actividades delictivas.

¹⁷³⁴ En ese sentido: ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, p. 532.

¹⁷³⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 306.

¹⁷³⁶ *Ídem.*

6.1. Notas históricas y naturaleza jurídica

El Código Penal de 1822 ya incluyó en su catálogo de penas, en su artículo 90, el decomiso de los bienes. Se preveía el comiso de efectos e instrumentos (exclusivamente por la práctica de delitos), el destino de los mismos (destrucción o inutilización), el comiso impropio (al permitirse el cobro de una cantidad de dinero equivalente al valor de los objetos para los casos en que ya no se encontraran los bienes a disposición del sujeto), así como el caso de que los bienes posiblemente pertenecieran ya a terceras personas¹⁷³⁷.

En la actualidad el Código Penal español presenta un capítulo para tratar de las consecuencias accesorias del delito, que según la legislación vigente son el comiso, la responsabilidad civil y los costes procesales, si bien ahora solamente nos vamos a centrar en la primera de ellas.

La Ley no apunta un concepto de comiso, pero el término viene del latín *commisum*, ‘comprometido’, ‘recibido en lugar de otro, vicariamente’. Pero han sido la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de contribuir a aclarar su concepto. El comiso sigue siendo entendido en el ordenamiento jurídico español como el decomiso definitivo de los efectos, objetos y ganancias relacionados con una infracción delictiva¹⁷³⁸. Los bienes que sean de circulación lícita en la sociedad, después de confiscados, serán vendidos para proceder al pago de la responsabilidad civil y, en caso de que sean de venta prohibida –por significar un comercio ilícito–, su destino se atenderá a las disposiciones reglamentarias que puedan existir, o serán destruidos o inutilizados.

El Código Penal de España prevé en sus artículos 127 a 129 ese instituto jurídico, recientemente modificado por Ley Orgánica 5/2010, que incluye párrafos y modifica la redacción de algunas disposiciones legales con el fin especial de combatir la criminalidad organizada¹⁷³⁹, necesitada de recurrir al

¹⁷³⁷ GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos penales españoles, Recopilación y concordancias*. Akal: Madrid, 1988, p. 32.

¹⁷³⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Comares: Granada, 2004, p. 5.

¹⁷³⁹ Marín de Espinosa apunta: “La reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, que transpone la DM 2005/121/JAI relativa a la delincuencia organizada, incorpora una ampliación a los efectos, bienes, instrumentos y dividendos procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo (*confiscación ampliada*) (art. 127, 1 CP). A esos efectos se entenderá que provienen

blanqueo para que conseguir capital con que mantener las actividades delictivas y las ganancias resultantes de los delitos antecedentes. En la doctrina penal se discute sobre la naturaleza jurídica del instituto, pensando algunos autores que el comiso es pena, pena accesoria o medida de seguridad. Sin embargo, no se puede decir que las consecuencias accesorias sean penas, porque no siguen criterios ajenos a la culpabilidad ni las reglas de aplicación de la pena; tampoco serían penas accesorias por tener en común solamente la accesoriedad; ni son, por fin, medidas de seguridad, pues los criterios de peligrosidad objetiva o subjetiva no son suficientes para justificar el comiso¹⁷⁴⁰. Así que, finalmente, tenemos que la naturaleza jurídica del comiso es una “medida postdelictiva y accesoria a una pena”¹⁷⁴¹.

6.2. El delito de blanqueo de capitales y el comiso

En la legislación española, la previsión de la figura del comiso en relación con el delito de blanqueo de capitales se atiene a un tratado internacional como es el Tratado de Estrasburgo, del Consejo de Europa, ratificado por España. Su artículo 13 establece que los países signatarios deberán fijar normas para proceder al comiso de los bienes, instrumentos, medios y ganancias del delito de blanqueo. La normativa se deja orientar asimismo por las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, cuya Tercera Recomendación presenta normas sobre el comiso; así como por la Convención de Palermo¹⁷⁴² y la Convención de Viena.

de la actividad delictiva (presunción de ilícita procedencia) 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 cuyo valor sea desproporcional con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. Dado que el principal objetivo de esta modalidad de delincuencia es el beneficio económico, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, aprehensión y confiscación de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una lucha eficaz contra ella” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, pp. 568-569).

¹⁷⁴⁰ MAPPELLI CAFFARENA, Borja. “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”. *RP*, n.º 1 (1998), pp. 48 y ss.

¹⁷⁴¹ *Ibidem*, pp. 51 y ss.

¹⁷⁴² El artículo 12 de la Convención de Palermo destaca: “1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos

El apartado 5 del artículo 301 del Código Penal español fue introducido por Ley Orgánica 15/2003, pero la disposición no era necesaria, pues ya estaba regulada por la legislación penal en los artículos 127 y siguientes, apuntando su aplicabilidad a todos los delitos. El legislador penal español determinó la posibilidad del comiso de las ganancias y de los bienes en los delitos de blanqueo de capitales¹⁷⁴³, así como su sometimiento a las reglas del artículo 127 del Código Penal, que no contemplan la posibilidad de confiscar las ganancias en delitos imprudentes; y por eso no es posible el decomiso en la figura delictiva del artículo 301.4 de la misma Ley, siendo innecesaria dicha disposición¹⁷⁴⁴ en virtud de que las reglas de la parte general del Código Penal eran suficientes para el tratamiento legal del comiso en el blanqueo de capitales.

La imposibilidad de aplicación del comiso a los delitos de blanqueo, en la modalidad imprudente con imprudencia grave¹⁷⁴⁵, genera una situación de vulnerabilidad del sistema económico, pues el incumplimiento de los deberes de cuidado objetivo denota menoscabo de los deberes de actuación en los sectores financiero, empresarial y comercial, siendo catastróficas sus consecuencias económicas y la recolocación del patrimonio ilícito. Como el legislador presentó la posibilidad del decomiso en el artículo 301.5 del Código Penal, este podría haber admitido y reglamentado de forma diversa dicha posibilidad en los delitos

comprendidos en la presente Convención. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso. 3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo. 4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. 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. [...]”.

¹⁷⁴³ González Rus apunta: “Las disposiciones que son contenidas en los artículos 301 y sigs., estaban originariamente pensadas para el blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas –que era como se contemplaba en el Código anterior– y tenían su origen en compromisos internacionales relacionados con la represión del mismo. El Código de 1995, se ha expandido los tipos hasta la comprensión de cualquier delito ‘grave’, lo que presupone una cierta limitación que desapareció con la LO 15/2003, que amplía el blanqueo punible a cualquier delito, cualquiera que sea su gravedad...” (GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Derecho Penal Español...*, p. 622).

¹⁷⁴⁴ AGUADO CORREA, Teresa. “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal”. *RECPC*, 05-04 (2003), p. 16. (Disponible en internet en: <http://criminol.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 09/04/2011).

¹⁷⁴⁵ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...*, p. 290.

de blanqueo de activos, lo que, *de lege ferenda*, sería una medida adecuada a la contención del fenómeno delictivo.

Los orígenes de dichos capitales se alteran de muy variadas maneras, dificultando –a veces, sobremanera– la investigación; pero aun así existen medios legales y razonables para punirse a quienes acuden a las referidas prácticas delictivas¹⁷⁴⁶. En este sentido, otro punto favorable en la legislación española es la presencia de la locución “cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar” (art. 127.1 CPe), pues permite que el comiso ocurra independientemente de que el objeto a ser confiscado sea aislado o apartado del sujeto responsable por el hecho punible o en situaciones en que es alterado en otro de diferente naturaleza o calidad.

Una cuestión sustancial en la aplicación del comiso en los delitos de blanqueo de capitales es la referente a su relación con el tráfico de drogas, pues el artículo 300.1 del Código Penal señala que en esa situación fáctica regularán el hecho las disposiciones del artículo 374 del Código Penal de España, y no las disposiciones de su artículo 127. Martínez-Buján critica la aplicación de las reglas del artículo 374 al delito de blanqueo de capitales, puesto que el comiso en el delito de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes admite confiscar los objetos materiales del delito (las sustancias psicotrópicas, tóxicas o estupefacientes), algo que no se permite en la normativa general del artículo 127.

El delito de blanqueo de activos lógicamente no tiene como objeto material las drogas, pero sí cualquier cosa o derecho de lícito comercio valorable económicamente; y así en ese delito solamente podrán ser objeto de comiso los efectos, instrumentos y garantías de esta infracción, las cuales están en el reglamento base de la parte general del Código Penal, razón por la que “la remisión del artículo 301.1 al art. 374 es en realidad una remisión

¹⁷⁴⁶ De acuerdo con la antigua legislación, los bienes que se adquieren, convierten o transmiten, en definitiva, que se *blanquean*, no tienen por qué ser los que constituyeron el objeto material de tales delitos. El tipo lo que exige es que los bienes tengan “su origen en un delito”; no que sean ellos el objeto material de un delito grave. A la misma conclusión lleva el hecho de que los bienes puedan provenir de varias infracciones, lo que permite incluir las ganancias obtenidas con los frutos de una dilatada carrera criminal, y no solo con los derivados de un único delito. En todo caso, a pesar de las transformaciones que puedan experimentar, los bienes no pierden su origen ilícito (GOMEZ INIESTA, Diego José. *Blanqueo de Capitales...*, pp. 36 y 61).

sustancialmente superflua”¹⁷⁴⁷. La crítica tiene fundamento, puesto que en el delito de blanqueo de capitales, en muchos casos vinculado al tráfico de drogas, las drogas no llegan a ser el objeto material, pero sí lo son los provechos económicos resultantes de las actividades criminales antecedentes. En el caso de las sustancias psicotrópicas, estas siguen las reglas especiales del delito de tráfico de drogas, con respaldo en el principio de especialidad en el conflicto aparente de normas y siendo innecesaria la previsión remisiva a la aplicación del artículo 374.1 del Código Penal. La jurisprudencia española apunta que no raras veces el tráfico de drogas acarrea el reciclaje de activos y apunta los criterios jurisprudenciales para el reconocimiento del delito de blanqueo y del decomiso al señalar que para la prueba indiciaria es necesario que estén plenamente comprobados; que sean de naturaleza acusatoria; que sean plurales o, siendo el único, que posea una singular potencia probatoria; que sean concomitantes al hecho que se trate de probar; y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

En relación a la deducción o inferencia, es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia y que los hechos base comprobados confluyan, como conclusión natural, en el hecho que necesita comprobación, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”¹⁷⁴⁸. La jurisprudencia apunta como criterios materiales para identificación del blanqueo: a) cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación; b) vinculación o conexión con actividades ilícitas, en este caso tráfico de estupefacientes, o con personas o grupos relacionados con las mismas; c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al cual se refiere dicha vinculación o el manejo de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y por tratarse de dinero en especie, indiquen operaciones manifiestamente

¹⁷⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...*, p. 511.

¹⁷⁴⁸ STS (Sala de lo Penal) 6025/2010, de 11/11/2010. Sede: Madrid. Ponente: José Ramón Soriano Soriano.

extrañas a las prácticas comerciales comunes; y d) inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones de dinero¹⁷⁴⁹.

Otro punto de discusión en el CPe, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, es la reciente posibilidad de comiso equivalente de bienes (dividendos, bienes, medios o instrumentos) incluida en el artículo 127.3 del CPe¹⁷⁵⁰. El comiso equivalente es la posibilidad de declarar judicialmente la pérdida de bienes del sujeto responsable por el hecho delictivo, cuando este deliberadamente oculta o destruye los bienes obtenidos con el delito, siendo su fundamento evitar el enriquecimiento ilícito¹⁷⁵¹ a través de la comisión de delitos. La legislación penal española no limita la imposibilidad de comiso en función de conducta del sujeto activo, pues el artículo 127.3 apunta “cualquier circunstancia”; ni nada dice sobre la peligrosidad objetiva de tales medios o instrumentos, o sea, la posibilidad real de utilización de los dividendos en la actividad delictiva. Así, según la redacción legal, es irrelevante si en la pérdida de los bienes ocurrió algún comportamiento del sujeto responsable, siendo suficiente la obtención de las ganancias en función de un delito para recomposición del capital lícito.

Con relación al blanqueo de capitales, su comisión depende de la ocurrencia de un delito antecedente, pudiendo preguntarnos por la situación del comiso de las ganancias, bienes, instrumentos o medios en situaciones en que estemos en presencia de los dos delitos, cuando no se tiene la consumación del delito precedente ni la delimitación exacta de cuáles bienes son de ese delito. Así pues, se amplía la previsión del comiso proporcional, como una forma adecuada de afrontar el problema y atender a las finalidades de tipificación de contención del enriquecimiento criminal.

¹⁷⁴⁹ STS (Sala de lo Penal) 7156/2010, de 24/11/2010. Sede: Madrid. Ponente: Luciano Varela Castro. Esos criterios son de prueba indirecta, porque “la prueba directa prácticamente será de imposible existencia, dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas así como de lavado de dinero procedente de aquella...” (MOLINA MANSILLA, María del Carmen. *Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial sobre el delito de blanqueo de dinero...*, p. 108).

¹⁷⁵⁰ Artículo 127.3 del Código Penal: “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

¹⁷⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial...* p. 511.

Los dividendos resultantes del blanqueo de capitales están sujetos también al comiso ampliado, o sea, posibilidad de decomiso de ganancias, bienes, instrumentos o medios de valor desproporcionado con respecto a los ingresos legalmente obtenidos por cada uno de sus miembros. El comiso ampliado tiene los mismos fines que la pena criminal, aunque se desea también remediar y corregir un enriquecimiento patrimonial ilícito, pues el Derecho no puede admitir la riqueza a través de delitos (finalidad preventiva especial). Por otro lado, la adopción de esa medida “tiene como objetivo reducir el incentivo que para la delincuencia supone la obtención de dividendos”¹⁷⁵².

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió considerar las medidas de comiso en procesos penales como algo de interés general de la comunidad, porque la pérdida del dinero o sus derivados provenientes de delitos son mecanismos eficaces de combate contra actividades criminales. Las medidas de comiso son compatibles con los objetivos del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, localización y comiso de los efectos del delito en atención a la gravedad de los hechos. El comiso contra la propiedad delictiva figura en el interés general como medio de desincentivar el ingreso en delitos y busca asegurar que el crimen no compensa¹⁷⁵³.

Quintero Olivares destaca que el comiso es ampliada, aunque “el comiso se amplía, pero como antes dije, parece que el interés de la ampliación sólo alcanza a los bienes que ‘injustificadamente’ tengan los sujetos vinculados a organizaciones criminales, y no otros, lo cual no tiene explicación, salvo que se haya considerado, lo cual sería comprensible aunque discutible, excesivo”; y prosigue apuntando que “extender el comiso a los bienes de los responsables de cualquier delito que no puedan justificar su origen, presuponiendo que ese origen será también delictivo. Vienen a la memoria casos de corrupción continuada en los que el patrimonio del inculpado era a todas luces desproporcionado pero no podía ser incautado”¹⁷⁵⁴. Destaca el autor que lo

¹⁷⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (Dir.: Luz María Puente Aba). Comares: Granada, 2008, p. 104.

¹⁷⁵³ STEDH 04/01/2010, Case of Denisova and Moiseyeva v. Rusia (Application no. 16903/03). Ponente: André Wampach Christos Rozakis.

¹⁷⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”..., p. 20. Se crea una presunción *iuris tantum* de ilegalidad del

adecuado en estos casos de patrimonio de origen no comprobado consiste en determinar una investigación penal más profunda sobre los mismos¹⁷⁵⁵.

Para una interpretación sistemática del artículo 127.3 del Código Penal, la regla es que el comiso ampliada sea aplicable solamente cuando los delitos sean cometidos por organizaciones criminales o terroristas, no pudiendo aplicarse la disposición legal a todos los delitos de blanqueo de capitales. A tales efectos, se entenderá que provienen de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas (accesoriedad limitada) involucradas en los 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 personas¹⁷⁵⁶.

Con mucha razón, Aguado Correa explica que esa es la razón de la previsión expresa del comiso de los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales. La autora dice: “no entendemos por qué han circunscrito la posibilidad de decomisar los bienes objeto del delito a los casos en los que el blanqueo de capitales sea cometido por personas que pertenezcan a una organización dedicada a tal actividad (art. 302.2. PMCP)”; y excluye la posibilidad de encuadrarlo en los presupuestos en que la persona que realice el blanqueo no pertenezca a la organización criminal, porque, aunque sean raros, “no hay razón alguna para excluir esta modalidad de comiso”¹⁷⁵⁷. No hay justificación político-criminal, ni sobre el bien jurídico tutelado ni por los fines de la pena, para excluir los delitos no practicados por actividades terroristas u organizaciones criminales, pues la legislación quiere combatir el patrimonio ilegal y no es justo que el

patrimonio, y “se considerará procedente de actividades delictivas y por ello será decomisado el patrimonio, de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal, que resulte desproporcionado con respecto a los ingresos legales susceptibles de demostración” [FERNÁNDEZ TERRUELO, 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)*..., p. 11].

¹⁷⁵⁵ *Ídem*.

¹⁷⁵⁶ El fundamento es que “la referencia expresa a la delincuencia organizada, resulta de singular interés, ya que es ese el ámbito desde el que se ejecutan las principales conductas blanqueadoras. Se trata, en definitiva, de una previsión legal que permite adoptar el comiso de forma más laxa, cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista” (*Ídem*).

¹⁷⁵⁷ AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal*..., p. 16.

Derecho penal permita la repatriación del capital ilícito solamente en esas situaciones, y no hacerlo en otras.

La magnitud del injusto y la necesidad de mayor reprochabilidad del hecho admite la creación de tipos penales con penas diferentes; sin embargo, son más elevadas en las hipótesis de terrorismo u organización criminal, sin que sea posible que ese argumento justifique diferencias en consecuencias accesorias del delito. El análisis desde esa perspectiva crearía una analogía *in malam partem*, porque el artículo delimita las posibilidades de aplicación de el comiso ampliada de modo taxativo y no ejemplificativo, en vistas a admitir una interpretación analógica o extensiva; pero *de lege ferenda* la hipótesis es válida para evitar el enriquecimiento sin causa, así como por la dificultad de separar el origen lícito o ilícito del patrimonio.

Podemos preguntarnos también si el comiso ampliado no estaría vulnerando el principio de la presunción de inocencia, al crear una presunción legal en desfavor del acusado porque “se decomisan bienes cuya procedencia delictiva no se prueba, sino que simplemente se supone o se presume, invirtiendo de ese modo la carga de la prueba”¹⁷⁵⁸, en el sentido de que todos los bienes no relacionados con el delito deben apuntar a una relación de proporcionalidad entre los valores adquiridos lícitamente y aquellos en que no haya una prueba de la licitud de los mismos. Se destaca asimismo que el hecho de que el acusado tenga que hacer la prueba de la licitud de los bienes puede, en hipótesis, revelar la violación del principio *nemo tenetur sine detegere*, con el acusado produciendo pruebas de otros delitos contra sí.

En el campo penal y procesal penal se destaca la dificultad de individualización de los bienes, instrumentos o medios que sean de procedencia del delito de blanqueo; así la posibilidad de comiso de bienes por delitos prescritos o que haya alguna causa de extinción de la punibilidad; y, al fin, la posibilidad de afectar bienes de terceros de buena fe en determinadas situaciones de delitos practicados por empresas.

¹⁷⁵⁸ FERNÁNDEZ TERRUELO, 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)*..., p.12.

Debemos puntualizar que todavía hay desacuerdo sobre qué bienes recae el comiso, si sería sobre todas las actividades delictivas que se juzgan o, por el contrario, sobre todas las que ha sido previas, aunque no se juzgan. Y debemos anotar asimismo que la idea correcta es la que apoya la segunda corriente, pues no habría razón para buscar la ampliación del decomiso, además de la previsión en las decisiones marco¹⁷⁵⁹. El comiso ampliado de bienes representa, de hecho, una significativa estrategia a la busca de un Derecho y proceso penal de resultados, ávido de eficacia pero del que se cuestiona si recuerda que tal búsqueda tiene sus límites.

Los límites constitucionales y la distribución de la carga de la prueba en el proceso son reglas que se convierten en difíciles de ser definidas por la acusación, a menos que se entienda que corresponde al acusado realizar la prueba de alguna exclusión de ilicitud, por ejemplo, el ejercicio regular de un derecho o efectuar cualquier negocio jurídico que implique el reciclaje de capitales. Re caerá sobre el denunciado la carga de la prueba de la exclusión, es decir, la evidencia de que la fuente que genera el negocio es lícita, ya que la evolución desproporcionada de patrimonio promoverá una prueba razonable en perjuicio del acusado y la evidencia de las causas de justificación pertenece a la parte demandada en el proceso penal.

7. PRESCRIPCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PUNIBILIDAD DE LA INFRACCIÓN PENAL ANTECEDENTE Y EL DELITO DE RECICLAJE DE CAPITALS

La prescripción penal, según explica Boldova Pasamar, “consiste en la extinción de toda posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso de un plazo de tiempo determinado”¹⁷⁶⁰.

La razón de su existencia reside en la necesidad de dotar de estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones jurídico-sociales reguladas por el Derecho, que les proporciona amparo constitucional (art. 9.3 CE). Desde otra perspectiva,

¹⁷⁵⁹ *Ídem*.

¹⁷⁶⁰ BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, pp. 356-357.

Marín de Espinosa explica que la prescripción se basa tanto en una prevención general como en otra especial, pues puede comprobarse que, “pasado determinado periodo de tiempo ya no es tan necesario proceder a la investigación ni al castigo de hechos ya borrados de la conciencia colectiva”; mientras que, por otro lado, se basa “en la no necesidad de actuar sobre quien, a lo largo del tiempo, ha demostrado ausencia de peligrosidad al no volver a delinquir, además de evidenciar un grado suficiente de socialización”¹⁷⁶¹.

La naturaleza jurídica de la prescripción, a pesar de algunas diferencias doctrinales, es de norma penal material, porque afecta al derecho de sancionar del Estado y se incluye como un derecho de los acusados en el mismo sentido que la norma constitucional española les garantiza su derecho a un juicio público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Tras esta breve introducción sobre la prescripción, su naturaleza jurídica y fundamento, es obligado considerar sus consecuencias para el delito de blanqueo de capitales. Este análisis no se debe hacer a través desde la perspectiva del delito anteriormente señalado, sino más bien desde las consecuencias de la prescripción de la infracción penal antecedente del reciclaje de capitales que llevó a la aparición de los bienes que son objeto de blanqueo.

El delito de blanqueo de activos presenta, como se ha visto antes, autonomía con respecto a una infracción penal que haya dado lugar a los bienes reciclados. Tenemos, por tanto, que observar que la prescripción sobrevenida o cualquier otra causa extintiva de la punibilidad no produce ningún efecto sobre la caracterización de delito de blanqueo de capitales. De hecho, como se dijo anteriormente, la reforma penal promovida con la Ley 10/2010 dejó claro para la doctrina que es innecesaria la sentencia penal firme para el reconocimiento de que los bienes son objeto del delito de blanqueo de activos.

Distinto es cuando se da la presencia de alguna causa excluyente de la tipicidad o de justificación distinta de la ilegalidad de la conducta, ya que, como la Ley penal española adoptó la teoría de la accesoriedad limitada, no hay que hablar de actividad delictiva previa si la conducta fuese atípica o legal.

¹⁷⁶¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Fundamentos de Derecho Penal: parte general...* p. 565.

CONCLUSIONES

1. El orden socioeconómico dispuesto en la CE revela la presencia de una economía social de mercado, mientras la norma constitucional brasileña evidencia la presencia de un estado liberal, pero con franco cariz hacia un intervencionismo destinado a la búsqueda del bienestar social. Ambas Constituciones denotan la necesidad de una reglamentación jurídica mínima de la economía con el fin de protección de la sociedad. Ese ropaje constitucional de ambos países genera la necesidad de la implementación de la tutela penal del orden socioeconómico ante la insuficiencia de las demás ramas del Derecho para su salvaguardia, lo que posteriormente justifica la elección del orden socioeconómico como uno de los bienes jurídicos afectados por el delito de blanqueo de capitales.

2. La construcción del delito de blanqueo de capitales en el tiempo ha evidenciado una sensible evolución en lo que respecta al bien jurídico tutelado. Se ha pasado del delito antecedente a la salud pública, la administración de la justicia, el orden socioeconómico en la vertiente de la libertad de competencia o al tráfico de bienes en la economía; visiones que pugnan por la pluriofensividad e incluso la ausencia de bien jurídico. El delito de blanqueo de capitales es pluriofensivo y afecta al orden socioeconómico, concretamente al tráfico lícito de bienes en el círculo económico (aspecto macroeconómico), porque el blanqueo contamina los capitales lícitos e ilícitos, lo que representa una disminución en la actuación de los agentes económicos, limitando la libertad económica y la capacidad de inversión de los ciudadanos –o sea, se produce una doble afectación en la libertad económica y en el derecho de propiedad. Afecta asimismo a la administración de la justicia, por el interés que el Estado tiene de perseguir esos bienes ilícitos para que no sean empleados por el agente. Se puniría de ese modo todas las fases del modelo trifásico del GAFI para el reciclaje de activos. No se contempla la violación de la libertad de competencia, puesto que se manifiesta solamente en algunos casos, conforme al *modus operandi* del agente.

3. La gravedad de las consecuencias socioeconómicas del blanqueo de capitales se deja sentir globalmente en variados sectores económicos. Por esa razón, dados el avance de la macrocriminalidad y la necesaria expansión del Derecho penal para tutelar bienes jurídicos difusos, no solo desde determinados sectores financieros específicos, sino que desde organizaciones internacionales se ha pasado a trazar normas mínimas de tipificación del delito de blanqueo de capitales, medidas antiblanqueo de activos y procedimientos que contemplan la detección, comunicación y montaje de una red de información sobre operaciones sospechosas, algo que se ha transformado en pieza clave en el afrontamiento del delito y que se ha revelado como fundamental para evitar bolsas de criminalidad o a migración criminal hacia países en los que no hubiese legislación penal para la represión. Al respecto, resulta llamativo que la lucha contra el blanqueo de capitales comenzase protegiendo a las instituciones financieras, como principio de protección del sistema económico-financiero, para después proceder a realizar ese esfuerzo a partir de organismos internacionales y de iniciativas supranacionales.

4. Al confrontar diversas legislaciones penales europeas y latino-americanas, podemos verificar que el esfuerzo integrador con vistas a reducir lagunas de punibilidad ha surtido efecto, porque en todos los países estudiados existe una previsión que tipifica las conductas de blanqueo de capitales, así como la previsión descriptiva de las actividades sospechosas que deben ser comunicadas a una autoridad pública responsable por filtrar esas operaciones. La interconexión de providencias preventivas en los planes antiblanqueo y la adopción de un molde común facilitan una persecución global del delito. La realidad criminológica de cada país, unido a la cultura punitiva exponencial y al grado de desarrollo de algunos países –notablemente, americanos–, implica la elevadas penas para el delito de blanqueo de capitales, pudiendo en algunos casos cuestionarse su proporcionalidad. La adopción de la estrategia de represión del blanqueo de capitales imprudente es una excepción en el ámbito supranacional (al contrario que en España, la mayoría de los países no ha incorporado tal figura a su legislación penal).

5. La Ley penal antiblanqueo brasileña ha pasado por modificaciones legislativas que han propiciado una ampliación de los delitos antecedentes hábiles para la caracterización del blanqueo, además de contemplar tipos penales que, de forma correcta, sancionan las tres fases consideradas en el modelo del GAFI para la realización del delito. La adopción de un sistema abierto de infracciones penales, que es un elemento normativo jurídico del tipo penal, contemplando igualmente delitos y contravenciones penales, atiende a la realidad criminológica brasileña, porque una contravención penal como el '*jogo do bicho*' es una de las principales formas de comisión del delito en Brasil. La sentencia de la AP 470 STF ha propiciado una evolución en diversos conceptos de la teoría del delito en Brasil, de modo que cuestiones de Derecho penal económico ya desarrolladas hace tiempo en Europa solamente ahora han pasado a ser tratadas y desarrolladas en Brasil, en especial las referentes a delitos omisivos impropios, las funciones de *gatekeepers*, *whistleblowers* y *compliance*.

6. El delito del artículo 1.º, *caput*, de la Ley 9.613/98 es un tipo penal doloso, que admite el dolo eventual o dolo directo, de mera actividad, de peligro abstracto, permanente, que no exige la debida reinserción del bien en la economía lícita. Tampoco ha contemplado el legislador la necesidad de un elemento subjetivo del injusto; por tanto, solamente es necesario el conocimiento de que los bienes provienen de una actividad ilícita en un juicio de accesoriedad limitada cuya prueba puede ser indiciaria. Aunque la teoría de la ceguera deliberada se considera fundamento del dolo eventual, nosotros lo consideramos argumento del dolo directo, puesto que el agente se coloca voluntariamente en hipotética situación de desconocimiento, como la *actio libera in causa*, generando algo equivalente al dolo directo, y no a la mera assunción del riesgo sobre la procedencia del bien. La falta de necesidad de un ánimo específico en la conducta del agente permite un mayor rango al tipo penal, sin que ni siquiera sea preciso que la acción esté centrada en una finalidad, como ocurre con el dolo en España. Frente a lo aquí establecido, en Brasil la Ley 9.613/98 no prevé la tipificación del delito imprudente de blanqueo de capitales, que hubiera sido una opción político-criminal correcta en razón de la adopción de una estrategia muy agresiva de lucha contra el blanqueo de capitales, considerando las vecinas

situaciones de dolo eventual y culpa consciente como la primera opción al objeto de la reprochabilidad del hecho.

7. La legislación brasileña no prohíbe en ningún sentido la imputación de autoblanqueo de capitales, tal como ocurre, por ejemplo, en Italia. De hecho, y conforme a su estructura típica, la Ley 9.613/98 lo admite; además, el delito de blanqueo de activos es un delito pluriofensivo, sin que exista la continuidad en la lesión cometida por la infracción penal antecedente, ni se puede hablar de inexigibilidad de conducta diversa. El legislador brasileño podría haber sido más claro, como lo fue el español, que en la redacción del tipo penal admite expresamente su posibilidad al establecer que la actividad delictiva puede ser practicada por tercera persona, mientras que una interpretación que la haga posible en el caso de Brasil depende exclusivamente de la inexistencia de una prohibición expresa.

Los tipos penales de blanqueo de capitales son dolosos, pero no todos ellos son figuras que admitan el dolo eventual conforme a la descripción del tipo penal. En ese sentido, en España se adopta la teoría de la ceguera deliberada para fundamentar el dolo eventual, aunque creemos que se trata de un argumento para el dolo directo, incluso con base en la *actio libera in causa*. Las modalidades de agravación del delito presentan trazos de igualdad en los dos ordenamientos jurídicos, por prever que la organización criminal es una causa de agravación de la pena, algo que se fundamenta en el ámbito internacional y que ofrece una medida adecuada de política criminal. No obstante, y por su lado, la otra situación de agravamiento se diferencia de las previstas en la legislación española, al no prever un delito antecedente en especial como motivo para agravar la pena. Por su lado, la reiteración delictiva no ofrece como referente cuántos habrían de ser los delitos necesarios para considerarse reiteración, no pudiendo aplicarse simultáneamente de los dos –o sea, la agravación y el delito continuado–, por violación del *ne bis in idem*.

8. La antijuridicidad en el blanqueo de capitales se contempla desde la óptica de la excluyente del estricto cumplimiento del deber legal, lo que es aplicable a aquellos agentes que, por fuerza de la Ley 9.613/98, tienen el deber de informar de operaciones sospechosas con vistas a evitar un delito de blanqueo por omisión impropia. La cuestión es diferente en España, ya que se

analiza desde otra hipótesis de exclusión: la del ejercicio legal de profesión, cargo o derecho, utilizada para fundamentar la ausencia de responsabilidad penal del profesional liberal que recibe el pago de sus honorarios por medio de dinero de origen delictivo, cuya responsabilización debe ser excepcional. Creemos que la cuestión del pago de honorarios con valores no se resuelve por la antijuridicidad, sino por la tipicidad en virtud del agente que no actúa con dolo.

9. La cuestión del *compliance* se ha presentado en pocas decisiones de la justicia federal brasileña, si bien la discusión sobre ella ha ganado fuerza a partir del enjuiciamiento de un caso que afecta a autoridades políticas. En ese juzgado empezó el debate sobre la necesidad de implementación, los límites de la actuación de los *compliance officers* y su responsabilidad por un delito omisivo impropio, aunque sin la profundidad con que la doctrina española ha tratado el tema. En el país europeo, en concreto, hoy se dispone de una teoría del delito adaptada a los cambios empresariales, tanto que no ha sido necesario abrir un debate sobre puntos como, por ejemplo, la delegación interna de competencias y las consecuencias penales. En el caso de Brasil se trata, no obstante, de un análisis preliminar, pues la cuestión que ahora es más debatida es la posibilidad de responsabilidad penal y administrativa, incluso de modo simultáneo, ya que en Brasil no se habla de la imposibilidad de una doble responsabilización de los agentes de *compliance*. La autoría y participación ha sido igualmente objeto de profundo debate en el curso de la antedicha sentencia, en especial por la amplia discusión respecto de la teoría del dominio funcional del hecho. Se ha adoptado una vertiente que la admite en estructuras empresariales complejas, frente a la versión originaria de Claus Roxin, que no la aplica a la criminalidad de empresa, mientras que en España hay una resistencia a admitirse que en cada relación de mando intermedio existe una cuestión de coautoría.

La cuestión referente a la posibilidad de que el delito de evasión de impuestos sea apto a la caracterización de delito antecedente al blanqueo de capitales solamente ha pasado a ganar relevancia con la reforma legislativa de 2012. La admisibilidad de que la defraudación tributaria sea delito antecedente es evidente, puesto que la retención de valores referentes al pago de tributos prevé la inversión de los valores que pasaron a ser objeto de delito tributario y, por tanto, de origen ilícito, siendo por tanto susceptibles de ser objeto de reciclaje

de activos. En Brasil, la jurisprudencia consolidada establece que, si el valor del impago tributario es inferior a R\$ 10.000, se aplica el principio de insignificancia, siendo el motivo los costes administrativos de la búsqueda de confirmación de la deuda y las costas del proceso judicial. Creemos que no se puede adoptar un argumento utilitarista en ese sentido, puesto que un bien jurídico no puede ser objeto de instrumentalización o de consideración a partir del prisma de la cuantía económica del provecho del delito o del patrimonio público. La consideración de lo que es insignificante debería ser realizada con amparo en valores inferiores, y no tan elevados. Pero, en tant así sea, el blanqueo de capitales para valores inferiores a R\$ 10.000 provenientes de un delito fiscal no es una conducta típica, según las reglas de la accesoriedad limitada.

10. Por lo que respecta a la punibilidad dentro del delito de blanqueo de capitales, la legislación brasileña es muy confusa en lo que respecta a la colaboración premiada, puesto que coexisten leyes que ofrecen preceptos conflictivos, como la Ley del crimen organizado y la Ley de blanqueo de capitales. Cada ley presenta requisitos y beneficios diferentes, siendo necesario un acuerdo cauteloso que evite contradicciones entre los textos normativos. De modo acertado, la Ley de blanqueo prevé la pérdida de los bienes, derechos y valores provenientes del delito, así como la prohibición para el ejercicio de cargo o función pública. El STF se ha manifestado también sobre la cuestión referente a la pérdida de mandato electivo, no pudiendo condicionar el mantenimiento o no del cargo en las manos del poder legislativo, so pena de quebrantar la separación de los poderes; porque, si hay sentencia firme del poder judicial que reconozca la responsabilidad penal por un delito, no se puede admitir que la última palabra sobre la preservación del mandato permanezca en manos del legislativo, contrariando lo deliberado en sede judicial, en especial, cuando hay indicios seguros de que el parlamentario está involucrado en actividad delictiva.

11. La ampliación del listado de delitos antecedentes es objeto de intensa crítica en función de su no necesidad, promoviendo por tanto una excesiva ampliación en el espectro de alcance del delito. No lo entendemos nosotros así, puesto que entendemos que hay una autonomía en el delito de blanqueo de capitales con relación al delito antecedente, además de que esa ampliación

evitaría la creación de rutas de migración de la criminalidad para aprovecharse de lagunas de punibilidad.

12. El tipo objetivo del artículo 301.1 CPe demuestra que estamos ante un tipo mixto alternativo; todas las conductas típicas deben ser realizadas con una de las finalidades previstas en la ley penal –la de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos–, pero sabiendo en ambos casos que los bienes tienen origen en una actividad delictiva. No me parece adecuada la cláusula general al final del tipo base de blanqueo de capitales “o realice cualquier otro acto”, puesto que el injusto debe ser claro, taxativo y contener la certeza necesaria en la descripción del hecho típico.

En ninguno de ambos países es aplicable el principio de insignificancia al delito de blanqueo de capitales, por ser un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la administración de la justicia –bienes indisponibles–, así como a la economía –que no puede ser considerada como algo de posible afectación– hasta un determinado valor. El sistema español de represión del blanqueo de capitales presenta una hipótesis que evita la doble responsabilidad penal y administrativa simultánea, no siendo posible la responsabilización administrativa, si un hecho es objeto de sanción penal; mientras que en Brasil se permiten ambas sanciones por ese hecho. Puede observarse que en España el principio *ne bis in idem* sobrepasa los límites estrictos del Derecho penal, para alcanzar todo el Derecho. Eso revela que la interpretación del Derecho no se limita a sus ramas de estudio, de modo aislado, sino que contiene principios universales que contemplan el hecho como objeto de análisis. Este es un principio adecuado respecto a la búsqueda de la interpretación de la ley, aunque permite algunas lagunas de punibilidad, dado que la reprobación administrativa del hecho contiene una reprobación económica más grave que la penal; además de contemplar otras sanciones preventivas del sistema económico que no contempla el Derecho penal.

13. Consideramos posible el autoblanqueo de capitales, puesto que entre el delito antecedente y el blanqueo existe una diversidad de bienes jurídicos, de modo tal que no puede hablarse de continuidad en la lesión del bien jurídico afectado por el primer delito. En España el legislador permite expresamente el

autoblanqueo, porque la redacción del tipo penal no presenta ninguna restricción a que la actividad delictiva previa sea realizada por el mismo agente que posteriormente promueve su blanqueo, lo que no es posible conforme al art. 301.2 CPe. La cuestión se matiza para las conductas de poseer y utilizar, ya que en tales casos sí estamos ante una continuidad de lesión al bien jurídico previamente afectado. El delito de blanqueo de capitales en su forma dolosa no necesita de que el agente blanqueador tenga un conocimiento completo de la fuente del capital ilícito; basta con el conocimiento indiciario de que proviene de un hecho típico y antijurídico considerado actividad delictiva, aunque no sea conocido en sus detalles el tipo penal afectado. El *dolo subsequens* no permite la responsabilización penal del agente, porque el conocimiento de la situación delictiva debe ocurrir en el instante de la conducta, y no posteriormente, salvo en las hipótesis de obligación de trato sucesivo o aquellas en que, de acuerdo con la Ley 10/2010, el agente tenga el deber de evitar el resultado cuando ocurra el *dolo sobrevenido*.

14. Un factor que suscita polémica en España es la posibilidad del delito de blanqueo de capitales imprudente, respecto al cual hemos dejado claro que entendemos que la narrativa típica podría ser mejor construida, delimitando las conductas susceptibles de ser realizadas en esa modalidad. Entendemos, además, siguiendo una opinión minoritaria, que el tipo imprudente presenta algunas ventajas, puesto que evitaría la interpretación elástica del dolo, en especial del dolo eventual; y promovería una mayor diligencia en la realización de los negocios, rodeándose de elementos que eviten el comportamiento sospechoso de blanqueo. En definitiva, la creación del tipo penal de blanqueo imprudente, aun siendo objeto de críticas, no es un mal planteamiento, pues evitaría algunas acusaciones de blanqueo de capitales por el dolo eventual, en especial en situaciones limítrofes entre el dolo eventual y la culpa consciente para la contención de una acusación en exceso. Las obligaciones de la Ley antiblanqueo no son reglas aplicables solamente a los sujetos obligados, pues a todos los ciudadanos se les exige la adopción del deber de cuidado en las prácticas de la vida económica; la diferencia es que, con relación a los sujetos obligados, la institución de deberes propios e inherentes a su ubicación en la cadena económica puede funcionar como elemento de identificación del dolo

eventual o culpa consciente. El problema del blanqueo imprudente se encuentra en la estructura de la tipificación, puesto que ha creado un delito que no tiene en cuenta los elementos subjetivos del injusto exigibles, según la legislación española, en algunas figuras del blanqueo de capitales e incompatibles, por tanto, con la figura imprudente. Con referencia a los tipos agravados previstos en el Código Penal española, algunas de las agravaciones presentan justificación creíble, como en el caso de la organización criminal; aunque no así otros tantos, como el tráfico de drogas, si se analiza desde el prisma de la prevención general. En otros casos se observa una protección insuficiente al bien jurídico, puesto que debería combatirse la corrupción en el sector público y privado, pero no específicamente en el sector urbanístico.

15. En el Código Penal español la antijuridicidad se analiza en algunas de sus causas de exclusión y el estado de necesidad se configura en la hipótesis del agente que blanquea capitales para salvar a un miembro cercano de su familia o a sí mismo, pero no en la conducta de aquel que blanquea bienes como medio de vida, en virtud de que existen otros medios para evitar la lesión al bien jurídico. Pero la cuestión más compleja y polémica es la referente a los profesionales liberales y los requisitos para el ejercicio legal de profesión, cargo u oficio, debiendo ser analizado casuísticamente el pago de honorarios, pues la cuestión no admite una exclusión o admisión automática de responsabilidad penal, siendo las circunstancias concretas las que delimiten su ocurrencia o no, de acuerdo con el conocimiento del origen ilícito o el valor contratado, entre otras cuestiones. En lo relativo a orientaciones profesionales, es necesario verificar el límite entre tales orientaciones en virtud de la profesión, aunque sí puede ocasionar responsabilidad civil ex delicto por la vía del art. 122 del Código Penal español; y aquellas otras adoptadas con conocimiento del plan delictivo. El delito de blanqueo de capitales en España es objeto de un profundo y denso análisis de aspectos dogmáticos que solamente ahora se incorporan, quizá más expresivamente, a Brasil, en especial, en cuestiones de autoría y participación. La autoría y la cuestión del reparto interno de competencias es algo que ha ganado fuerza en Brasil con la sentencia de la acción penal 470 STF; sin embargo, estas cuestiones fueron analizadas hace ya tiempo en el país europeo. Hay una consolidación y una acomodación dentro de

la teoría jurídica del delito de esos mecanismos de organización empresarial en España, donde se vislumbra una modernización de la teoría del delito para posibilitar la responsabilización de agentes que echan mano de complejas redes de estructura empresarial con el fin de eximirse del hecho típico. La responsabilidad penal entre los ejecutores y los mandantes intermedios y dirigentes se resuelve por medio de una hipótesis de coautoría entre cada uno de los eslabones de la cadena estructural que traspasó la orden de realizar un delito, gozando cada uno de ellos el poder tanto de impulsar el *iter criminis*, como de cesar la actividad delictiva; de modo que entre todos se forma una cadena delictiva representativa del dominio funcional del hecho caracterizador de la coautoría.

16. De modo distinto a lo que sucede en Brasil, donde la votación en sentido contrario tiene capacidad de evitar responsabilidad penal, el sistema español prevé que no es suficiente la resistencia en la votación, la deliberación en sentido contrario, para evitar que un dirigente o administrador sea responsabilizado penalmente por una decisión colegiada en favor del delito de blanqueo de capitales, debiendo incluso buscar medios judiciales de conformidad con la legislación societaria en vigor, para dar validez a la decisión o presentar una *notitia criminis* a los órganos de la Ley 10/2010 o al Ministerio Fiscal en el sentido de evitar un delito omisivo impropio. Esa situación presenta sus puntos de juridicidad en la situación de un agente que vote contrariamente al blanqueo de capitales, pero que posteriormente, sin formalizar tal idea, pasa a auxiliar a la mayoría en el plan delictivo; por supuesto que habrá concurso de agentes, aunque esté formalizada su contrariedad al hecho delictivo, que enmascara su intención en favor del blanqueo de capitales.

17. El delito de blanqueo de capitales es un delito de peligro abstracto en que no es necesaria la efectiva inserción de los capitales en el flujo económico lícito del tipo penal del artículo 301.1 del CPe; así la tentativa genera la configuración de un delito autónomo de provocación, instigación o proposición para el delito previsto en el artículo 304 del CPe. No obstante, nos parece que la pena de ese delito vulnera el principio de la proporcionalidad, puesto que sanciona con extrema gravedad una conducta cuyos límites entre la cogitación y los actos de ejecución queda muy lejos; además la situación presenta una

excesiva anticipación de la tipificación de la conducta. *De lege ferenda* no debería existir el delito del art. 304 CPe, dejando la configuración de la tentativa a la interpretación de los tipos penales y verificando su admisibilidad conforme a la estructura y moldeado de cada uno de los tipos penales de blanqueo de capitales.

18. La relación del delito fiscal con los delitos de blanqueo de capitales revela una intensa polémica en España. Al respecto, creemos posible el blanqueo de la cuota tributaria defraudada, porque la legislación penal apunta que es necesario que los bienes tengan origen en una actividad delictiva, y no que los bienes sean ilícitos en su origen. El delito de blanqueo de capitales, además, es un tipo penal que contiene en el elemento 'actividad delictiva' un elemento normativo del tipo penal; no es una norma penal en blanco, por lo que no es necesaria la remisión a la legislación antiblanqueo. Por último debe tenerse también en cuenta la diversidad de bienes jurídicos protegidos entre los dos delitos: el patrimonio público y las funciones de recaudación o distribución de las rentas del tributo en el delito fiscal y al tráfico lícito de bienes en el círculo económico en el delito de blanqueo de capitales. Es más, creemos que no es posible la doble punición por blanqueo y delito fiscal a causa de la violación del *ne bis in idem* en la conducta de poseer practicada por el mismo agente, porque se trata de una continuidad en la lesión al bien jurídico del delito tributario y ni siquiera existe inserción del capital en el flujo económico lícito; como tampoco por la conducta de "realizar cualquier otro acto", al lesionar el principio de taxatividad; algo que se ofrece como una cuestión de concurso aparente de normas, resuelta en favor del delito tributario. La regularización tributaria no presenta ninguna consecuencia en la caracterización del delito de blanqueo de capitales, al adoptarse la teoría de la accesoriedad limitada; del mismo modo que tampoco su admisibilidad como medio de extinción de la punibilidad podría generar un estímulo a la comisión de nuevos delitos, puesto que, si fuera posible una investigación o un proceso penal, el pago del valor la deuda puede reparar las cuestiones con el bien jurídico tributario, operando como un método de política fiscal, aunque no restablecerá la regularidad de los capitales que ya están en el flujo legal económico, sirviendo como estímulo a la comisión del blanqueo, por existir siempre la posibilidad de la reinserción del capital al fisco,

en tanto mecanismo que señale que no habrá lesión a los flujos económicos lícitos y que no habrá proceso penal.

19. El delito del artículo 301.2 del CPe presenta una redacción confusa y redundante porque “ocultar” o “encubrir” presentan el mismo significado, al contrario que en la ley brasileña antiblanqueo, que tipifica las conductas de “ocultar” o “disimular”, lo que posee significación diversa e imprime al tipo penal un mayor rango. La tipificación del delito de blanqueo de capitales en España contempla todavía la punición por el delito, aunque la figura antecedente haya ocurrido fuera del territorio español, tal como la Ley brasileña. La medida denota una preocupación por la proliferación de lagunas de punibilidad en virtud de que el delito antecedente haya ocurrido fuera de España, revelando el compromiso español en las medidas sugeridas por diversos organismos internacionales especializados en reciclaje de activos. La modernización de la teoría del delito arriba señalada hace que se cree una teoría jurídica del delito específica para las personas jurídicas, contemplándose de modo específico una cláusula general, mientras que la doctrina presenta conceptos propios de acción, culpabilidad y un sistema específico de penas que permite la posibilidad de responsabilidad penal de las mismas, frente a lo que sucede en Brasil, donde se limita a delitos ambientales y, en teoría, por la falta de ley reglamentaria en los delitos contra el sistema financiero nacional. En ese punto cabe señalar que la responsabilidad penal podría contemplar a otras personas jurídicas que no pueden ser responsabilizadas de acuerdo con la normativa penal como, por ejemplo, los partidos políticos.

En cuanto a la estructuración del mecanismo de *compliance*, su ineficiente configuración puede generar un delito de blanqueo en el incumplimiento de las normas antiblanqueo. No obstante, en principio este extremo es algo complicado para la estructura de las pequeñas empresas, cuyos movimientos financieros de capital deben hacerse pagando empleados y proveedores, o cumpliendo sus contratos. Centrándonos en las cuestiones de *compliance*, la creación y desarrollo es –nos atrevemos incluso a decir– una exigencia de la vida empresarial, de modo que la mala formación o la delegación parcial de los deberes de mantenimiento puede, conforme a las reglas del Derecho penal, generar una responsabilidad penal por omisión impropia y la presencia de autoría

o incluso de coautoría, conforme a los diferentes eslabones de la cadena empresarial.

20. Al fin, la punibilidad en el Derecho penal español presenta diversos elementos que escapan a la realidad brasileña. Uno que nos ha llamado la atención es la violación del principio de proporcionalidad en lo que atañe a las penas de multa, una vez que en los delitos de blanqueo de capitales doloso y culposo la pena de multa es la misma, y el elemento subjetivo del tipo penal es algo que influye en la determinación de una cantidad mayor o menor de su imposición, así como la necesidad/suficiencia de la multa para la reprobación de la conducta. Aún que el delito de blanqueo imprudente afecte el mismo bien jurídico, con reflexos socioeconómicos y en la administración de la justicia no se puede concebir que las dos situaciones sean encuadradas con el mismo grado en el valor de la multa, luego, el delito imprudente debería tener su pena en un valor inferior al delito doloso. En lo tocante a la inhabilitación consubstanciada en la prohibición del ejercicio de algunas funciones, el legislador penal brasileño la adoptó como efecto de la condena con menor amplitud que el legislador español, ciñéndola a cargo o función pública, director, miembro de consejo de administración o de gerencia de determinadas personas jurídicas (art. 7.º.II L 9.613/98), utilizando como parámetro temporal el doble de la pena privativa de libertad aplicada. En España la norma penal (art. 303 CPe) se refiere a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la efectiva actividad profesional del agente, por el transcurso de un tiempo que puede ser el mismo de la pena privativa de libertad por el delito de blanqueo de capitales. La ley penal brasileña es más severa, porque prevé el doble de la pena aplicada por el delito de blanqueo de activos; la ley española, por su lado, contempla una pena idéntica a la privativa de libertad. El juez español tiene mayor libertad en cuanto a su aplicación o no, puesto que, en nuestra opinión, depende de que el agente se valga o no de su profesión para la comisión del delito, pudiendo dejar de aplicarla; mientras que en Brasil su incidencia es obligada. Cada sistema tiene sus ventajas y sus desventajas. En Brasil el automatismo de la incidencia –natural por el hecho de ser considerado efecto de la condena– puede generar distorsiones cuando se contrapone con la pena privativa de libertad, pues puede implicar una mayor restricción. Por su lado, en el Derecho penal español la inclusión de categorías

profesionales del área de salud sin ningún tipo de operatividad práctica para el delito de blanqueo de capitales, sencillamente repite lo dispuesto para los tipos penales antidrogas y sin motivación político-criminal ni siquiera dentro de las teorías de prevención para su justificación en el Código Penal.

21. El Derecho penal español, al contrario que el brasileño, permite la resolución de cuestiones de responsabilidad civil, restitución, reparación del daño o indemnización por daños materiales o morales directamente en el proceso penal, fijando para ello un valor de indemnización cuyo pago deberá ser realizado por los involucrados en el delito, así como por el responsable civil. En lo que respecta al decomiso, el legislador se equivocó al no prever la posibilidad del proceder al de los bienes blanqueados en la figura imprudente del delito de blanqueo de capitales, ya que lo adecuado es que esos bienes salgan del circuito económico del tráfico lícito de bienes, pues, sean doloso o culposo, produce daños al orden socioeconómico y a la administración de la justicia. *De lege ferenda* el legislador debería contemplar el decomiso de los bienes cualquiera que sea la forma del blanqueo de capitales.

Por el contrario, constituyó una medida legislativa adecuada el decomiso ampliado, porque no siempre será posible la repatriación del capital ilícitamente obtenido, y en cuanto a la localización de otros bienes del agente, aunque sean de origen lícito, todavía existen barreras de orden constitucional relativas al principio de presunción de inocencia y a la distribución de la carga de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

IV Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, realizado el 18 y 19 de julio de 2013. Disponible en internet en: <http://www.abogacia.es/2013/07/19/el-iv-congreso-sobre-prevencion-de-blanqueo-pide-la-aprobacion-del-reglamento-de-la-ley-102010-tres-anos-despues-de-su-entrada-en-vigor>. Fecha de acceso: 04/03/2014.

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral en Derecho Penal. Universidade de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela (enero de 2001).

_____. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”. *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 79 (2011).

_____. “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14 (2012), p. 31. (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>. Fecha del acceso: 15/05/2014).

_____. *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre*. Bosch: Barcelona, 2005.

_____. “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español hasta la última reforma de 2003”. *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 20 (2005).

_____. “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal”. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20 (2013).

- Actos Jurídicos de la União Europeia*. Disponible en internet en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0032_pt.htm. Fecha de acceso: 27/11/2013.
- ADRIASOLA, Gabriel. “Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos”. En *El crimen organizado: Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización* (Coord.: YACOBUCCI, Guillermo Jorge). Ábaco: Buenos Aires, 2005.
- ALFREDO JÚNIOR, David Rodrigues. *Dos delitos tributários praticados por particulares: análise crítica dos tipos penais previstos nos artigos 1º e 2º da lei n. 8.137/1990*. Tesis de Máster en Derecho Penal. Universidad Estadual de Maringá: Maringá (mayo de 2007).
- AGOSTINHO BARRETO ASCARI, Janice. “Algumas notas sobre a lavagem de ativos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 45, año 11 (oct.-dic. 2003), pp. 215-223.
- AGUADO CORREA, Teresa. “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal”. *RECPC*, 05-04 (2003), p. 16. (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 09/04/2011).
- AGUIAR COIMBRA, Marcelo de; ALESSI MANZI, Vanessa. *Manual de Compliance: Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. Atlas: São Paulo, 2010.
- AGUSTINA, JOSÉ R. “Fenomenología del *employee crime*: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”. *Política Criminal*, vol. 5, n.º 10, Art. 3 (dic. 2010), p. 386. (Disponible en internet: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A3.pdf. Fecha de acceso: 02/04/2014).
- ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. “Aspectos institucionales del blanqueo en España”. En *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. (Dir.: Javier Zaragoza Aguado). *Estudios de Derecho Judicial*, nº 28. 2000.
- ALMEIDA AGUIAR, Leonardo Augusto de. *Perdão Judicial*. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

- ALMEIDA PEDROSO, Fernando de. “Perdão Judicial – Natureza Concessiva. Possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial”. *RT*, vol. 708 (1994).
- ALTIERI MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do delito antecedente*. RT: São Paulo, 2003.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I. 2 ed. Tecnos: Madrid, 1996.
- ALVES DE TOLEDO, Gastão. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.
- AMADO DE FARIA SOUZA, José. “Uma visão do Direito Penal dos Estados Unidos da América”. *Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 50 (jul.-set. 1988).
- AMARAL, Ronald. “O constitucionalismo na era Vargas”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 163, año 41 (jul.-sept. 2004).
- AMBOS, Kai. “Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 37, año 10 (ene.-mar. 2002).
- _____. “La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutras”. *RDPC*. 2.ª Época, nº 8 (2001).
- Anteprojeto de reforma do Código Penal da República Federativa do Brasil*. Disponible en internet en: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Fecha de acceso: 05/02/2014.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2008.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. I. 15 ed. Giuffrè: Milán, 2008.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Barcelona, 2000.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- ARNONE, Marco; BORINI, Leonardo. "International anti-money laundering programs Empirical assessment and issues in criminal regulation". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 13, n.º 3 (2010).
- ARROYO ZAPATERO, Luis. "Cultura, Constitución y Derecho Penal". En *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (Coord. Sergio García Ramírez). Universidad Autónoma de México: Ciudad de México, 2005.
- ASSIS BETTI, Francisco de. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: Comentários as leis 7.492/86 e 9.613/98*. Delrey: Belo Horizonte, 2000.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 1986.
- AZZALI, Giampiero. "Diritto Penale dell'offesa e riciclaggio". *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, fasc. 2 (abr.-jun. 1993).
- BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso entre el delito fiscal y el blanqueo de dinero*. Aranzadi: Madrid, 2012 (ebook).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la EU sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido". En *Derecho Penal Económico*. Hamurabi: Buenos Aires, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas: Madrid. 1978.
- _____. *Aspectos penales del blanqueo de dinero*. (Disponible en: www.miguelbajo.com. Fecha de consulta: 29/09/2007).
- _____. "Una Respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico". *Revista de los Abogados penalistas del Valle*, n.º 7 (1980).

- _____. “La delincuencia económica: Un enfoque criminológico y político criminal”. En *Estudios Penales. Libro en Homenaje al Prof. J. Antón Onega*. Ediciones Universidad de Salamanca: Salamanca, 1982.
- _____; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggesse). Marcial Pons: Madrid, 2009.
- _____. “El desatinado delito de blanqueo de capitales”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggesse). Marcial Pons: Madrid, 2009.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “Aspectos gerais sobre o delito de lavagem de dinheiro”. En *Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. (Orgs. José Paulo Baltazar Júnior y Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.
- _____. *Crimes federais*. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas*. RT: São Paulo, 2004.
- _____. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas*. 3ª ed. RT: São Paulo, 2012.
- _____. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cívicas Correlatas*. 5ª ed. RT: São Paulo, 2013.
- BASOCO TERRADILLOS, Juan María. “Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico”. En *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano y Derecho Penal Económico* (Coords: Juan María Terradillos Basoco; Maria Acale Sánchez). Trotta: Madrid, 2004.
- _____; MAPPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3 ed. Madrid: Civitas. 1996.

- BASSOLS COMA, Martin. *Constitución y sistema económico*. 2 ed. Tecnos: Madrid, 1988.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 3 ed. Niteroi: Lumen Juris. 2005.
- BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2013.
- _____. *Crime de lavagem de dinheiro*. Atlas: São Paulo, 2006.
- _____. "Lavagem de Dinheiro: crimes permanentes" (Disponible en internet en: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=738. Fecha de acceso: 14-09-2013)
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Martin Claret: São Paulo, 2006.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesuales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"*. Dykinson: Madrid, 2004.
- BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. "Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario". En *El desafío de la criminalidad organizada* (Coord.: Nieves Sanz Mulas). Comares: Granada, 2006.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 18, n.º 87 (nov.-dic. 2010).
- _____. "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales". En *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. (Dir.: Francisco José Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli y Miguel Ángel Núñez Paz). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011.
- BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del Blanqueo de Capitales: Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho* (Tesis Doctoral). Universidad Pompeu Fabra, 2009.

_____ ; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito de blanqueo de capitales*. In: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. (Dir: Jesús-Maria Silva Sánchez). La Ley: Madrid, 2011.

BERNASCONI, Paolo. "Flux internationaux de capitaux d'origine illicite. La Suisse face aux nouvelles stratégies". *Annuaire Suisse - Tiers Monde*. IUED: Ginebra, 1990.

_____. *Le blanchissage d'argent en Droit Pénal suisse. Rapport explicatif avec proposition de révision législative (nouvel art. 305 bis CP) par mandat 22./31.7.1986 du Département fédéral de Justice et Police*. Lugano, 15 sep. 1986.

BESSA ANTUNES, Paulo de. *Dano Ambiental: Uma abordagem conceitual*. Lumen Juris: Río de Janeiro, 2002.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. RT: São Paulo, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

_____ ; OLIVEIRA MONTEIRO, Luciana de. "Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual". *Revista brasileira de Ciências Criminais*, nº 102. RT: São Paulo, 2013.

_____. "Não se aplica a majorante em lavagem de dinheiro". *Revista Consultor Jurídico* (Disponível em internet em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/cezar-bitencourt-nao-aplica-majorante-crime-lavagem-dinheiro>). Fecha de acceso: 09/09/2013.

BITTENCOURT DA ROSA, Fábio. *Legitimação do Ato de Criminalizar*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3 ed. Navarra: Aranzadi, 2012.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. 2 ed. Thompson-Aranzadi: Navarra, 2002.

_____. “El Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 06-05 (2004). <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>. pp. 3-4. Fecha del acceso: 30/04/2014.

_____; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. “Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado”. *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección Nacional Española Preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest (Almagro, mayo de 1999)*. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

_____. “Negocios Ilícitos y acciones socialmente adecuadas”. *Revista de la ADPCP*, vol. I (1997).

_____. “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 14 (dic. 2000).

_____. “Comiso ampliado y presunción de inocencia”. En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (Dir.: Luz María Puente Aba). Comares: Granada, 2008.

BOLDOVAR PASAMAR, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”. *REPC*, vol. XXXIII (2013).

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata em Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2000.

BOTTINI CRUZ, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. RT: São Paulo, 2007.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012*. RT: São Paulo, 2012.

_____. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal?* Revista Consultor Jurídico. Disponible en internet en: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Fecha de acceso: 31/05/2013.

- BOTTKE, Wilfried. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”. *Revista Penal*, n.º 2. (jul. 1998).
- BRAGA PALITOT, Rômulo Rhemo. *Lavagem de dinheiro: Fenomenologia, Bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 2 ed. Forense: Río de Janeiro, 2013.
- BRANDÃO, Nuno. *O Branqueamento de capitais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002.
- BRANQUINHO P. MAMEDE NASCIMENTO, Raquel. “Aspectos investigativos dos crimes contra o sistema financeiro nacional, de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro”. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4, n. 42. (2001).
- BROCHU, Serge; ZAMBRANA, Claudia. “Globalización económica y drogas”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 19 (dic. 2005).
- BRUNO, Aníbal *Direito Penal*, t. 3.º. 3 ed. Forense: Río de Janeiro, 1967.
- BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, Aurélio. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11 ed. Gamma: Río de Janeiro, 1972.
- BUISMAN, Sanne. “The influence of the European Legislator on the National Criminal Law of Member States: It is all in the Combination Chosen”. *Utretch Law Review*, vol. 7, nº 3 (2011).
- BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 3. ed. West Group: St. Paul (MN), 2002.
- CADENAS CORTINA, Cristina. “Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 56 (1995).
- CALDERÓN CERESO, Ángel. *El marco jurídico del blanqueo de capitales: Aspectos penales y administrativos*. Disponible en:

http://www.datadiar.com/actual/novedades_05/penal/blanqueo/d_may_02c.htm. Fecha de consulta: 27/11/2007.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. Manole: Barueri, 2007.

_____; BARAZZETTI WEBER, Ariel. *Lavagem de Dinheiro*. Atlas: São Paulo, 2014.

CARBONELL MATEO, Juan Carlos. “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y banalización de la Legalidad”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Coords.: Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca: Cuenca, 2001.

_____. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”. *CPC*, n.º 101 (2010)

CARDOSO PEREIRA, Flávio. “Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?”. *RSDPPP*, v. 6, n.º 31 (abr.-may. 2005).

CASTALDO, Andrea. “Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero”. *Rivista di scienze giuridiche Studi Urbinati*, (nuova serie) A-50, año LXV (1997-1998)

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Revan: Río de Janeiro, 2004.

CASTRO MORENO, Abraham. “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”. *Diario La Ley*, n.º 7.277, año XXX (2009).

CAVALIER, Ophelie; PINTO, Ricardo. *El delito de lavado de activos como delito autónomo*. Washington: CICAD ONU. Disponible en internet en: www.cicad.org. Fecha de acceso: 12/07/2008.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Comares: Granada, 2004.

- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. ARA editores/RT: Lima/São Paulo, 2007.
- _____. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 6 ed. Tecnos: Madrid, 1999.
- _____. “El Finalismo, Hoy”. *ADPCP*, T. XLVI, Fasc. I (ene.-abr. 1993)
- CERNICHIARO, Luiz Vicente. “Crime Organizado”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (may.-ago. 1997).
- CERQUEIRA, Thales Tácito; ALBUQUERQUE CERQUEIRA, Camila. *Direito Eleitoral Esquematizado*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; TERRA DE OLIVEIRA, William de. *Lei de Lavagem de Capitais*. RT: São Paulo, 1998.
- CESANO, José Daniel. “Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo”. *RDPPP*, fascículo 2 (feb. 2007).
- CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. *Imputação Objetiva e Direito Penal brasileiro*. Cultural Paulista: São Paulo, 2001.
- CHEMIM GUIMARÃES, Luiz. “O perdão judicial à luz da reforma penal de maio de 1977”. *MP*, v. 11, n.º 10 (1983).
- CHOCLÁN, Ángel; CALDERÓN, Ángel. *Derecho Penal: Parte Especial*. Bosch: Barcelona, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal, penitenciario* (2008).
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 2 ed. Conceito Editorial: Florianópolis, 2012.
- _____. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed. Freitas Bastos: Río de Janeiro, 2002.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. “La recepción de las normas de la comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”. *Cuadernos de Política Criminal* (2ª época), n.º 85 (2005).

- _____; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: parte general*. 5ª ed. Tirant Lo Blanch: Valencia: 1999.
- COGAN, Arthur. "O perdão judicial". *RT*, vol. 63, n.º 465 (jul. 1974).
- COLÓM CABAU, Agustí. "La crisis económica española: orígenes y consecuencias. Una aproximación crítica". En *XIII Jornadas de Economía Crítica. Los costes de la crisis y alternativas en construcción*. Sevilla, 2012
- CORCOY BIDASOL, Mirentxu. "Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal mínimo". *Cuadernos de Derecho Judicial VIII. Derecho Penal del siglo XXI* (dir.: Santiago Mir Puig), 2008.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales". *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8 (2012).
- CORREA AGUADO, Teresa. "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. «Garantizar que el delito no resulte provechoso»". *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 15-05 (2013). Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc15-05.pdf>. Fecha de acceso: 07/03/2014.
- COSTA JR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elisabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*. Saraiva: São Paulo, 2000.
- COUTO DE BRITO, Alexis. "Crimes de 'Lavagem de ativos' (Lei 9.613/98)". En *Legislação Penal Especial*, vol. II. (Orgs: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira; Paulo Henrique Aranda Füller) 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.
- CUADRADO RUIZ, María Ángeles. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?". *RJCL*, n.º 12 (2007).
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica". *RECPC* (2013).
- CUREAU, Sandra. "Lavagem de Dinheiro". *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n.º 6 (1994).

- D'ALBORA, Francisco J. "El delito de Lavado de Activos de origen delictivo y sus vicisitudes". *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, 16/08/2010.
- _____, "La nueva ley de lavado de activos". Disponible en internet en: <http://www.fapla.org.ar/biblioteca.html>. Fecha de acceso: 16/01/2014.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. "A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais". *Boletim IBCCrim*, v. 7, n.º 79 (jun. 1999).
- DE ALFONSO LASO, Daniel. "La modificación del delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)". En *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi: Navarra, 2010.
- _____. "El abogado ante la comisión imprudente de blanqueo de capitales". *Diario La Ley*, n.º 7019-7020 (2008).
- DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2 ed. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2012.
- _____. "Dos crimes: aspectos objetivos". En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal* (Org. Carla Veríssimo De Carli). Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.
- DEGANUT MORALES, Carolina; FISZER, Fernando I. "Problemática actual del lavado de dinero en el derecho penal vigente en Argentina y en el derecho comparado". *Revista Recampi*, n.º 1 (feb. 2006).
- DE GRANDIS, Rodrigo. "O exercício da advocacia e o delito de 'lavagem' de dinheiro". En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*. (Org: Carla Veríssimo De Carli) Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.
- DEJUÁN ASENJO, Óscar. *La Constitución económica española: Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1984.
- DE LA CUESTA, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26 (2013).

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “La política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código Penal”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada. Hoy y Mañana* (1999).
- DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1997.
- _____. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”. *Duc in Altum. Caderno de Direito*, vol. 4, n.º 6 (jul.-dic. 2012).
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 3 ed. Renovar: Río de Janeiro, 2006.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Forense: Río de Janeiro, 2010.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”. *RBCCrim*, n.º 79 (2009).
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental Econômico*. Max Limonad: São Paulo, 1997.
- DIAS, José Carlos. “Lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem tributária”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.º 11, cuaderno 3 (jun. 1999).
- Diccionario de la RAE* (Real Academia Española de la Lengua). Disponible en internet en: <http://lema.rae.es/drae/>. Fecha de acceso: 07/03/2014
- DÍAZ, Luis Aparicio. “El ‘ordenado empresario’ en el Consejo de Administración y la posible responsabilidad penal de los consejeros”. *Revista La Toga. Colegio de Abogados de Sevilla*, n.º 182 (jul. 2011).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El Gafi y las directivas europeas”. En *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias, vol. III*. Org: (Manuel da Costa Andrade; ANTUNES, Maria João Antunes; Susana Aires de Souza). Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

- DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio. "Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 1 (2000).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas: La recepción del ordenamiento internacional en el ordenamiento penal español". *Actualidad Penal*, n.º 32 (sept. 1994).
- _____. *A Racionalidade das Leis Penais*. 3ª ed. RT: São Paulo, 2006.
- _____. "La nueva política penal española". *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 17 (dic. 2003).
- _____. "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena". En *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Coords.: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adam Nieto Martín). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2001.
- _____. "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español". *Cuadernos de Derecho Judicial* (Monográfico sobre el encubrimiento, la receptación y el blanqueo de capitales. Normativa comunitaria) (1994).
- _____. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española". *Indret*, n.º 1 (2012). Disponible en internet en: <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>. Fecha de acceso: 27/03/2014.
- _____. "El nuevo modelo de la seguridad social". *RECPC*, 05-03 (2004). Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 29/09/2014.
- _____. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado". *RECPC*, 07-01 (2005). Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de acceso: 29/09/2014.
- _____; GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra. "La corrupción urbanística: estrategias de análisis". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 12 (2008). (Número dedicado a: Urbanismo y corrupción. Coord. por Ángel Menéndez Rexach)

- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Diritto penale ‘minimo’ e nuove formula de criminalità”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, fasc. n.º 3 (jul.-sep. 1999).
- DOMENICO CERQUA, Luigi. “Il Delitto di Riciclaggio nel sistema penale italiano”. *Revista brasileira de Estudos Políticos*, vol. 97 (2008).
- _____. “Il Delitto di Riciclaggio nel sistema penale italiano (II)”. *Revista brasileira de Estudos Políticos*, vol. 98 (2008).
- DONINI, Massimo. “¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico”. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 10, n.º 18/19 (2005).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)*, Disponible en internet en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>. Fecha de acceso: 21/04/2014.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3 ed. RT: São Paulo, 2010.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis. *Direito Penal e Direito Comunitário: O ordenamento comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José. “La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional”. *Tiempo de Gestión*, año 6, n.º 9. Villaguay: Universidad Autónoma de Entre Ríos, 2010
- FABBRINI MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal*, vol I. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2001.
- FABIÁN CAPARRÓS. Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales*. Valencia: Colex. 1998.
- _____. “Oportunidad político-criminal y viabilidad dogmática del delito imprudente de blanqueo de capitales”. En *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. (Coord: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Ana Elisa Liberatore Bechara). Salamanca: Universidad de Salamanca. 2013.

_____. “Tipologías y lógica del lavado de dinero. Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien Jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero”. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. (Orgs: Eduardo Ángel Fabián Caparrós; Isidoro Blanco Cordero; Javier Alberto Zaragoza Aguado). 3 ed. Washington: OEA/CICAD/BID, 2007.

_____. “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”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo II (may.-ago. 1993).

_____. “Los tipos de omisión en el marco de la regulación penal del lavado de activos”. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.º 42 (2013).

_____. “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”. En *El Principio de Justicia universal. Fundamento y límites* (Dir.: Ana Isabel Pérez Cepeda). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2012.

_____. “Algunas observaciones sobre el delito de blanqueo imprudente de capitales. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales”. *RBCcrim*, n.º 89 (2011).

FABÍAN TROVATO, Gustavo. *El delito de lavado de activos en la legislación argentina*. En *Problemas actuales de la parte especial del Derecho Penal*. (Dir: Daniel R. Pastor) Buenos Aires: Ad hoc. 2011.

FABBRINI MIRABETE, Julio; MIRABETE, Renato N. *Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP*. 24 ed. Atlas: São Paulo, 2007.

_____; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, vol II. 30 ed. Atlas: São Paulo, 2013.

FALK BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne. “Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa”. En *Direito Penal Econômico. Questões Atuais* (Coords.: Alberto Silva Franco y Rafael Lira). RT: São Paulo, 2011.

FANGANIELO MAIEROVITCH, Walter. "As Associações Mafiosas". *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (may.-ago. 1997).

FARALDO CABANA, Patricia. "Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995". *EC*, n.º 19 (1996).

_____. "La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (Los núms. 4.º y 5.º en relación con el núm. 6.º del artículo 21 del Código Penal de 1995)". *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º I (1997).

_____. "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995". *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI (1998).

_____. *La responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas La autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004.

_____. "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales: la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". En *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* (Coords.: Patricia Faraldo Cabana; Luz María Puente Aba; José Ángel Brandaríz García). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004.

_____. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa". En *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*. (Dir.: José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demétrio Crespo). Colex: Madrid, 2008

_____. "Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes". En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (Dir.: L. M. Puente Aba). Comares: Granada, 2008.

_____. "El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010". *RI*, n.º 0 (2012).

_____. "El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010". *Global Chase Magazine*, n.º 0 (2012).

_____. “Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales”. *ADPCP*, vol. LIX (2006).

FARIA COSTA, José de. “O Branqueamento de Capitais”. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII (1992).

_____. “O Branqueamento de Capitais”. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII (1992)

_____. “El blanqueo de capitales (Algunas Reflexiones a la luz del Derecho Penal y de la Política Criminal”. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. BOE: Madrid, 1995.

_____. “O branqueamento de capitais. Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal”. En *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra Editores: Coimbra, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?” En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. BdeF: Montevideo, 2013.

FELDENS, Luciano. “Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista”. *Boletim IBCCrim*, año 14, n.º 170 (ene. 2007).

_____. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

FELIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Lumen Juris: Río de Janeiro, 2011.

FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de branqueamento de capitais*. Almedina: Coimbra, 2001.

FERNANDES GOMES, Abel. “Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à*

lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp (Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior y Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

FERNANDES SANTIAGO, Alex. “Lavagem de dinheiro e prova indiciária no crime antecedente”. *Revista Magister de Direito penal e Processual Penal*, n.º 50 (oct.-nov. 2012).

FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Comares: Granada, 2006.

FERNÁNDEZ TERRUELO, 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*, n.º 7.657, año XXXII (2011).

_____. “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”. *RJCL*, n.º 25 (2011).

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. En *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (Dirs.: José Luis González Cussac y Antonio Fernández Hernández). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2009.

_____. “‘Blanqueo’ de capitales y criminalidad organizada”. En *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa* (Coord.: L. M. Reyna Alfaro). Ara Editores: Lima, 2005.

_____; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; TERRA DE OLIVEIRA, William de; COUTO DE BRITO, Alexis. *Direito Penal brasileiro: parte geral. Princípios fundamentais e sistema*. RT: São Paulo, 2011.

FLICK, Giovanni Maria. “La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive”. *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, fasc. 4 (oct.-dic. 1990).

_____. “Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio”. *Rivista della Società*, fasc 2.º y 3.º, año 36 (mar./jun.1991).

- FOFFANI, Luigi. "Delitos societarios". En *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico* (Coords.: P. Faraldo Cabana, I. Valeije Álvarez). Universidad da Coruña: Coruña, 1998.
- FONSECA FORTES FURTADO, Regina Helena. "A importância do *compliance* no novo direito penal español". *Boletim IBCCrim*, n.º 235 (jun. 2012), p. 1. (Disponível em internet: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4632-A-importancia-do-compliance-no-novo-direito-penal-Espa%C3%B1ol.
Fecha de acceso: 03/04/2014.
- FÖPPEL, Gamil; MARTINS LUZ, Ivana. *Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais*. Lumen Juris: Niteroi, 2011.
- FORGIONI, Paula. "Posição Dominante e seu abuso". *Revista de Direito Econômico* (sep.-dic. 1997).
- FORNASARI, Gabriele. *Il concetto di economia pubblica nel Diritto penale*. Giuffrè: Milán, 1994.
- FORTES BARBOSA, Marcelo. "Do perdão judicial". *Revista do Advogado*, n.º 35 (oct. 1991).
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A nova parte geral*. 13 ed. Forense: Ríó de Janeiro, 1993.
- FREIRE TEOTÔNIO, Luís Augusto. *Culpabilidade: Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais*. Campinas: Minelli, 2002.
- GAFISUD. *Reunión Conjunta de Tipologías GAFISUD-Egmont. 8 a 11 de mayo, 2012. Quito, Ecuador* (Disponível em internet em: <http://http://www.gafisud.info/pdf/compendiotipologias2012.pdf>. Fecha de acceso: 22/01/2013)
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 5 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.
- GAMA DE MAGALHÃES GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no derecho penal*. RT: São Paulo, 2003.
- GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. "A exdrúxula lei de lavagem de dinheiro". *Revista CJF*, nº 5, año 2 (1998).

- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. 3. Forense: Río de Janeiro, 1945.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico* (Coords.: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Álvarez), Universidad de La Coruña: La Coruña, 1998.
- _____. “Constitución y Derecho Penal veinte años después”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Coords.: Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca: Cuenca, 2001.
- GARCÍA GIBSON, Ramón. “¿Pueden las empresas emitir lineamientos para prevenir delitos del cuello blanco?” *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, nº 6, Tercera Época (2006).
- GARZÓN REAL, Baltasar. “Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea”. En *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. (Dir: Javier Zaragoza Aguado). Estudios de Derecho Judicial, nº 28. CGPJ: Madrid, 2000.
- GASPAR NEISSER, Fernando. “A Constituição que se tem e a Constituição que se quer: A perda do mandato de Deputados Federais por decisão criminal transitada em julgado”. *RT*, n.º 933 (jul. 2013).
- GESSINGER, Ruy Armando. *Da dispensa da pena: perdão judicial*. Fabris: Porto Alegre, 1984.
- GIL DE LA FUENTE, Juan. “La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita: referencia al delito de blanqueo de capitales”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 20 (2005).
- GODINHO COSTA, Gerson. “O tipo objetivo da lavagem de dinheiro”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. (Orgs.: José

- Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. “A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido”. *RBCcrim*, n.º 8 (oct.-dic. 1994).
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 9 ed. Almedina: Coimbra, 1993.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales”. *Derecho Penal y Criminología. RICPC*. vol. 27, n.º 82 (2006).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas)”. *RECPC*, 08-05 (2006), p. 18. (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>. Fecha de acceso: 27/03/2014).
- _____. “El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009.
- GOMÉZ CÉSPEDES, Alejandra; PRIETO DEL PINO, Ana María; STANGELAND, Per. “Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto de la Costa del Sol”. *Boletín Criminológico*, n.º 65 (may.-jun. 2003).
- GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Cedecs: Barcelona, 1996.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»”. En *La Política Criminal en Europa* (Orgs.: S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo). Atelier: Barcelona, 2004.
- GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional*. 14 ed. : Del Rey: Belo Horizonte, 2008.

- GONZÁLES RUS, Juan José *et al.* *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*. (Dir. Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons: Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ VIADA, Natacha. *Derecho penal y globalización*. Marcial Pons: Madrid, 2009.
- GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos penales españoles, Recopilación y concordancias*. Akal: Madrid, 1988.
- GRACIA MARTÍN, Luis. "Instrumentos de imputação jurídico-penal na criminalidade de empresa e reforma penal". *Revista de Ciências Jurídicas do Curso de Mestrado em Direito da UEM*, nº 1 (1998).
- _____. "Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres dogmáticos del Derecho Penal Económico". En *Estudios de Derecho Penal Económico*. Idemsa: Lima, 2004.
- _____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. SAFE: Porto Alegre, 2005.
- _____. "Globalização Econômica e direito penal". *Revista de Ciências Penais da ABPCP*, n.º 10 (2009).
- _____. *Fundamentos de dogmática penal: Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Atelier: Barcelona, 2006.
- _____. *La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas* (Inédito. Versión gentilmente cedida por el autor), 2014.
- _____ *et al.* *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Org.: Luis Gracia Martín). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004.
- _____ "Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario". *AP* 10/7 (mar. 1994).
- GRANZINOLI, Cassio M. M. "A delação premiada". En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp* (Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

- GRAU, Eros Roberto. "Princípios fundamentais de direito Ambiental". *Revista de Direito Ambiental*, nº 02 (abr.-jun. 1997).
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.
- HAHNEMAN FERREIRA, Alan. "«Tolerância zero» e «lei e orden»: os 'ditos' e os 'interditos' do poder punitivo - Estado de Goiás de 2003 a 2009". *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Boiteaux: Florianópolis, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Fundação Escola do Ministério Público: Porto Alegre, 1993.
- _____. "Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos". En *Pena y Estado* (Trad.: Elena Larrauri). Editorial Jurídica Conosur: Santiago de Chile, 1995.
- _____. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política* (Org.: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos) Fabris: Porto Alegre, 2008.
- _____ y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1989.
- HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, Diana. "La conducta típica y el sujeto activo del delito de lavado de dinero en el derecho comparado". *Vd*, vol. 2, n.º 4 (jul.-dic. 2005).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La Constitución y su entorno*. Madrid: Espasa - Calpe. 1988.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares: Granada, 1996.
- _____. "La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada". *RDPC*, 2.ª época, n.º 17 (2006).
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. SAFE: Porto Alegre, 1991.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; y MEDINA ARNÁIZ, Teresa. "Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea". *ADCL* (2004),

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. “Crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal”. *Boletim IBCCrim*, v. 9, n.º 107, pp. 19-20 (oct. 2001).

International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation: FATH Recommendations. París: FATH. 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad.: José Luis Serrano; Joaquín Cuello Contreras). 2 ed. Marcial Pons: Madrid, 1997.

_____. “O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?” En *Direito Penal e Funcionalismo* (Coords.: André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

JANSEN, Letácio. *Introdução à economia jurídica*. Lumen Juris: Río de Janeiro, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general* (Trad: José Luis Manzanares Samaniego). 4 ed. Comares: Granada, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 28 ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. “La delincuencia económica: Blanqueo de Capitales”. *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 (2001).

_____. “Delincuencia financiera y paraísos fiscales: cooperación jurídica internacional”. *La Insignia. Diario Independiente iberoamericano* (Cuaderno de Economía) (sep. 2004).

JOBIM, Nelson. “A Lei de Lavagem e seus aspectos”. En *Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. *Revista CEJ*. n.º 17 (2003).

KAPLAN, Marcos. “Economía criminal y lavado de dinero”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIX, nº 85 (ene.-abr. 1996).

KICHLING, Michael. “Organized Crime Policies in Germany”. En *Organized Crime in Europe: Concepts, Patterns and control policies in the European Union and beyond*. (Orgs.: Cirille Fijnaut y Letizia Paoli). Dordrecht, 2004.

KLAJMIC, Magali. “Política legal da concorrência”. *Revista de Direito Econômico*, n.º 27 (ene.-jul.1998).

- LAMAS PUCIO, Luis. "Convención interamericana contra el lavado de dinero". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año II, n.º 3 (ene.-jun. 1994).
- LAMPE, Ernst-Joachim. "El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261, StGB)" (Trad.: Miguel Abel Souto y Manuel Pérez Pena). *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 20 (1997).
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel. "Problemática del crimen organizado y lavado de dinero en el Mercosur". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay*, n.º 13 (ene.-jun. 1998).
- . "Lavado de dinero y política criminal en el Uruguay". *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21 (2007).
- LANGROIVA PEREIRA, Cláudio José. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. Quartier Latin: São Paulo, 2008.
- LEMBO, Cláudio. "Capitalismos e Sistema Financeiro". *Revista de Direito Econômico*, n.º 26 (sep.-dic. 1997).
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. "Admissibilidade de atos que limitam a concorrência". *Revista de Direito Econômico*, n.º 26 (sep.-dic. 1997).
- . *Direito Econômico*. 3 ed. Río de Janeiro: Forense. 2000.
- LLERENA, Patricia Marcela. "La Ley de Lavado de Dinero. Breve Marco Internacional. Legislación de la República Argentina". *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente - ILANUD*, n.º 26 (2002).
- LOBO DA COSTA, Helena Regina; PINHÃO COELHO ARAÚJO, Marina. "Compliance e o julgamento da APn 470". *RBCCrim*, n.º 106 (2014).
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.
- LORENZO SALGADO, José Manuel. "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos". En *Lecciones de derecho*

- san(i)tario* (Coords.: Miguel Juane Sánchez; Francisco Javier Sanz Larruga y José María Gómez y Díaz-Castroverde, dir. congr.), 1999.
- LOTBINIÈRE MC DOUGALL, Andrew de. "International arbitration and Money laundering". *American University International Law Review*, vol. 20 (2005).
- LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. 10 ed. Dykinson: Madrid, 2010.
- LUISI, Luiz. *Os Principios Constitucionais Penais*. 2 ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". *ADPCP*, t. XLVI, fasc. I (ene.-abr.1993).
- _____. "Responsabilidad Penal del asesor jurídico". *RP*, n.º 29 (ene. 2012).
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. Atlas: São Paulo, 2012.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal, vol. I*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o Crime Organizado. Anotações à Lei Federal 9.034/95 (Organizações Criminosas)*. Lumen Júris: Río de Janeiro, 1997.
- _____. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98*. Malheiros: São Paulo, 1998.
- MALLADA FERNANDEZ, Covadonga. *Fiscalidad y Blanqueo de Capitales* (Tesis Doctoral). Universidad de Oviedo, 2011.
- _____. "El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales". *Revista Penal*, nº 31 (2013).
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales". *Revista de Derecho Penal*, n.º 37 (2012). (Disponible en internet en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/>)

JURIDICO/153261/delito-fiscal-como-delito-antecedente-de-conductas-de-blanqueo-de-capitales. Fecha de acceso: 21/04/2014).

MANRÍQUEZ R, Juan Carlos. “Delitos de blanqueo y lavado de activos, en el marco de operaciones sospechosas: Notas sobre la ley nº 19.913, que crea la unidad de análisis financiero (UAF)”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 18 (2006).

MANSO PORTO, Teresa. *El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: Resultados desde una perspectiva de Derecho comparado*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI. USC: Santiago de Compostela, 2011.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja. “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”. *Revista Penal*, n.º 1 (1998).

MARCÃO, Renato Flávio. *Tóxicos*. 8 ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

_____. *Curso de Processo Penal*. Atlas: São Paulo, 2014.

MARCHIONATTI BARBOSA, Daniel. “Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir o descumprimento dos deveres de compliance”. En *Curso Modular de Direito Penal*, vol. II. (Orgs.: Taadaqui Hirose y João Paulo Baltazar Júnior). Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MARETTI SGRILLI SIQUEIRA, Flávio Augusto. “A Lei 12.850/13 e a criminalidade organizada: Impressões iniciais de seus aspectos penais”. *Revista Prática Jurídica*, n.º 14 (2013).

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Criminalidad de empresa: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2002.

MARTÍN DE SANCTIS, Fausto. “Antecedentes dos crimes de lavagem de dinheiro e os crimes contra o sistema financeiro nacional”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. (Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

MARTÍN DE SANCTIS, Fausto Martín. “Culpabilidade e Punibilidade”. *Revista Jurídica Virtual*, vol. 3, n.º 33 (feb. 2002).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados: en el ejemplo del blanqueo de capitales”. En *El Derecho Penal ante la globalización* (Coords.: Laura Zuñiga Rodríguez; Cristina Méndez Rodríguez; Maria Rosario Diego Díaz-Santos). Madrid: Colex, 2002.

_____. “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”. En *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Estudios de Derecho Judicial, n.º 61. (Dir.: Mercedes García Arán). CGPJ: Madrid, 2004.

_____. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007.

_____. “El blanqueo de bienes en el Código Penal Español”. En *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. (Coords. Carlos Constante Ávalos Rodríguez; Alejandro Emilio Quispe Villanueva) Ara: Lima, 2008.

_____. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial*, 3 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011.

_____; FARALDO CABANA, Patricia; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; y PUENTE ABA, Luz María. *Derecho Penal Económico*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2002.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. “O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito”. *Notícia do Direito brasileiro*, nova série, n.º 8 (2001).

MASCIANDARO, Donato; BARONE, Raffaella. “Worldwide Anti-money laundering regulation: Estimating Costs and Benefits”. *Paolo Baffi Centre Research Paper* No. 2008-12 (Disponible en internet en: <http://ssrn.com/abstract=1136107>, p. 2. Fecha de acceso: 27/06/2014).

- MATEOS MARTÍN, José Antonio. “El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado”. *Revista de Derecho UNED*, n.º 12 (2013).
- MAZLOUM, Casem. “Lavagem de dinheiro: lei n. 9.613, de 03.03.98”. *Boletim IBCCrim*, v. 8. n.º 95 (sep.-oct. 2000).
- MEDAUAR, Odete; AMARAL, Marcos. “Responsabilidade administrativa e a legislação de ‘lavagem de dinheiro’”. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 119, año XXXIX (jul.-sept. 2000).
- MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. *Direito Penal Econômico e Sociedade de Risco*. RT: São Paulo, 2006.
- _____; y SAAD-DINIZ, Eduardo. “Criminal *compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 56 (2012).
- _____; y SCHORSCHER, Vivian Cristina. “A Lavagem de Dinheiro e o livre exercício da advocacia”. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Año 2, vol. 2 (ene.-jun. 2005).
- MELO LIMA, Vinicius de Melo. “Apontamentos críticos à lei brasileira de lavagem de capitais”. *Revista de Direito*, n.º 18 (jul.-dic. 2002).
- MENDES DE CARVALHO, Érika. *Punibilidade e Delito*. RT: São Paulo, 2008.
- _____. “Punibilidade e fins da pena”. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, año 2, n.º 3 (jul.-dic. 2005).
- MENDES SOUZA, Kelly Cristina. “Direitos Econômicos – Liberdade de empresa”. En *Direito Constitucional Econômico: Uma releitura da Constituição Econômica de 1988*. (Orgs.: Lembo, Cláudio; Herman S. Caggiano, Mônica). Barueri: Manole. 2008.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas: Madrid, 2001.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tecnos: Madrid, 1995.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 10 ed. RT: São Paulo, 2000.

MILITELLO, Vincenzo. “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”. En *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*. (Coord: Laura Zuñiga Rodríguez; Cristina Méndez Rodríguez; Maria Rosário Diego Díaz-Santos). Colex: Madrid, 2000.

_____. “Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Normative Proposals of the Joint European Project to Counter Organised Crime”. En *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, vol. 3/3 (Eds.: Vincenzo Militello y Barbara Huber). Max Planck Institut für ausländisches and internationales Strafrecht: Friburgo, 2001.

MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 14 (2005).

_____. *Derecho Penal: Fundamentos y Teoría del Delito* (Trad.: Claudia Viana García y José Carlos Nobre Porciúncula Neto). RT: São Paulo, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. tomo. IV: Direitos fundamentais*. 2 ed. Coimbra editora: Coimbra, 1993.

MOCHÓN MORCILLO, Francisco; TROSTER, Roberto Luis. *Introdução à economia*. São Paulo, 2002.

MOCCIA, Sergio. “Impiego di Capitali Illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano”. *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, fasc. 3 (jul.-sep. 1995).

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?”. En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009.

- MOLINA MANSILLA, María del Carmen. “El delito de blanqueo de capitales”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 41, vol. 4 (2007).
- _____. “Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial sobre el delito de blanqueo de dinero”. *Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 45, vol. 4 (2008).
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 14 ed. Atlas: São Paulo, 2003.
- MORAES ROCHA, João Luís. “Crime Transnacional”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, n.º 1 (ene.-mar. 2003).
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed. Lumen Juris: Niteroi, 2014.
- MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental – Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. 2 ed. RT: São Paulo, 2000.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-06 (2002).
- MORO, Sérgio Fernando. “O Processo Penal no crime de lavagem”. En *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. (Orgs.: José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.
- _____. *Crime de lavagem de dinheiro*. Saraiva: São Paulo. 2013.
- MOUGENOT BONFIM, Edilson; y MONASSI MOUGENOT BONFIM, Márcia. *Lavagem de Dinheiro*. Malheiros: São Paulo, 2005.
- MOURA TELES, Ney. *Direito penal: parte geral: arts. 1.º a 120, volume 1*. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”. *Revista Penal*, n.º 1 (1998)
- _____. “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho”. *Revista Penal*, n.º 6 (2000).

- _____. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”. *Revista Penal*, nº 9 (2002).
- _____. *Derecho Penal: parte especial*. 18 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010.
- _____; y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 6 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2004.
- MUÑOZ CUESTA, Javier. “Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2005”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7 (2005).
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*. Forense: Río de Janeiro, 1978.
- MUSCO, Enzo. “Los colaboradores de la justicia entre el ‘pentitismo’ y la calumnia: Problemas y perspectivas”. *RP* n.º 2 (1998).
- NAÍM, Moisés. “Five Wars of Globalization”. *American International Law Review*, vol. 18 (2003).
- NASCIMENTO COELHO, Bruno. “O crime de ‘lavagem de dinheiro’”. *Universitas/Jus*, n.º 11 (2004).
- NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando efectos positivos)”. *Revista Penal*, n.º 12 (2003).
- _____. “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?” *Revista Penal*, n.º 19 (2007).
- _____. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. *Política Criminal*, n.º 5, A3-5 (2008), p. 14. (Disponible en internet: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf. Fecha de acceso: 02/04/2014).

- _____. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. *RXG*, n.º 63 (2009).
- _____. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal*. (Disponible en internet: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/fundamentos%20del%20sistema%20europeo%20de%20derecho%20penal.pdf. Fecha de acceso: 01/02/2014).
- _____. *Introducción al Derecho Penal Económico Español*. (Disponible en internet: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/WEB/materiales/penal/DerPenal_Nieto.pdf. Fecha de acceso: 05/02/2014).
- _____; y FOFFANI, Luigi. “Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo”. *Revista Penal*, n.º 17 (2006).
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. Método: São Paulo, 2008.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. “Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal español)”. *Revista Penal*, n.º 20 (2007).
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005.
- OLIVEIRA, Gesner de. “Ilícito concorrencial e Direito antitruste”. *Revista de Direito Econômico*, n.º 24 (jul.-dic. 1996).
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José. “Repressão à Lavagem de dinheiro em Portugal”. *Revista da EMERJ*, vol. 6, n.º 22 (2003).
- OLIVEIRA STOCO, Leandro de; y SOBRAL, Ricardo Miguel. “Perda de Mandato parlamentar por condenação criminal. Análise à luz do «julgamento do mensalão»”. *RT*, n.º 933 (jul. 2013).
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. *La inducción como forma de participación accesoría*. Edersa: Madrid, 1998.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO. Iñigo. “Análisis económico del Derecho y Política Criminal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, extraordinario 2 (2004).

- ORTS BERENGER, Enrique; y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal*. 2 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. Atlas: São Paulo, 2012.
- _____; y FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4 ed. Atlas: São Paulo, 2012.
- PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado* (Trad. Gérson Pereira dos Santos). Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1989.
- _____. “Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Universidad de Castilla-La Mancha: Salamanca, 2001.
- PALMA HERRERA, José Manuel. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En *Comentarios al Código Penal* (Dir.: Manoel Cobo Del Rosal). Edersa: Madrid, 1999.
- _____. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa: Madrid, 2000.
- _____. *Comentarios al Código Penal*, tomo IX (Org.: Manuel Cobo del Rosal). Edersa: Madrid, 2005.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Receptación y figuras afines”. En *Estudios de Derecho Penal*, vol. 2. (Dir: José Luis Manzanares Samaniego; Tomás Salvador Vives Antón), 1996.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”. *Eguzkilore*, n.º 20 (2006).
- _____. “*Amnistía fiscal*”: *injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa* (Disponible en internet en: <http://josemanuelparedes.blogspot.com>. Fecha de acceso: 22/04/2014.).
- PATERNITI, Carlo. *Diritto Penale dell' Economia*. G. Gianpidelli Editora: Turín, 1995.
- PECORELLA, Gaetano. “Circolazione del denaro e riciclaggio”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, fasc. n.º4 (dic. 1991).

- PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Teoria da Constituição Econômica*. Del Rey: Belo Horizonte, 2002.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. "Expansión, Riesgo y Principio de Precaución en el Derecho Penal". En *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (Coord: Esteban Juan Pérez Alonso). Tirant Lo Blanch: Valencia, 2012.
- PÉREZ CEBADERA, María Ángeles. *Instrumentos de cooperación judicial penal. I: La extradición y la euroorden*. Universitat Jaume I: Castelló de la Plana (Colleció Sapientia, n.º 17), 2010.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación". *Revista Penal*, nº 9 (2002).
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al Derecho Penal Económico". En *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir.: Enrique Bacigalupo). Marcial Pons: Madrid, 1998.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales". En *Política criminal y blanqueo de capitales* (Eds.: Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese). Marcial Pons: Madrid, 2009.
- PERRICONE, Sheila; BARBOSA, Darli. "A lei de lavagem de dinheiro e suas implicações às instituições financeiras". *RT/Fasc. Penal*, año 88, n.º 763 (may. 1999).
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do artigo 170, da Constituição Federal*. RT: São Paulo, 2005.
- PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. "The private sector become active: the Wolfsberg process". *Journal of Financial Crime*, vol. 10.4 (2003).
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. Saraiva: São Paulo, 2002.
- PODVAL, Roberto. "O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24 (oct.-dic. 1998).

- POGGIO SMANIO, Gianpaolo. “Análise da decisão da APn 470-MG por el STF referente aos crimes contra a Administração Pública - Corrupção Passiva e Ativa - Elementos do tipo penal”. *RT* nº 933 (jul. 2013).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del Derecho Penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho Penal?”. En: *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (coords.: J. C. Carbonell Mateu; B. del Rosal Blasco; L. Morillas Cueva; E. Orts Berenguer; M. Quintanar Díez). Dykinson: Madrid, 2005.
- _____. “Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes?”. En *Teoria da Pena, bem jurídico e imputação*. (Orgs: Miguel Polaino-Ors y Eduardo Saad-Diniz) LiberArs: São Paulo, 2012.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 6 ed. Lumen Juris: Niteroi, 2012.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem-Jurídico Penal e Constituição*. 3 ed. RT: São Paulo, 2003.
- _____. “Teoria da pena: Breves considerações”. *Revista da Associação dos Professores de Ciências Penais*. Vol. 0. RT: São Paulo. (2004)
- _____. *Direito Penal do ambiente*. 4 ed. RT: São Paulo, 2005.
- _____. *Direito Penal Econômico*. 2 ed. RT: São Paulo, 2007.
- _____. “Delito de Lavagem de capitais: um estudo introdutório”. En *Direito Penal Contemporâneo*. (Coord Luiz Regis Prado). São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Curso de Direito Penal brasileiro, vol. I*. 12ª ed. RT: São Paulo, 2013.
- _____. *Direito Penal Econômico*. 5 ed. RT: São Paulo, 2013.
- _____. *Tratado de Direito Penal*, vol. II. RT: São Paulo, 2013.
- _____; y MENDES DE CARVALHO, Érika. “A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativista”. *Revista dos Tribunais*, año 94, vol. 839 (sep. 2005).

_____; y MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da Imputação Objetiva do resultado*. 2 ed. RT: São Paulo, 2006.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana”. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú* (Dir.: Isidoro Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga, Javier Zaragoza Aguado). 4 ed. OEA: Washington, D.C., 2014.

PRIETO DEL PINO, Ana María; GARCÍA MAGNA, Deborah Isabel; MARTÍN PRADO, Antonio. “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”. *Revista In Dret* 3/2010 (jul. 2010).

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luís. “Tipos de Estado. Globalização e Exclusão”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 6 (sep.-dic. 1998).

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. “La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)”. *Jueces para la democracia*, n.º 16-17 (1992).

_____. *Derecho Penal español: parte especial*. 5 ed. Atelier: Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”. *RECPC*, 12-r2 (2010) (Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>. Fecha de acceso: 08/04/2011.

QUIRK, Peter. “Money laundering: Muddying the macroeconomy”. *Finance & Development*, vol. 34 (1), mar. 1997.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Lavado de activos y negocios *standard*”. En *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. La Lectura/Lerner: Córdoba, 2001.

_____. “Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de dinero”. En *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente*

relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial (Coord.: Jesús-María Silva Sánchez). Marcial Pons: Barcelona, 2003.

_____. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”. *Revista InDret* 3-2006 (2006).

_____. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS*, n.º 1, v. 1 (2013).

RAHAL BENEDETTI, Carla. “Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência da responsabilidade penal”. *Revista de Direito bancário e do Mercado de Capitais*, nº 59 (2013).

RAMAZZINI BECHARA, Fábio; JESUS, Damásio de; SECHIERI, Murilo; ROSA, Márcio Fernando Elias; KÜMPEL, Vitor Frederico; CUNHA CHIMENTI, Ricardo. *Estudos sobre a Reforma da lei de Lavagem de Dinheiro e o Anteprojeto de lei de alteração da Lei de Ação Civil Pública*. Damásio de Jesus: São Paulo, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. Atlas: São Paulo, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 29 ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, vol. 1. Forense: Río de Janeiro, 2004.

REGGIANI, Carlos. “Lavado de activos”. En *Código Penal comentado de acceso libre* (Dir.: Gabriel M. A. Vitale). Asociación Pensamiento Penal: Río Negro, 2011, pp. 7-8. (Disponible en internet en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/art-303-lavado-activos>. Fecha de acceso: 16/01/2014).

RENART GARCÍA, Felipe. “El blanqueo de capitales en el Derecho suizo”. *Revista del poder judicial*, n.º 50 (1998), pp. 119-166 (Disponible en internet en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf. Fecha de acceso: 31/07/2014).

RIBEIRO, Fávila. *A Constituição e a realidade brasileira*. Freitas Bastos: Río de Janeiro, 2000.

- RIBEIRO VELOSO, Ricardo. "Problemas Penais sobre a Lavagem de Dinheiro".
En *Crimes Tributários e Econômicos*. (Organizador: Ricardo Ribeiro
Veloso). Quartier Latin: São Paulo, 2007.
- RIGHI IVAHY BADARÓ, Gustavo Henrique. "Lei n. 10.701 de 9 de julho de 2003:
análise inicial das alterações da lei de lavagem de dinheiro". *Boletim
IBCCrim*. v. 11, n.º 129 (ago. 2003).
- RISSI MACEDO, Carlos Márcio. *Lavagem de Dinheiro – Análise crítica das Leis
9613/98 e 10701/03*. Juruá: Curitiba, 2006.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*.
Saraiva: São Paulo, 2002.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis".
Diario La Ley, n.º 7705, año XXXII (2011).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Análisis de la regulación legal de la
responsabilidad penal de las personas jurídicas en España*. (Disponible
en internet en: [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9168/1/
ponencias_11_Rodriguez_Garcia_197-232.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9168/1/ponencias_11_Rodriguez_Garcia_197-232.pdf). Fecha de acceso:
28/04/2014).
- ROETSCH, Thomas. "Criminal compliance". *Revista InDret* 1-2012 (2012).
- ROMERO FLORES, Beatriz. "El delito de blanqueo de capitales en el Código
Penal de 1995". *Anales de Derecho*, n.º 20 (2002).
- ROSALES, Elsie. "Notas sobre la reforma a la ley antidrogas: posesión, comercio
y reciclaje de dinero". *Relación Criminológica* (1995).
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal* (Trad: Joaquín
Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Marcial Pons:
Madrid, 1998.
- _____. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2 ed. Hamurabi:
Buenos Aires, 2002.
- _____. "El dominio de organización como forma independiente de autoría
mediata". *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, nº 7 (2006).

- ROWE, Marvin. *The Swiss Anti-Money Laundering Regime*. (Disponible en internet en: http://www.academia.edu/4550825/The_Swiss_Anti-Money_Laundering_Regime. Fecha de acceso: 31/07/2014).
- RUBIO LARA, Pedro Ángel. *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y jurisprudencia españolas)*. Dykinson: Madrid, 2006.
- RUCE, Phillip J. "Anti-money laundering: The Challenges of Know your Customer legislation for private bankers and the hidden benefits for relationship management («The bright side of Knowing your customer»)". *The Banking Law Journal*, vol. 128, n.º 6 (jun. 2011) (Disponible en internet en: <http://ssrn.com/abstract=1852743>. Fecha de acceso: 02/02/2014).
- SAAVEDRA, Giovani A. "Reflexões iniciais sobre criminal compliance". *Boletim IBCCrim*, año 18, n.º 218 (ene. 2011)
- SADDI, Jairo. "Lavagem de Dinheiro no direito comparado: A experiência americana". *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, n.º 117 (ene.-mar. 2000).
- _____. "Concentrações no Sistema Financeiro Nacional". *Revista de Direito Econômico*, n.º 26 (sep.-dic. 1997)
- SALAZAR, Lorenzo. "Branqueamento de Capitais: Directiva comunitária e legislação italiana". *Boletim de Documentação e Direito Comparado* (1996).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)". *RECPC*, núm. 07-05 (2005).
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. RT: São Paulo, 2003.
- SANCHEZ VILARDI, Celso. "O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 12, n.º 47 (mar.-abr. 2004).
- SANJUÁN, Pablo. *La amnistía fiscal permite el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro* (Disponible en internet en: <http://www.lexdiario.es/>

noticias/120092/la-amnistia-fiscal-permite-el-blanqueo-de-capitales-pagando-el-10-por-ciento-del-dinero-negro. Fecha de acceso: 22/04/2014).

SANSÓ-RUBERT, Daniel. “El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”. *UNISCI Discussion Papers*, n.º 12 (oct. 2006).

SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz; y MACIEL NAHUR, Marcius Tadeu. “*Criminal Compliance*” e ética empresarial. *Novos desafios do Direito Penal Econômico*. Nuria Fabris Editora: Porto Alegre, 2013.

SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. *Ação Civil Pública*. 3 ed. Lumen Júris: Río de Janeiro, 2000.

SANTOS LIMA, Carlos Fernando dos. “O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*”. En *Lavagem de Dinheiro: Controle e Prevenção Penal* (Org: Carla Veríssimo Di Carli). Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. “O conceito de Crime Organizado na Lei 9034/95”. *Boletim IBCCrim* (jul. 1995).

SCHORSCHER, Vivian C. “A Responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações”. *RT*, Fasc. Penal, año 96, v. 863 (sep. 2007).

SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª época, n.º 14 (2004).

SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. *ADPCP*, vol. LV (2002).

_____. “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”. En *Derecho Penal Económico*, tomo I. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2012.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso; y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal: parte especial*. 13.^a ed. Dykinson: Madrid, 2008.
- SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Comares: Granada, 1992.
- SERVET MAGRO, Vicente. *Delitos socioeconómicos*. El Derecho: Madrid, 2010.
- SIEBER, Ulrich. *Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. (Disponible en internet en: http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf. Fecha de acceso: 03/04/2014).
- SILVA, Cesar Antônio. *Lavagem de Dinheiro: Uma Nova Perspectiva Penal*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.
- SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212 (abr.-jun. 1998).
_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Juary C. *Macrocriminalidade*. RT: São Paulo, 1980.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 4 ed. RT: São Paulo, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho Español”. En *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal* (Coords: Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias y Jesús María Silva Sánchez). J. M. Bosch: Barcelona, 1995.
_____. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas: Madrid, 2000.
_____. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)”. *InDret – Revista para análisis del Derecho*, n.º 2 (abr. 2007)

- _____. “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013
- _____. “Deberes de vigilancia y *Compliance* Empresarial”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013.
- _____. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”. En *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. BdeF: Montevideo, 2013.
- SILVEIRA, Eustáquio. “Crimes de lavagem de bens, direitos e valores: processo e procedimento”. *Revista Jurídica*, n.º 255, año 46 (ene. 1999).
- SILVEIRA BUENO, Francisco de. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 8 ed. MEC/FENAME: Brasília, 1973.
- SOUTO MAIOR BORGES, José. *Curso de Direito Comunitário*. Saraiva: São Paulo, 2005.
- SOUZA, Luciano Anderson; y CIRINO ALVES FERREIRA, Regina. “*Criminal compliance* e as novas feições do Direito Penal Econômico”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 59 (2013).
- SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98*. Juruá: Curitiba, 1998.
- SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. RT: São Paulo, 2007.
- _____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. Atlas: São Paulo, 2011.
- _____. *Leis Penais Especiais, vol. II*. 7ª ed. RT: . São Paulo, 2013.
- SPERB RUBIN, Daniel. “Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade”. *Jus Navigandi*, año 8, n.º 62 (1 feb. 2003). (Disponibile en internet en: <http://jus.com.br/artigos/3730>. Fecha de acceso: 19/01/2014).
- STRATENWERTH, Günter. “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n.º 66, año 15 (may.-jun. 2007).

- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “Blanqueo de Capitales y merecimiento de la pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española”. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 58 (1996).
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal, tomo II, parte especial*. 5 ed. Thomson-Civitas: Navarra, 2008.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime: the uncut version*. Yale University Press: New Haven (Connecticut), 1983.
- TAJADURA TEJADA, Javier. “La función política de los preámbulos constitucionales”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 5 (jul.-dic. 2001).
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Política criminal con bases empíricas en España”. *Política Criminal*, n.º 3 (2007). (Disponible en internet en: www.politicacriminal.cl. Fecha de acceso: 29/09/2014).
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2 ed. Del Rey: Belo Horizonte, 1992.
- TEIXEIRA DE AZEVEDO, David. “A colaboração premiada num direito ético”. *RT*, v. 89, n. 771 (ene. 2000).
- TERRA DE OLIVEIRA, William. “A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998)”. *RBCrim*, año 6, n.º 23 (jul.-set. 1998).
- TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico*. (Cuadernos de Política Criminal, n.º 28). Edersa: Madrid, 1986.
- _____. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, alemán y español)*. PPU: Barcelona, 1993.
- _____. *Manual de Derecho Penal Económico: parte general y especial*. Tirant Lo Blanch: Valencia. 2010.
- VASCONCELOS, Marco Antônio S.; y GARCÍA, Manuel E. *Fundamentos de Economía*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

- VELHO MASI, Carlo. *Criminalidade Econômica e Repatriação de Capitais: Uma abordagem à luz da Política Criminal Brasileira*. EDIPUCRS: Porto Alegre, 2012.
- VERDÚ, Pablo Lucas. “Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”. *Revista de Derecho Político*, nº 10, UNED: Madrid, 1981.
- VERVAELE, John A. E. “A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?” *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, n.º 1 (2007),
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *El delito de legitimación de capitales: Su Tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada*. Centro para la Administración de la Justicia: Miami, 1998.
- VIEIRA, Fernando Grella. “A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos”. *Revista Justitia*, nº 161 (1993).
- VIGNA, P. L.; LAUDATI, A.; DELL’OSSO, P. L. M. *Sistema Criminale ed Economia*. CEDAM: Padua, 1998.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal: Parte especial*. 3 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2010 (CD ROM).
- VIZEU FIGUEIREDO, Leonardo. *Lições de Direito Econômico*. : Forense: Rio de Janeiro, 2006.
- VOGEL, Joachim. “Política criminal y dogmática penal europeas”. *Revista Penal*, n.º 11 (2003).
- WACQUANT, Loïc. “Dissecando a «tolerância zero»”. *Le Monde Diplomatique Brasil*. (Disponível em internet em: <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=501>. Fecha de acceso: 19/01/2014).
- WALD, Arnoldo. “A legislação sobre lavagem de dinheiro”. *Revista CJF*, vol. I (1998).
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. (Trad. Luiz Regis Prado). RT: São Paulo, 2001.

- WELTER, Antônio Carlos. “Dos crimes: dogmática básica”. En *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal* (Org: Carla Veríssimo De Carli) Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.
- WIECKO VOLKEMER DE CASTILHO, Ela. “Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 47 (mar.-abr. 2004).
- WILSON, James Q.; y KELLING, George L. *The police and neighborhood safety: Broken Windows*. (Disponibile en internet en: http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf. Fecha de acceso: 19/01/2014).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y sistema penal en América Latina: De la seguridad nacional a la urbana”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 20 (oct.-dic. 1997).
- _____; y PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 4 ed. São Paulo: RT. 2002
- ZANCHETTI, Mário. “Riciclaggio”. En *Digesto delle discipline penaltische*, vol. XII. UTET: Turín, 1997.
- _____. *Riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Giuffré: Milán, 1997.
- _____ et al. *Commentario breve al Codice Penale*. 3 ed. CEDAM: Padua, 1999.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “El blanqueo de capitales y la receptación”. En *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. 8 vols. Expansión/Garrigues & Andersen: Madrid, 1999.
- _____. *Comentarios al Código Penal* (Dir.: Manuel Gomez Tomillo). Lex Nova: Valladolid, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «*Societas delinquere non potest*»”. *CPC*, n.º 11 (1980).
- _____. “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *CPC*, n.º 53 (1994).

_____. “¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías?»”. *CPC*, n.º 79 (2003).

_____. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013.

_____ *et alii*. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*. 4 ed. (dir.: José Miguel Zugaldia Espinar). Tirant Lo Blanch: Valencia, 1997.

_____ *et alii*. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*. 3 ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2011.

ANEXOS

ANEXO I

LEY Nº 9.613, DE 3 DE MARZO DE 1998

Texto compilado: Dispone sobre los crímenes de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores; la prevención de la utilización del sistema financiero para los ilícitos previstos en esta Ley; crea el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), y da otras providencias.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Hago saber que el Congreso Nacional decreta y yo sanciono la siguiente Ley:

CAPÍTULO I

De los delitos de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores

Art. 1.º Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de infracción penal: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

III - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

IV - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

V - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

VI - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

VII - (revocado); (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

VIII - (revocado). (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

Pena: reclusión, de 3 (tres) a 10 (diez) años, y multa. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º Incurrir en la misma pena quien, para ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de infracción penal: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - los convierte en activos lícitos;

II - los adquiere, recibe, cambia, negocia, da o recibe en garantía, guardia, tiene en depósito, mueve o transfiere;

III - importa o exporta bienes con valores no correspondientes a los verdaderos.

§ 2.º Incurrir, aún, en la misma pena quien:

(Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores provenientes de infracción penal; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, asociación u oficina teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria se dirige a la práctica de delitos previstos en esta Ley.

§ 3.º La tentativa es punida en los términos del párrafo único del Art. 14 del Código Penal.

§ 4.º La pena será aumentada de uno a dos tercios, si los crímenes definidos en esta Ley fueran cometidos de forma habitual o por intermedio de organización criminal. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 5.º La pena será reducida de uno a dos tercios y comenzará a ser cumplida en régimen abierto o semiabierto, pudiendo el juez dejar de aplicarla o sustituirla, en cualquier momento, por pena restrictiva de derechos, si el autor, coautor o partícipe colaboran espontáneamente con las autoridades, prestando pistas que conduzcan a la investigación de las infracciones penales, a la identificación de los autores, coautores y partícipes, o a la localización de los bienes, derechos o valores objeto del crimen. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

CAPÍTULO II

Disposiciones procesales especiales

Art. 2.º El proceso y enjuiciamiento de los delitos previstos en esta Ley:

I - obedecen a las disposiciones relativas al procedimiento común de los delitos punidos con reclusión, de la competencia del juez singular;

II – no dependen del proceso y sentencia de las infracciones penales antecedentes, incluso las practicadas en otro país, cabiendo al juez competente para los delitos previstos en esta Ley la decisión sobre la unidad de proceso y enjuiciamiento; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

III - son de la competencia de la Justicia Federal:

a) cuando se practican contra el sistema financiero y el orden económico-financiero, o en detrimento de bienes, servicios o intereses de la Unión, o de sus entidades autárquicas o empresas públicas;

b) cuando el delito antecedente fuere de competencia de la Justicia Federal. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º La denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia del delito antecedente, siendo punibles los hechos previstos en esta Ley, aunque sea desconocido o exento de pena el autor, o extinta la punibilidad de la infracción penal antecedente. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 2.º En el proceso por delito previsto en esta Ley, no se aplica lo dispuesto en el art. 366 del Decreto-Ley nº 3.689, de 3 de octubre de 1941 (Código de Proceso Penal), debiendo ser citado por edicto el acusado que no comparezca ni constituya abogado, prosiguiendo el hecho hasta el juicio con el nombramiento de defensor dativo. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 4.º El juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, o representación de la autoridad policial, oído el Ministerio Público en veinticuatro horas, habiendo indicios suficientes de infracción penal, podrá decretar medidas garantizadoras de aprehensión de bienes, derechos o valores del investigado o acusado, o existentes en nombre de personas interpuestas, que sean instrumento, producto

o provecho de los delitos previstos en esta Ley o de infracciones penales antecedentes. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 1.º Se procederá a la enajenación anticipada para preservación del valor de los bienes siempre que estén sujetos a cualquier grado de deterioro o depreciación, o cuando haya dificultad para su mantenimiento. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 2.º El juez determinará la liberación total o parcial de los bienes, derechos y valores cuando se compruebe la licitud de su origen, manteniéndose la constricción de bienes, derechos y valores necesarios y suficientes a la reparación de los daños y al pago de prestaciones pecuniarias, multas y costes resultantes de la infracción penal. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 3.º Ningún pedido de liberación será conocido sin la presentación personal del acusado o de persona interpuesta a que se refiere el *caput* de este artículo, pudiendo el juez determinar la práctica de actos necesarios a la conservación de bienes, derechos o valores, sin perjuicio de lo dispuesto en el § 1.º. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 4.º Podrán ser decretadas medidas garantizadoras sobre bienes, derechos o valores para reparación del daño resultante de la infracción penal antecedente o de la prevista en esta Ley o para pago de prestación pecuniaria, multa y costes. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

Art. 4-A. La enajenación para preservación de valor de bienes bajo constricción será decretada por el juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público o por solicitud de la parte interesada, mediante petición autónoma, que será junta en apartado y cuyos autos tendrán tramitación separada con relación al proceso principal. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 1.º El requerimiento de enajenación deberá contener la relación de todos los demás bienes, con la descripción y la especificación de cada uno de ellos, e informaciones sobre quién los detente y el local donde se encuentran. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 2.º El juez determinará la evaluación de los bienes, en los autos separados, e intimará el Ministerio público. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 3.º Hecha la evaluación y dirimidas eventuales divergencias sobre el respectivo laudo, el juez, por sentencia, homologará el valor atribuido a los bienes y determinará que sean enajenados en subasta o venta pública, preferentemente electrónica, por valor no inferior al 75% (setenta y cinco por ciento) de la evaluación. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 4.º Realizada la subasta, la cuantía obtenida será depositada en cuenta judicial remunerada, adoptándose la siguiente disciplina: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - en los procesos de competencia de la Justicia Federal y de la Justicia del Distrito Federal: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

a) los depósitos serán efectuados en el banco Caixa Econômica Federal o en institución financiera pública, mediante documento adecuado para esa finalidad; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

b) los depósitos serán revisados por la Caixa Econômica Federal o por otra institución financiera pública para la Cuenta Única del Tesoro Nacional, independientemente de cualquier formalidad, en el plazo de 24 (veinticuatro) horas; y (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

c) los valores devueltos por la Caixa Econômica Federal o por institución financiera pública serán adeudados a la Cuenta Única del Tesoro Nacional, en sub-cuenta de restitución; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - en los procesos de competencia de la Justicia de los Estados: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

a) los depósitos serán efectuados en institución financiera designada en ley, preferentemente pública, de cada Estado o, en su ausencia, en institución financiera pública de la Unión; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

b) los depósitos serán transferidos a la cuenta única de cada Estado, en la forma de la respectiva legislación. (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 5.º Mediante orden de la autoridad judicial, el valor del depósito, tras el tránsito en juzgado de la sentencia proferida en la acción penal, será: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - en caso de sentencia condenatoria, en los procesos de competencia de la Justicia Federal y de la Justicia del Distrito Federal, incorporado definitivamente al patrimonio de la Unión, y, en los procesos de competencia de la Justicia Estatal, incorporado al patrimonio del Estado respectivo; (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - en caso de sentencia absolutoria extintiva de punibilidad, colocado a la disposición del reo por la institución financiera, acrecido de la remuneración de la cuenta judicial. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 6.º La institución financiera depositaria mantendrá control de los valores depositados o devueltos. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 7º Serán deducidos de la cuantía apurada en la subasta todos los tributos y multas incidentes sobre el bien alienado, sin perjuicio de iniciativas que, en el ámbito de la competencia de cada ente de la Federación, vengan a desencargar bienes bajo constricción judicial de aquellos costes. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 8º Hecho el depósito a que se refiere el § 4º de este artículo, los autos de la alienación serán anexados a los del proceso principal. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 9º Tendrán sólo efecto devolutivo los recursos interpuestos contra las decisiones proferidas en el curso del procedimiento previsto en este artículo. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 10. Sobreviniendo la cosa juzgada en sentencia penal condenatoria, el juez decretará, en favor, conforme el caso, de la Unión o del Estado: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - la pérdida de los valores depositados en la cuenta remunerada y de la fianza; (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - la pérdida de los bienes no alienados anticipadamente y de aquellos a los cuales no se ha dado destinación previa; y (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

III - la pérdida de los bienes no reclamados en el plazo de 90 (noventa) días tras el tránsito en juzgado de la sentencia condenatoria, resguardado el derecho de lesionado o tercero de buena-fe. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 11. Los bienes a que se refieren los incisos II y III del § 10 de este artículo serán adjudicados o llevados a subasta, depositándose el saldo en la cuenta única del respectivo ente. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 12. El juez determinará al registro público competente que emita documento de habilitación a la circulación y utilización de los bienes colocados bajo el uso y custodia de las entidades a que se refiere el *caput* de este artículo. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

§ 13. Los recursos resultantes de la alienación anticipada de bienes, derechos y valores oriundos del delito de tráfico ilícito de drogas y que hayan sido objeto de disimulación y ocultación en los términos de esta Ley permanecen sometidos a la disciplina definida en ley específica. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

Art. 4º-B. La orden de prisión de personas o las medidas garantizadoras de bienes, derechos o valores podrán ser suspensas por el juez, oído el Ministerio Público, cuando su ejecución inmediata pueda comprometer las investigaciones. (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

Art. 5.º Cuando las circunstancias lo aconsejen, el juez, oído el Ministerio Público, nombrará persona física o jurídica calificada para la administración de los bienes, derechos o valores sujetos a medidas garantizadoras, mediante término de compromiso. (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

Art. 6.º La persona responsable por la administración de los bienes: (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

I - hará justa remuneración, fijada por el juez, que será satisfecha con el producto de los bienes objeto de la administración;

II - prestará, por determinación judicial, informaciones periódicas de la

situación de los bienes bajo su administración, así como explicaciones y detalles sobre inversiones y reinversiones realizadas.

Párrafo único. Los actos relativos a la administración de los bienes aprehendidos o secuestrados serán dados a conocer por el Ministerio Público, que requerirá lo que estime conveniente. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

CAPÍTULO III

De los efectos de la condenación

Art. 7.º Son efectos de la condena, además de los previstos en el Código Penal:

I - la pérdida, en favor de la Unión –y de los Estados, en los casos de competencia de la Justicia Estatal–, de todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o indirectamente, a la práctica de los crímenes previstos en esta Ley, incluso aquellos utilizados para prestar la fianza, resguardado el derecho del lesionado o de tercero de buena-fe; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - la interdicción del ejercicio de cargo o función pública de cualquier naturaleza y de director, de miembro de consejo de administración o de gerencia de las personas jurídicas referidas en el Art. 9.º, por el doble de tiempo de la pena privativa de libertad aplicada.

§ 1º La Unión y los Estados, en el ámbito de sus competencias, reglamentarán la forma de destinación de los bienes, derechos y valores cuya pérdida haya sido declarada, asegurada, cuanto a los procesos de competencia de la Justicia Federal, su utilización por los órganos federales encargados de la prevención, del combate, de la acción penal y del enjuiciamiento de los delitos previstos en esta Ley, y, cuanto a los procesos de competencia de la Justicia Estadual, la preferencia de los órganos locales con idéntica función. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 2º Los instrumentos del delito sin valor económico cuya pérdida en favor de la Unión o del Estado sea decretada serán inutilizados o donados a museo criminal

o a entidad pública, si hubiere interés en su conservación. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

CAPÍTULO IV

De los bienes, derechos o valores oriundos de crímenes practicados en el extranjero

Art. 8.º El juez determinará, en la hipótesis de existencia de tratado o convención internacional y por solicitud de autoridad extranjera competente, la aprehensión o el secuestro de bienes, derechos o valores oriundos de crímenes descritos en el Art. 1.º, practicados en el extranjero. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º Se aplica lo dispuesto en este artículo, independientemente de tratado o convención internacional, cuando el gobierno del país de la autoridad solicitante prometa reciprocidad al Brasil.

§ 2.º En la falta de tratado o convención, los bienes, derechos o valores aprehendidos o secuestrados por solicitud de autoridad extranjera competente o los recursos provenientes de su alienación serán repartidos entre el Estado requirente y Brasil, en la proporción de la mitad, resguardado el derecho del lesionado o de tercero de buena-fe. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

CAPÍTULO V

(Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

De las Personas Sujetas al mecanismo de control

(Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 9.º Se sujetan a las obligaciones referidas en los Art. 10 y 11 las personas jurídicas que tengan, en carácter permanente o eventual, como actividad principal o accesoria, cumulativamente o no: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - la captación, intermediación y aplicación de recursos financieros de

terceros, en moneda nacional o extranjera;

II - la compra y venta de moneda extranjera u oro como activo financiero o instrumento de cambio;

III - la custodia, emisión, distribución, liquidación, negociación, intermediación o administración de títulos o valores mobiliarios.

Párrafo único. Se sujetan a las mismas obligaciones:

I - las bolsas de valores y bolsas de mercaderías o futuros y los sistemas de negociación del mercado sobre el mostrador organizado; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

II - las aseguradoras, las corredoras de seguros y las entidades de previdencia complementaria o de capitalización;

III - las administradoras de tarjetas de acreditación o tarjetas de crédito, así como las administradoras de consorcios para adquisición de bienes o servicios;

IV - las administradoras o empresas que se sirvan de tarjeta o cualquier otro medio electrónico, magnético o equivalente, que permita la transferencia de fondos;

V - las empresas de arrendamiento mercantil (*leasing*) y las de fomento comercial (*factoring*);

VI - las sociedades que efectúen distribución de dinero o cualesquier bienes muebles, inmuebles, mercaderías, servicios, o, aún, concedan descuentos en su adquisición, mediante sorteo o método asemejado;

VII - las filiales o representaciones de entes extranjeros que ejerzan en Brasil cualquiera de las actividades listadas en este artículo, aunque de forma eventual;

VIII - las demás entidades cuyo funcionamiento dependa de autorización de órgano regulador de los mercados financieros, de cambio, de capitales y de seguros;

IX - las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que operen en Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comisionarias o por

cualquier forma representen intereses de ente extranjero que ejerza cualquiera de las actividades referidas en este artículo;

X - las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria o compra y venta de inmuebles; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

XI - las personas físicas o jurídicas que comercialicen joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades.

XII las personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes de lujo o de alto valor, que intermedien su comercialización o ejerzan actividades que involucran gran volumen de recursos en especie. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

XIII - los organismos de comercio y registros públicos; (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

XIV - personas físicas o jurídicas que presten, aunque eventualmente, servicios de asesoramiento, consultoría, contabilidad, auditoría, asesoría o asistencia de cualquier naturaleza, en las operaciones de: (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

a) compra y venta de inmuebles, establecimientos comerciales o industriales o participaciones societarias de cualquier naturaleza; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

b) de gestión de fondos, valores mobiliarios u otros activos; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

c) la apertura o gestión de cuentas bancarias, de ahorro o valores de inversión o de valores mobiliarios; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

d) creación, explotación o gestión de sociedades de cualquier naturaleza, fundaciones, fideicomisos o estructuras similares; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

e) financieras, societarias o inmobiliarias; y (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

f) de alienación o adquisición de derechos sobre los contratos relacionados

a actividades deportivas artísticas profesionales; (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

XV - personas físicas o jurídicas que actúen en la promoción, intermediación, comercialización, agencia o de negociación de los derechos de transferencia de los atletas, artistas o ferias, exposiciones o eventos similares; (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

XVI - las empresas de transporte y custodia de valores; (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

XVII - las personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes de alto valor de origen rural o animal o intermedien su comercialización; y (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

XVIII - las sucursales extranjeras de las entidades mencionadas en este artículo, a través de su empresa matriz en Brasil, para los residentes en el país (Incluido por la Ley n° 12.683, de 2012)

CAPÍTULO VI

De la identificación de los clientes y mantenimiento de registros

Art. 10. Las personas referidas en el Art. 9.º:

I - identificarán sus clientes y mantendrán catastro actualizado, en los términos de instrucciones emanadas de las autoridades competentes;

II - mantendrán registro de toda transacción en moneda nacional o extranjera, títulos y valores mobiliarios, títulos de crédito, metales, o cualquier activo pasible de ser convertido en dinero, que ultrapasará límite fijado por la autoridad competente y en los términos de instrucciones por esta expedidas;

III - deberán adoptar políticas, procedimientos y controles internos, compatibles con su tamaño y el volumen de transacciones, que les permitan cumplir con las disposiciones en este artículo y en el art. 11, en la forma disciplinada por los órganos competentes; (Redacción dada por la Ley n° 12.683, de 2012)

IV - deberán registrarse y mantener su registro actualizado en el órgano regulador o fiscalizador y, en la falta de éste, en el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), en la forma y condiciones establecidas por ellos; (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

V - deberán cumplir con las peticiones formuladas por el COAF en la periodicidad, forma y condiciones establecidas por él, y deberán conservar, en los términos de la ley, el sigilo de las informaciones prestadas. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º En la hipótesis de que el cliente se constituya en persona jurídica, la identificación referida en el inciso I de este artículo deberá alcanzar a las personas físicas autorizadas a representarla, así como sus propietarios.

§ 2.º Los catastros y registros referidos en los incisos I y II de este artículo deberán ser conservados durante el período mínimo de cinco años a partir del cierre de la cuenta o de la conclusión de la transacción, plazo éste que podrá ser ampliado por la autoridad competente.

§ 3.º El registro referido en el inciso II de este artículo será efectuado también cuando la persona física o jurídica, sus entes ligados, hubiere realizado, en uno mismo mes-calendario, operaciones con una misma persona, conglomerado o grupo que, en su conjunto, ultrapasen el límite fijado por la autoridad competente.

Art. 10A. El Banco Central mantendrá registro centralizado formando el catastro general de poseedores de cuentas corrientes y clientes de instituciones financieras, bien como de sus procuradores. (Incluido por la Ley nº 10.701, de 9.7.2003)

CAPÍTULO VII

De la comunicación de operaciones financieras

Art. 11. Las personas referidas en el Art. 9.º:

I - dispensarán especial atención a las operaciones que, en los términos de instrucciones emanadas de las autoridades competentes, puedan constituirse en serios indicios de los crímenes previstos en esta Ley, o con ello relacionarse;

II - deberán comunicar al COAF, absteniéndose de dar a conocer tal acto a cualquier persona, incluso a aquella a la cual se refiera la información, en el plazo de veinte y cuatro horas, la propuesta o realización: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

a) de todas las transacciones constantes del inciso II del Art. 10, acompañadas de la identificación de que trata el inciso I del mencionado artículo; y (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

b) de las operaciones referidas en el inciso I; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

III - deberán comunicar al órgano regulador o fiscalizador de su actividad o, en su ausencia, al COAF, la periodicidad, forma y condiciones establecidas por ellos, la no ocurrencia de propuestas, transacciones u operaciones pasibles de que sean comunicadas en los términos del inciso II. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º Las autoridades competentes, en las instrucciones referidas en el inciso I de este artículo, elaborarán relación de operaciones que, por sus características, en lo que se refiere a las partes involucradas, valores, forma de realización, instrumentos utilizados, o por la falta de fundamento económico o legal, puedan configurar la hipótesis en ello prevista.

§ 2.º Las comunicaciones de buena-fe, hechas en la forma prevista en este artículo, no acarrearán responsabilidad civil o administrativa.

§ 3.º El COAF dispondrá las comunicaciones recibidas con base en el inciso II del **caput** a los respectivos órganos responsables por la regulación o fiscalización de las personas a que se refiere el art. 9.º. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 11-A. Las transferencias internacionales y retiradas en efectivo deberán comunicarse previamente a la institución financiera, en los términos, límites, plazos y condiciones fijados por el Banco Central de Brasil. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

CAPÍTULO VIII

De la responsabilidad administrativa

Art. 12. A las personas referidas en el Art. 9.º, bien como a los administradores de las personas jurídicas, que dejen de cumplir las obligaciones previstas en los Arts. 10 y 11 serán aplicadas, cumulativamente o no, por las autoridades competentes, las siguientes sanciones:

I - advertencia;

II - multa pecuniaria variable no superior: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

a) al doble del valor de la operación; (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

b) al doble de las ganancias reales obtenidas o que presumiblemente serían obtenidas por la realización de la operación; o (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

c) al valor de R\$ 20.000.000,00 (veinte millones de reales); (Incluida por la Ley nº 12.683, de 2012)

III - inhabilitación temporal, por el plazo de hasta diez años, para el ejercicio del cargo de administrador de las personas jurídicas referidas en el Art. 9.º;

IV - casación o suspensión de la autorización para el ejercicio de actividad, operación o funcionamiento. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

§ 1.º La pena de advertencia será aplicada por irregularidad en el cumplimiento de las instrucciones referidas en los incisos I y II del Art. 10.

§ 2.º La multa será aplicada siempre que las personas referidas en el Art. 9.º, por negligencia o dolo: (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

I - dejen de sanar las irregularidades objeto de advertencia, en el plazo señalado por la autoridad competente;

II - no cumplan lo dispuesto en los incisos I y II del Art. 10; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

III - dejen de atender, en el plazo, a la requisición formulada en los términos del inciso V del Art. 10; (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012)

IV - incumplan la prohibición o dejen de hacer la comunicación a que se refiere el Art. 11.

§ 3.º La inhabilitación temporaria será aplicada cuando sean verificadas infracciones graves cuanto al cumplimiento de las obligaciones constantes de esta Ley o cuando ocurra reincidencia específica, debidamente caracterizada en transgresiones anteriormente punidas con multa.

§ 4.º La casación de la autorización será aplicada en los casos de reincidencia específica de infracciones anteriormente punidas con la pena prevista en el inciso III del *caput* de este artículo.

Art. 13. El procedimiento para la aplicación de las sanciones previstas en este Capítulo será regulado por decreto, asegurados el contradictorio y la amplia defensa.

CAPÍTULO IX

Del Consejo de Control de Actividades Financieras

Art. 14. Se crea, en el ámbito del Ministerio de la Hacienda, el Consejo de Control de Actividades Financieras - COAF, con la finalidad de disciplinar, aplicar penas administrativas, recibir, examinar e identificar las ocurrencias sospechosas de actividades ilícitas previstas en esta Ley, sin perjuicio de la competencia de otros órganos y entidades.

§ 1.º Las instrucciones referidas en el art. 10 destinadas a las personas mencionadas en el art. 9.º, para las cuales no exista órgano propio fiscalizador o regulador, serán expedidas por el COAF, compitiéndole, para esos casos, la definición de las personas alcanzadas y la aplicación de las sanciones enumeradas en el art. 12.

§ 2.º El COAF deberá, todavía, coordinar y proponer mecanismos de cooperación y de cambio de informaciones que viabilicen acciones rápidas y eficientes en el combate a la ocultación o disimulación de bienes, derechos y valores.

§ 3º El COAF podrá requerir a los órganos de la Administración Pública las informaciones catastrales bancarias y financieras de personas involucradas en actividades sospechosas. (Incluido por la Ley nº 10.701, de 9.7.2003)

Art. 15. El COAF comunicará a las autoridades competentes para la instauración de los procedimientos apropiados, cuándo concluye la existencia de delitos previstos en esta Ley, de fundados indicios de su práctica, o de cualquier otro ilícito.

Art. 16. El COAF estará compuesto por servidores públicos de reputación irreprochable y reconocida competencia, designados por acto del Ministro de Estado de la Hacienda, de entre los integrantes del cuadro de personal efectivo del Banco Central de Brasil, de la Comisión de Valores Mobiliarios, de la Superintendencia de Seguros Privados, de la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, de la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil, de la Agencia Brasileña de Inteligencia, del Ministerio de las Relaciones Exteriores, del Ministerio de la Justicia, del Departamento de Policía Federal, del Ministerio de la Previdencia Social y de la Contraloría General de la Unión, atendiendo a la indicación de los respectivos Ministros de Estado. (Redacción dada por la Ley nº 12.683, de 2012).

§ 1.º El Presidente del Consejo será nombrado por el Presidente de la República, por indicación del Ministro de Estado de la Hacienda.

§ 2.º De las decisiones del COAF relativas a las aplicaciones de penas administrativas cabrá recurso al Ministro de Estado de la Hacienda.

Art. 17. El COAF tendrá organización y funcionamiento definidos en estatuto aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES GENERALES

(Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 17-A. Se aplican, subsidiariamente, las disposiciones del Decreto-Ley en el 3.689, de 3 de octubre de 1941 (Código de Proceso Penal), en lo que no sean incompatibles con esta Ley. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 17-B. La autoridad policial y el Ministerio Público tendrán acceso, exclusivamente, a los datos catastrales del investigado que informan cualificación personal, filiación y dirección, independientemente de autorización judicial, mantenidos por la Justicia Electoral, por las empresas telefónicas, por las instituciones financieras, por los proveedores de internet y por las administradoras de tarjeta de crédito. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 17-C. Los encaminamientos de las instituciones financieras y tributarias en respuesta a las órdenes judiciales de quiebra o transferencia de sigilo deberán ser, siempre que determinado, en medio informático, y presentados en archivos que posibiliten la migración de informaciones para los autos del proceso sin re-digitación. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 17-D. En caso de acusación de servidor público, éste será alejado, sin perjuicio de remuneración y demás derechos previstos en ley, hasta que el juez competente autorice, en decisión fundamentada, su retorno. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 17-E. La Secretaría de Ingresos Federales de Brasil conservará los datos fiscales de los contribuyentes por el plazo mínimo de 5 (cinco) años, contado a partir del inicio del ejercicio siguiente al de la declaración de renta respectiva o al del pago del tributo. (Incluido por la Ley nº 12.683, de 2012)

Art. 18. Esta Ley entra en vigor en la fecha de su publicación.

Brasilia, 3 de marzo de 1998; 177.º de la Independencia y 110.º de la República.

ANEXO II

LEY Nº 9.613, DE 3 DE MARZO DE 1998

Dispone sobre los crímenes de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores; la prevención de la utilización del sistema financiero para los ilícitos previstos en esta Ley; crea el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), y da otras providencias.

EI PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Hago saber que el Congreso Nacional decreta y yo sanciono la siguiente Ley:

CAPÍTULO I

De los delitos de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores

Art. 1.º Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de delito:

- I - de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines;
- II - de terrorismo y su financiación;
- III - de contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción;
- IV - de extorsión mediante secuestro;
- V - contra la Administración Pública, incluso la exigencia, para sí o para otro, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica u omisión de actos administrativos;
- VI - contra el sistema financiero nacional;
- VII - practicado por organización criminal.

VIII- practicado por particular contra la Administración Pública extranjera (Arts. 337-B, 337-C y 337-D del Decreto-Ley n.º 2.848, de 7 de diciembre de 1940 Código Penal).

Penal: reclusión de tres a diez años y multa.

§ 1.º Incurrir en la misma pena quien, para ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de cualquier de los crímenes antecedentes referidos en este artículo:

I - los convierte en activos lícitos;

II - los adquiere, recibe, cambia, negocia, da o recibe en garantía, guardia, tienen en depósito, moviliza o transfiere;

III - importa o exporta bienes con valores no correspondientes a los verdaderos.

§ 2.º Incurrir, aún, en la misma pena quien:

I - utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores que saben ser provenientes de cualquier de los crímenes antecedentes referidos en este artículo;

II - participa de grupo, asociación u oficina teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria es dirigida a la práctica de crímenes previstos en esta Ley.

§ 3.º La tentativa es punida en los términos del párrafo único del Art. 14 del Código Penal.

§ 4.º La pena será aumentada de uno a dos tercios, en los casos previstos en los incisos I a VI del *caput* de este artículo, si el delito fuera cometido de forma habitual o por intermedio de organización criminal.

§ 5.º La pena será reducida de uno a dos tercios y comenzará a ser cumplida en régimen abierto, pudiendo el juez dejar de aplicarla o sustituirla por pena restrictiva de derechos, si el autor, co-autor o partícipe colabora espontáneamente con las autoridades, proporcionando aclaraciones que conduzcan a la investigación de las infracciones penales y de su autoría o la localización de los bienes, derechos o valores objeto del delito.

CAPÍTULO II

Disposiciones procesales especiales

Art. 2.º El proceso y juicio de los delitos previstos en esta Ley:

I - obedecen a las disposiciones relativas al procedimiento común de los delitos punidos con reclusión, de la competencia del juez singular;

II – no dependen del proceso y juicio de los delitos antecedentes referidos en el artículo anterior, aun los practicados en otro país;

III - son de la competencia de la Justicia Federal:

a) cuando se practican contra el sistema financiero y el orden económico-financiero, o en detrimento de bienes, servicios o intereses de la Unión, o de sus entidades autárquicas o empresas públicas;

b) cuando el delito antecedente fuere de competencia de la Justicia Federal.

§ 1.º La denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia del delito antecedente, siendo punibles los hechos previstos en esta Ley, aunque se desconozca o esté exento de pena el autor de aquel delito.

§ 2.º En el proceso por delito previsto en esta Ley, no se aplica lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Proceso Penal.

Art. 3.º Los crímenes disciplinados en esta Ley son incapaces de fianza y libertad provisoria y, en caso de sentencia condenatoria, el juez decidirá fundamentadamente si el reo podrá apelar en libertad.

Art. 4.º El juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, o representación de la autoridad policial, oído el Ministerio Público en veinticuatro horas, habiendo indicios suficientes, podrá decretar, en el curso de la averiguación o de la acción penal, la aprehensión o el secuestro de bienes, derechos o valores del acusado, o existentes en su nombre, objeto de los delitos previstos en esta Ley, procediéndose en la forma de los Arts. 125 a 144 del Decreto-Ley nº 3.689, de 3 de octubre de 1941 - Código de Proceso Penal.

§ 1.º Las medidas previstas en este artículo serán levantadas si la acción penal no fuere iniciada en el plazo de ciento veinte días, contados desde la fecha en que quede concluida la diligencia.

§ 2.º El juez determinará la liberación de los bienes, derechos y valores aprehendidos o secuestrados cuando se compruebe la licitud de su origen.

§ 3.º Ningún pedido de restitución será conocido sin la presentación personal del acusado, pudiendo el juez determinar la práctica de actos necesarios a la conservación de bienes, derechos o valores, en los casos del Art. 366 del Código de Proceso Penal.

§ 4.º La orden de prisión de personas o de la aprehensión o secuestro de bienes, derechos o valores, podrá ser suspendida por el juez, oído el Ministerio Público, cuando a su ejecución inmediata pueda comprometer las investigaciones.

Art. 5.º Cuando las circunstancias lo aconsejaren, el juez, oído el Ministerio Público, nombrará persona cualificada para la administración de los bienes, derechos o valores aprehendidos o secuestrados, mediante término de compromiso.

Art. 6.º El administrador de los bienes:

I - hará justa una remuneración, fijada por el juez, que será satisfecha con el producto de los bienes objeto de la administración;

II - prestará, por determinación judicial, informaciones periódicas de la situación de los bienes bajo su administración, bien como explicaciones y detalles sobre inversiones y reinversiones realizadas.

Párrafo único. Los actos relativos a la administración de los bienes aprehendidos o secuestrados serán llevados al conocimiento del Ministerio Público, que requerirá lo que entienda conveniente.

CAPÍTULO III

De los efectos de la condena

Art. 7.º Son efectos de la condena, además de los previstos en el Código Penal:

I - la pérdida, en favor de la Unión, de los bienes, derechos y valores objeto del delito previsto en esta Ley, a salvo el derecho del lesionado o de tercero de buena fe;

II - la interdicción del ejercicio de cargo o función pública de cualquier naturaleza y de director, de miembro de consejo de administración o de gerencia de las personas jurídicas referidas en el Art. 9.º, por el doble de tiempo de la pena privativa de libertad aplicada.

CAPÍTULO IV

De los bienes, derechos o valores provenientes de delitos practicados en el extranjero

Art. 8.º El juez determinará, en la hipótesis de existencia de tratado o convención internacional y por solicitud de autoridad extranjera competente, la aprehensión o el secuestro de bienes, derechos o valores provenientes de delitos descritos en el Art. 1.º, practicados en el extranjero.

§ 1.º Se aplica lo dispuesto en este artículo, independientemente de tratado o convención internacional, cuando el gobierno del país de la autoridad solicitante promete reciprocidad al Brasil.

§ 2.º A falta de tratado o convención, los bienes, derechos o valores aprehendidos o secuestrados por solicitud de autoridad extranjera competente o los recursos provenientes de su enajenación serán repartidos entre el Estado requirente y el Brasil, en la proporción de la mitad, a salvo el derecho del lesionado o de tercero de buena fe.

CAPÍTULO V

De las personas sujetas a la ley

Art. 9.º Se sujetan a las obligaciones referidas en los Arts. 10 y 11 las personas jurídicas que tengan, con carácter permanente o eventual, como actividad principal o accesoria, cumulativamente o no:

I - la captación, intermediación y aplicación de recursos financieros de terceros, en moneda nacional o extranjera;

II - la compra y venta de moneda extranjera u oro como activo financiero o instrumento de cambio;

III - la custodia, emisión, distribución, liquidación, negociación, intermediación o administración de títulos o valores mobiliarios.

Párrafo único. Se sujetan a las mismas obligaciones:

I - las bolsas de valores y bolsas de mercaderías o futuros;

II - las aseguradoras, las corredoras de seguros y las entidades de providencia complementaria o de capitalización;

III - las administradoras de tarjetas de acreditación o tarjetas de crédito, así como las administradoras de consorcios para adquisición de bienes o servicios;

IV - las administradoras o empresas que se sirvan de tarjeta o cualquier otro medio electrónico, magnético o equivalente, que permita la transferencia de fondos;

V - las empresas de arrendamiento mercantil (*leasing*) y las de fomento comercial (*factoring*);

VI - las sociedades que efectúen distribución de dinero o cualesquiera bienes muebles, inmuebles, mercaderías, servicios, o las que concedan descuentos en su adquisición, mediante sorteo o método semejante;

VII - las filiales o representaciones de entes extranjeros que ejerzan en el Brasil cualquiera de las actividades listadas en este artículo, aunque sea de forma eventual;

VIII - las demás entidades cuyo funcionamiento dependa de autorización de órgano regulador de los mercados financieros, de cambio, de capitales y de seguros;

IX - las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que operen en el Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comisionarías o por

cualquier forma representen intereses de ente extranjero que ejerza cualquiera de las actividades referidas en este artículo;

X - las personas jurídicas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria o compra y venta de inmuebles;

XI - las personas físicas o jurídicas que comercialicen joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades.

XII - las personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes de lujo o de alto valor o ejerzan actividades que involucren gran volumen de recursos en especie.

CAPÍTULO VI

De la identificación de los clientes y mantenimiento de registros

Art. 10. Las personas referidas en el Art. 9.º:

I - identificarán a sus clientes y mantendrán catastro actualizado, en los términos de las instrucciones emanadas de las autoridades competentes;

II - mantendrán registro de toda transacción en moneda nacional o extranjera, títulos y valores mobiliarios, títulos de crédito, metales, o cualquier activo susceptible de ser convertido en dinero, que sobrepase el límite fijado por la autoridad competente y en los términos de instrucciones por esta expedidas;

III - deberán atender, en el plazo fijado por el órgano judicial competente, las requisiciones formuladas por el Consejo creado por el Art. 14, que se procesarán en secreto de justicia.

§ 1.º En la hipótesis de que el cliente se constituyera en persona jurídica, la identificación referida en el inciso I de este artículo deberá alcanzar a las personas físicas autorizadas a representarla, así como a sus propietarios.

§ 2.º Los catastros y registros referidos en los incisos I y II de este artículo deberán ser conservados durante el período mínimo de cinco años a partir del cierre de la cuenta o de la conclusión de la transacción, plazo este que podrá ser ampliado por la autoridad competente.

§ 3.º El registro referido en el inciso II de este artículo será efectuado también cuando la persona física o jurídica, sus entes ligados, hubiere realizado, en el mismo mes, operaciones con una misma persona, conglomerado o grupo que, en su conjunto, sobrepasen el límite fijado por la autoridad competente.

Art. 10A. El Banco Central mantendrá registro centralizado formando el catastro general de poseedores de cuentas corrientes y clientes de instituciones financieras, así como de sus procuradores.

CAPÍTULO VII

De la comunicación de operaciones financieras

Art. 11. Las personas referidas en el Art. 9.º:

I - dispensarán especial atención a las operaciones que, en los términos de instrucciones emanadas de las autoridades competentes, puedan constituirse en serios indicios de los delitos previstos en esta Ley, o relacionarse con ellos;

II - deberán comunicar, absteniéndose de dar a los clientes ciencia de tal acto, en el plazo de veinticuatro horas, a las autoridades competentes:

a) todas las transacciones constantes del inciso II del Art. 10 que sobrepasaren el límite fijado para ese fin por la misma autoridad y en la forma y condiciones por ella establecidas, debiendo unirse a la identificación a que se refiere el inciso I del mismo artículo;

b) la propuesta o la realización de transacciones prevista en el inciso I de este artículo.

§ 1.º Las autoridades competentes, en las instrucciones referidas en el inciso I de este artículo, elaborarán relación de operaciones que, por sus características, en lo que se refiere a las partes involucradas, valores, forma de realización, instrumentos utilizados, o por la falta de fundamento económico o legal, puedan configurar la hipótesis en él prevista.

§ 2.º Las comunicaciones de buena fe, hechas en la forma prevista en este artículo, no acarrearán responsabilidad civil o administrativa.

§ 3.º Las personas para las cuales no exista órgano propio fiscalizador o regulador harán las comunicaciones mencionadas en este artículo al Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) y en la forma por él establecida.

CAPÍTULO VIII

De la responsabilidad administrativa

Art. 12. A las personas referidas en el Art. 9.º, así como a los administradores de las personas jurídicas, que dejen de cumplir las obligaciones previstas en los Arts. 10 y 11 se les aplicarán, cumulativamente o no, por las autoridades competentes, las siguientes sanciones:

I - advertencia;

II - multa pecuniaria variable, del uno por ciento hasta el doble del valor de la operación, o hasta doscientos por ciento del lucro obtenido o que presumiblemente sería obtenido por la realización de la operación, o, aún, multa de hasta R\$ 200.000,00 (doscientos mil reales);

III - inhabilitación temporal, por el plazo de hasta diez años, para el ejercicio del cargo de administrador de las personas jurídicas referidas en el Art. 9.º;

IV - casación de la autorización para operación o funcionamiento.

§ 1.º La pena de advertencia será aplicada por irregularidad en el cumplimiento de las instrucciones referidas en los incisos I y II del Art. 10.

§ 2.º La multa será aplicada siempre que las personas referidas en el Art. 9.º, por negligencia o dolo:

I - dejaren de salvar las irregularidades objeto de advertencia, en el plazo señalado por la autoridad competente;

II - no realizaren la identificación o el registro previstos en los incisos I y II del Art. 10;

III - dejaren de atender, en el plazo, la requisición formulada en los términos del inciso III del Art. 10;

IV – no cumplieren la prohibición o dejaren de hacer la comunicación a que se refiere el Art. 11.

§ 3.º La inhabilitación temporal será aplicada cuando fueran verificadas infracciones graves tanto al cumplimiento de las obligaciones constantes de esta Ley como cuando concurriese reincidencia específica, debidamente caracterizada en transgresiones anteriormente punidas con multa.

§ 4.º La casación de la autorización será aplicada en los casos de reincidencia específica de infracciones anteriormente punidas con la pena prevista en el inciso III del *caput* de este artículo.

Art. 13. El procedimiento para la aplicación de las sanciones previstas en este Capítulo será regulado por decreto, aseguradas la contradicción y la amplia defensa.

CAPÍTULO IX

Del Consejo de Control de Actividades Financieras

Art. 14. Se crea, en el ámbito del Ministerio de la Hacienda, el Consejo de Control de Actividades Financieras - COAF, con la finalidad de disciplinar, aplicar penas administrativas, recibir, examinar e identificar las ocurrencias sospechas de actividades ilícitas previstas en esta Ley, sin perjuicio de la competencia de otros órganos y entidades.

§ 1.º Las instrucciones referidas en el Art. 10 destinadas a las personas mencionadas en el Art. 9.º, para las cuales no exista órgano propio fiscalizador o regulador, serán expedidas por el COAF, compitiéndole, para esos casos, la definición de las personas alcanzadas y la aplicación de las sanciones enumeradas en el Art. 12.

§ 2.º El COAF deberá, además, coordinar y proponer mecanismos de cooperación y de cambio de informaciones que viabilicen acciones rápidas y eficientes en la lucha contra la ocultación o disimulación de bienes, derechos y valores.

§ 3º El COAF podrá requerir a los órganos de la Administración Pública las informaciones catastrales bancarias y financieras de personas involucradas en actividades sospechas.

Art. 15. El COAF comunicará a las autoridades competentes para la instauración de los procedimientos apropiados, cuándo concluye la existencia de delitos previstos en esta Ley, de fundados indicios de su práctica, o de cualquier otro ilícito.

Art. 16. El COAF estará compuesto por servidores públicos de reputación acrisolada y reconocida competencia, designados por acto del Ministro de Estado de la Hacienda, entre los integrantes del cuadro de personal efectivo del Banco Central de Brasil, de la Comisión de Valores Mobiliarios, de la Superintendencia de Seguros Privados, de la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, de la Secretaria de la Receta Federal, de órganos de inteligencia del Poder Ejecutivo, del Departamento de Policía Federal, del Ministerio de las Relaciones Exteriores y de la Controladoria-Geral da União, atendiendo, en esos cuatro últimos casos, la indicación de los respectivos Ministros de Estado.

§ 1.º El Presidente del Consejo será nombrado por el Presidente de la República, por indicación del Ministro de Estado de Hacienda.

§ 2.º De las decisiones del COAF relativas a las aplicaciones de penas administrativas cabrá recurso al Ministro de Estado de Hacienda.

Art. 17. El COAF tendrá organización y funcionamiento definidos en estatuto aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.

Art. 18. Esta Ley entra en vigor en la fecha de su publicación.

Brasilia, 3 de marzo de 1998; 177.º de la Independencia y 110.º de la República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO