

BLANQUEO DE CAPITALES Y MERECIMIENTO DE PENA: CONSIDERACIONES CRITICAS A LA LUZ DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA*

Carlos J. Suárez González

Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid

I

La luz de alarma que en los últimos años se ha encendido como consecuencia del recurso al mecanismo de la circulación de capitales por parte de las grandes organizaciones criminales, como uno de los medios más idóneos que permiten el lavado del dinero, es sobradamente conocida. Este mecanismo se ha convertido en el instrumento jurídico-económico por excelencia al que recurren dichas organizaciones, ligadas a diferentes sectores de la delincuencia —ciertamente, el tráfico de drogas, pero no sólo— para reciclar la ingente cantidad de sumas de dinero y bienes que detentan como fruto de la actividad ilícita. La finalidad que de este modo se persigue no es otra que la de permitir aflorar el capital ilícitamente acumulado, y procedente de las zonas “oscuras” del tejido social, para que sea aceptado por la comunidad¹, lo cual se pretende conseguir mediante el uso de un instrumento *neutro* —la circulación de capitales— sin el cual no sería factible la vida económica moderna². Vida económica que difícilmente puede circunscribirse a un ámbito territorial determinado, y que se incardina en un orden económico mundial, donde la importancia de las fronteras va en continua regresión. Esta realidad, unida al hecho de que la delincuencia a la que tradicionalmente se asocia este tipo de actividades tampoco opera circunscrita a un único país, ha permitido dotar al fenómeno de una trascendencia internacional a todos los niveles.

Sobre esta base, y sin perjuicio de ahondar posteriormente en este punto, en la actualidad se resalta por parte de la mayoría de la doctrina que los flujos financieros del lavado de dinero constituyen comportamientos disfuncionales y nocivos para el orden económico³; dada su ingente dimensión cuantitativa, se

* El presente trabajo constituye un desarrollo de la ponencia presentada sobre “Blanqueo de capitales y secreto bancario” en las IV Jornadas sobre Derecho penal económico y de la empresa, que bajo el título de “Actividad Bancaria y Derecho Penal” organizó el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Navarra durante los días 30 y 31 de marzo de 1995.

¹ Así FARRA COSTA, *El blanqueo de capitales*, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en Honor al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 14-18 octubre de 1992, p. 4 (obra en prensa), quien además utiliza la expresión zonas “oscuras” para referirse a aquel “lado de la sociedad en el que, dada la ausencia de transparencia o debido a la ‘provocada opacidad’, se realizan las más diversas actividades ilícitas” (n. 8).

² Constituyendo una contribución irrenunciable del sistema económico moderno, la circulación de capitales es un mecanismo “neutro” en tanto en cuanto puede reflejar una relación jurídica que tenga como origen una riqueza socialmente legitimada, como puede constituir la base que permita justificar una riqueza. Resalta ambos aspectos FARRA COSTA, *op. cit.*, (n. 1) pp. 5-6.

³ Vid., PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, Riv. it. dir. proc. penale, 1991, p. 1221.

sostiene que pueden representar “un coeficiente de relevante peligrosidad y contaminación a la vez que de desestabilización respecto al equilibrio y al ordenado funcionamiento de los mercados de capitales, así como con respecto a la credibilidad y estabilidad de los operadores de dichos mercados”⁴.

Esta desaprobación general del fenómeno del blanqueo de capitales se ha traducido no sólo en la aprobación de medidas legislativas por parte de diferentes países, sino también en la adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar una armonización de las legislaciones de los diferentes estados. En esta línea se enmarcan la Convención de las Naciones Unidas de 1988, la Convención del Consejo de Europa de 1990 y la Directiva 91/308 de las Comunidades Europeas del 10 de junio de 1991.

A partir de este contexto, las diferentes medidas legislativas aprobadas por los países que pretenden impedir el blanqueo de capitales se han proyectado en una doble dirección. Por una parte, mediante el establecimiento de un ingente arsenal de normas, cuya finalidad es regular de la manera más precisa posible los distintos aspectos de índole mercantil y fiscal implícitos en el movimiento de capitales, así como establecer un control sobre los operadores económicos que intervienen en los mismos. En esta línea el aforismo *pecunia non olet* y la tradición del secreto bancario han ido cediendo terreno a distintos tipos de intervenciones tendentes a controlar los movimientos de capitales⁵. Por otro lado, mediante el recurso al Derecho penal, creando nuevas figuras delictivas y estableciendo sanciones de naturaleza específica frente a este tipo de delincuencia que algunos autores enmarcan en el sector económico.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las reformas legislativas operadas en España para hacer frente al blanqueo de capitales (II y III) y, sobre todo, ahondar en la problemática del merecimiento de pena —y en su caso de sanción administrativa— de este tipo de comportamiento (IV), cuestión a la que la doctrina le ha dispensado, hasta la fecha, escasa atención.

II

a) El ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de la respuesta legislativa que, inducida por los organismos internacionales, se ha ido adoptando en otros países⁶.

La legislación española, siguiendo las huellas marcadas por otros ordenamientos, también ha abordado el problema desde una doble vía. Por un lado, mediante la introducción de una legislación específica en el ámbito administrativo sancionador y, por otro, por medio de la creación de diversos tipos penales a los que inmediatamente se hará referencia. Sin embargo, en contra de lo que hubiera resultado correcto, la respuesta penal ha precedido en el tiempo a la de índole administrativo-sancionadora, y se ha proyectado sobre comportamientos

⁴ Vid., FLICK, G.M., *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, Riv. it. dir. proc. penale, 1990, p. 1257; en la misma línea AMMIRATI, *Il delitto di riciclaggio nel sistema bancario e finanziario interno ed internazionale*, Milano, 1994, pp. 3 y ss.

⁵ Vid., FLICK, *op. cit.* (n. 4), p. 1256.

⁶ Así, por ejemplo, en Italia el Decreto legislativo de 1º de septiembre de 1993, n. 385, que aprueba el “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”; en Alemania la “Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität” (OrgKG) del 15.7.1992, que introduce el § 261 del StGB (vid. infra apdo. IV d).

que, por falta de una regulación específica, se encontraban carentes de control en el ámbito económico-financiero, es decir, en aquel contexto donde resulta necesario incidir de forma prioritaria si se persigue la plena eficacia de la norma penal.

En la legislación penal se operan dos reformas destinadas a hacer frente al blanqueo de capitales. La primera se lleva a cabo por la L.O. 1/88, de 24 de marzo; la segunda es fruto de la L.O. 8/92, de 23 de diciembre. Ambas tienen lugar en el seno del Código Penal, rehuendo así el legislador del recurso a la técnica de legislar por medio de la creación de leyes penales especiales. Técnica que, si bien constituye el mecanismo habitual en el sector de la delincuencia económica en múltiples países —Italia, Alemania, Francia y Portugal—, ofrece más inconvenientes que ventajas⁷.

Como ha resaltado la doctrina, ambas reformas se llevan a cabo, fundamentalmente, para dar cumplimiento a diversos requerimientos hechos desde distintas instancias internacionales⁸, lo cual halla corroboración, en lo que concierne a la reforma de 1992, en su Exposición de Motivos. Factor al que hay que añadir, al menos en lo que respecta a la primera de las reformas, la de 1988, la insuficiencia de los preceptos penales a la sazón vigentes para ofrecer una respuesta idónea al concreto fenómeno delictivo del blanqueo de capitales.

b) En efecto, la doctrina había resaltado la laguna existente hasta 1988 desde el punto de vista penal en esta materia. Por una parte, se sostenía que en los términos en los que se hallaba configurado el llamado delito de receptación propia (art. 546 bis a) del Código Penal) su inaplicación al blanqueo de capitales era manifiesta, ya que dicho precepto se limita a sancionar el aprovechamiento de efectos de “delitos contra los bienes”, circunstancia no concurrente en el tráfico de drogas y que raramente sucede en otras manifestaciones del lavado de dinero⁹. Además, si bien se reconocía la posibilidad de aplicación a estos comportamientos del tipo de encubrimiento, consistente en “auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta” (art. 17.1 del Código Penal), su aplicación dejaría impunes, por falta de tipicidad, con-

⁷ El criterio político-criminal de recurrir en el ámbito de la delincuencia económica a las leyes penales especiales presenta, en mi opinión, dos inconvenientes que aconsejan su abandono: en primer término, dicha “legislación especial” facilita e incentiva el recurso a las denominadas técnicas de neutralización o exculpación, permitiendo a los autores de estos hechos presentarlos como menos lesivos y graves —“especiales”— en relación con la delincuencia “común” —la regulada en el Código Penal—; por otra parte, fácilmente suelen suscitarse problemas interpretativos entre las leyes “especiales” y los principios generales recogidos en el Libro I del Código Penal. Sobre este particular vid., SUÁREZ GONZÁLEZ, *Orden económico y Derecho Penal*, AUSBANC, febrero 1995, p. 52.

⁸ Así lo manifiesta DÍEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español*. Actualidad Penal N° 32/5-11 de septiembre de 1944, para quien resulta incuestionado que la modificación operada en 1988 se inspiró de forma directa en los últimos borradores de la Convención de las Naciones Unidas, aprobada unos meses después (p. 590, y n. 29 con ulteriores referencias bibliográficas y remisión a fuentes).

⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La receptación específica*, en *Delitos contra la salud pública (Tráfico de Drogas)*, Comentarios a la legislación penal. Tomo XIII, Madrid, 1990, p. 481; DÍEZ RIPOLLÉS, *La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente*. ADPCP, 1987, p. 395; DE LA MATA, *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal*. Madrid, 1989, p. 49.

ductas relevantes (v.gr., la receptación en cadena)¹⁰. Pero incluso los supuestos que tuvieran cabida en este tipo penal se verían castigados con penas nimias o, cuando menos, no proporcionadas a la gravedad que se considera ostenta el blanqueo de capitales¹¹.

Con estos antecedentes, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, introduce dentro de las modalidades del delito de receptación (arts. 546 bis a) y sig. del Código Penal) un nuevo precepto, el art. 546 bis f) cuya clara finalidad es tipificar el lavado de dinero procedente del tráfico de drogas.

El artículo incorpora al texto punitivo el castigo de la recepción, adquisición y aprovechamiento, propio o de terceros, de los efectos o ganancias fruto de un delito de tráfico de drogas —cuando se tenga conocimiento de su procedencia—. La pena con la que estos hechos se conminan entraña privación de libertad de seis meses a seis años, multa entre uno y cien millones de pesetas, y comiso de los bienes que hayan servido de instrumento o procedan de la comisión del hecho. A mayores, se contempla una agravación de la pena privativa de libertad para supuestos de habitualidad, o pertenencia a una organización dedicada al blanqueo de capitales, y también se prevé la clausura temporal (hasta seis años) o definitiva del establecimiento que haya servido de medio para el lavado, así como la inhabilitación para el desempeño de su profesión o industria del responsable de los hechos.

La doctrina mayoritariamente ha valorado de forma positiva que el legislador se haya decantado por el modelo técnico-jurídico de la receptación de delitos¹². Y, en este sentido, ha señalado Díez Ripollés que esta opción tiene consecuencias relevantes, ya que refleja la voluntad de acomodar tales comportamientos, con las variaciones necesarias, a “construcciones jurídicas previamente existentes y contrastadas”¹³.

Cierto es, no obstante, que un análisis comparativo entre el art. 546 bis f) y la denominada receptación propia de los arts. 546 bis a) y siguientes muestra la diferencia que en su estructura típica presentan los preceptos, como se ha encargado de poner de manifiesto la doctrina¹⁴.

Se ha hecho hincapié, en primer lugar, en que nos hallamos ante tipos penales que otorgan protección a bienes jurídicos diferentes. Mientras constituye opinión muy mayoritaria que la receptación propia es un delito contra el

¹⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), pp. 481-482 n. 11. En los mismos términos se pronunció la doctrina alemana considerando que los §§ 257 y 259 del StGB (favorecimiento y receptación, respectivamente) eran inaplicables a los supuestos de receptación en cadena actualmente abarcados por el § 261: vid. *infra* apdo. IV n. 78.

¹¹ De esta opinión SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, (n. 9), p. 482; sobre las relaciones entre los arts. 546 bis y 17.1 cfr. DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), pp. 44-48, recogiendo el parecer de la jurisprudencia; FARRÉ, E., Casos límite entre encubrimiento y la receptación, ADPCP, 1988, pp. 241 y ss.; vid., también BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Derecho Penal, P.E. II*, Madrid, 1993, p. 484.

¹² Vid., PRIETO RODRÍGUEZ, *En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código Penal sobre tráfico ilegal de drogas*, Actualidad Penal, 1988, p. 2410; Díez RIPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 595, quien habla de una “receptación específica”; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El marco normativo de las drogas en España*, RGLJ, 1987, p. 405; discrepa DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), pp. 49, 104.

¹³ *Op. cit.* (n. 8), p. 590. Con razón resalta Díez RIPOLLÉS que “no se trata, por tanto, de una pasiva recepción de las normas internacionales que podría resultar disfuncional para los principios inspiradores de nuestro sistema jurídico” (p. 590).

¹⁴ Un análisis comparado se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), *passim*; DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), *passim*; Díez RIPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), pp. 590-595.

patrimonio¹⁵, el acuerdo sobre el interés tutelado en el art. 546 bis f) es menor. Así, mientras algunos autores se decantan claramente por considerar como bien jurídico protegido el mismo que el del delito del que trae causa, que al ser, en este caso, el de tráfico de drogas se concretaría en la salud pública¹⁶, otros hacen referencia al “interés del Estado en la erradicación del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, es decir, en un sentido –amplio–, a la Administración de Justicia¹⁷, no faltando opiniones que hablan de un “bien jurídico colectivo nucleado en torno a la protección del orden socio-económico”¹⁸. Sin perjuicio de volver posteriormente con mayor detenimiento sobre este punto, lo cierto es que la doctrina no considera que el desvalor del resultado en el art. 546 bis f) sea coincidente con el de la receptación propia¹⁹.

Desde el punto del análisis de los elementos típicos, un somero análisis muestra que el núcleo del tipo es coincidente con el de la receptación propia y consiste en una acción de aprovechamiento –obtención de un lucro–, si bien, como ha señalado Díez Ripollés, parece que el legislador se ha decantado por un concepto amplio de aprovechamiento que permite incluir toda ventaja o beneficio económico en cuanto exista una disponibilidad²⁰. El provecho puede ser propio o *en favor de un tercero*, convirtiéndose así en autores típicos a quienes, de no haberse incluido, hubieran resultado partícipes de la receptación, pues el tercero que se aprovecha de los efectos o ganancias sería, *per se*, autor de una receptación²¹.

¹⁵ DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), pp. 21 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Madrid, 1985, p. 182; MUÑOZ CONDE, P.E. 9ª ed. p. 356; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Derecho Penal*, P.E. II, p. 483, señalando que el bien jurídico protegido es el mismo que el del delito previo sobre el que se proyecta. También este es el parecer mayoritario en la doctrina alemana: vid., por todos, RUSS, LK, 10. Aufl. § 259, n.m.l., con ulteriores referencias bibliográficas. Sin discutir la vertiente claramente patrimonialista que en la mayoría de las legislaciones presenta el delito de receptación, entiendo con VIVES ANTÓN –P.E. VV. AA. Valencia 1993, p. 799– que nos encontramos ante un delito *pluriofensivo*, en el cual junto a la lesión de aspectos patrimoniales hay un atentado a la Administración de Justicia (considera la Administración de Justicia bien jurídico protegido QUERALT, P.E., 2ª ed. Barcelona, 1992, p. 692). Obviamente el problema se suscita en nuestro derecho positivo a la hora de deslindar el tipo de la receptación del tipo del encubrimiento del art. 17 del C.P. Pero esta exigencia interpretativa no puede obviarse alegando diferencia en los bienes jurídicos tutelados, cuando de los propios términos de la ley no se deduce.

¹⁶ GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal*, VV.AA. P.E. II *Delitos contra la propiedad*. Madrid, 1992, p. 373. ZARAGOZA AGUADO, *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*. En *El encubrimiento. La receptación y el blanqueo de dinero*. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 114.

¹⁷ Así VIVES ANTÓN, *op. cit.* (n. 15), p. 805, quien de *modo mediato*, reconoce, consecuentemente también la salud pública como bien tutelado. En la misma línea se ha pronunciado SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), p. 481. Por su parte, GÓMEZ PAVÓN, *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC Nº 53, 1994, pp. 459 y ss., estableciendo un paralelismo con el tipo del art. 17.2, señala que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia.

¹⁸ Díez Ripollés, *op. cit.* (n. 8), pp. 595-596.

¹⁹ Vid., *infra* apartado IV.

²⁰ *Op. cit.* (n. 8), p. 591. Sobre la eventual colisión entre el art. 546 bis f) y el art. 17 en sus números primero o segundo, tratándose de los supuestos de favorecimiento real retribuido, entiendo que se trata de dos preceptos que se *superponen*, debiendo apreciarse en consecuencia una relación de alternatividad, a resolver por el art. 68 del C.P.; de otra opinión SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), p. 490, quien aprecia una relación de especialidad en favor del art. 546 bis f).

²¹ Cfr. Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Madrid, 1989, p. 95.

En lo que concierne al objeto de la acción, el art. 546 bis f) presenta, a su vez, diferencias en relación con la receptación propia. Junto a los "efectos" procedentes del delito que puede ser objeto de aprovechamiento, se incluyen también las "ganancias". Esta inclusión ha dado pie para sostener que la nueva figura delictiva acoge supuestos de "receptación sustitutiva", es decir, supuestos en los que un sujeto recepta un objeto que no es el que directamente procede de la infracción cometida, sino que es fruto de una operación comercial que tiene como base el objeto obtenido con la infracción precedente²². En opinión de la doctrina mayoritaria, estos casos de receptación estaban excluidos de la receptación propia sobre la base de dos tipos de consideraciones: por una parte, partiendo de una interpretación gramatical del tipo, se ha señalado que el término "efectos" debe ser entendido sinónimo de los productos *directamente* obtenidos del delito²³. Desde otra óptica se postula que un correcto entendimiento del contenido de injusto del delito de receptación impediría incluir en su ámbito típico estos casos de receptación sustitutiva. Si se acepta la denominada teoría del mantenimiento como fundamento de la receptación —como hace la doctrina mayoritaria— y se admite que la actividad receptadora supone añadir una nueva dificultad para que el titular de los objetos pueda recuperarlos, es decir, se añade un nuevo obstáculo para que el titular del derecho pueda ejercitarlo, en estos supuestos no concurriría este ulterior impedimento²⁴.

Más discutible resulta, sin embargo, determinar si el nuevo tipo penal del art. 546 bis f) da cabida a la llamada receptación en cadena o receptación de la receptación, comportamiento habitual en el lavado de dinero y punto sobre el que no reina acuerdo en la doctrina²⁵. Si bien la receptación en cadena se considera punible sobre la base del art. 546 bis a)²⁶, de acuerdo con una interpretación teleológica del artículo 546 bis f) no parece que exista inconveniente en sancionar estos hechos. Aunque el tipo del artículo 546 bis f) ofrece en su configuración técnica una cierta concordancia con el delito de receptación, difícilmente puede sostenerse que se trate de una receptación específica²⁷. Desde esta óptica, como señala Silva Sánchez, la posibilidad de sancionar la receptación en cadena por vía del artículo 546 bis f) sería acorde con la finalidad de la reforma, al ser segundas o terceras receptaciones las relevantes a efectos de blanqueo de fondos²⁸.

²² DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), p. 50, con un análisis pormenorizado de los distintos casos de la denominada receptación sustitutiva.

²³ Vid., BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Derecho Penal*, P.E. II, p. 486. Entiendo, no obstante, que le asiste plena razón a VIVES ANTÓN cuando señala que el concepto de "efectos" a la luz del art. 48 del C.P. y de los arts. 334 y 335 de la L.E. crim. es más amplio que el que le otorga la doctrina mayoritaria (*Derecho Penal*, P.E. VV.AA. Valencia, 1993, p. 802). En consecuencia, no parece que la interpretación gramatical constituya un argumento convincente para excluir del ámbito típico estos supuestos.

²⁴ Un exhaustivo análisis de esta teoría y sus paródicos se encuentra en DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), pp. 31-37. Desde esta óptica sí resulta convincente excluir la receptación sustitutiva del ámbito de los arts. 546 bis a) y ss., si bien queda aún sin aclarar la necesidad de punir de forma autónoma estos supuestos.

²⁵ En contra, DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 594; a favor, SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), pp. 486-489, 495-496.

²⁶ Como recuerda SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.* (n. 9), p. 487, lo que se discute es si la segunda receptación ha de ir referida al hecho principal o a la primera receptación.

²⁷ Vid., *infra* apartado IV b).

²⁸ *Op. cit.* (n. 9), p. 488.

Por último, y como una de las notas más características, cabe resaltar que en el nuevo delito introducido por la reforma de 1988 no rige el principio de proporcionalidad, consustancial al delito de receptación, de que no pueda superarse la pena del delito encubierto²⁹, lo que conduce a que, en algunos casos, se pueda imponer una pena superior a la de los tipos básicos que sirven de delito de referencia³⁰.

b) La segunda reforma en materia de blanqueo de capitales que tiene lugar en el Código Penal se opera por la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, y supone la modificación de algunos preceptos existentes relativos al delito de tráfico de drogas, así como la introducción de otros tipos nuevos³¹.

La reforma se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley como ineludible, para permitir trasponer las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, la Directiva de las Comunidades Europeas de 1991 y el Convenio de Schengen.

Como recuerda Díez Ripollés, máximo comentarista de la reforma, ésta parece mostrar a un legislador que considera que la introducción del art. 546 bis f) había dejado sin abarcar determinados aspectos del blanqueo de dinero, si bien, en ningún momento, se llegan a concretar cuáles pudieran ser los supuestos que daban lugar a inaceptables lagunas que justificasen la reforma³².

El cambio que se opera desde el punto de vista político-criminal salta a la luz en comparación con la reforma operada en 1988: en palabras de Díez Ripollés, "ya no se trata de asumir sin reservas las propuestas internacionales, sino de una absoluta renuncia a cualquier intento de utilizar conceptos jurídicos propios de nuestro ordenamiento jurídico, e incluso del ámbito jurídico europeo al que pertenecemos, para introducir exigencias internacionales en nuestro Derecho Penal"³³.

La reforma ha sido calificada de forma gráfica y con pleno acierto como una "colonización jurídica"³⁴, que nos sitúa ante unos preceptos reiterativos y defectuosos desde el punto de vista técnico³⁵.

Incluso el ámbito de aplicación de los nuevos preceptos desborda las recomendaciones de los textos internacionales. En este sentido, se amplía el ámbito de punición, introduciendo el castigo de determinadas conductas imprudentes de

²⁹ Lo resalta Díez Ripollés, *op. cit.* (n. 8), p. 608. Si bien de nuevo falta por determinar qué justifica esta ruptura del principio de proporcionalidad, máxime tratándose de una "receptación específica" como sostienen algunos autores.

³⁰ Cfr., Díez Ripollés, *op. cit.* (n. 8), p. 594.

³¹ En concreto, se modifican los artículos 344 bis a), c), d) y e) y se introducen los artículos 344 bis g), h), i), j) y k).

³² *Op. cit.* (n. 8), p. 601, con un pormenorizado examen (en n. 77) de los antecedentes legislativos que justificaron la reforma. Cfr., también, Fabián Caparrós, *Consideraciones de urgencia sobre la L.O. 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 1993, pp. 558 y ss.; Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Pamplona, 1993; De la Cuesta Arzamendi, *Características de la actual política criminal española en materia de drogas*, en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Coord. por Díez Ripollés-Laurenzo Copello, Valencia, 1993.

³³ *Op. cit.* (n. 8), pp. 601-602.

³⁴ El autor de esta expresión, Díez Ripollés, la define como "el proceso por el que un determinado Estado incorpora a su ordenamiento sus compromisos internacionales de un modo mecánico, sin molestarse en lograr su adecuada integración en su peculiar configuración constitucional y de legalidad ordinaria", *op. cit.* (n. 8), p. 602.

³⁵ *Op. cit.* (n. 8), p. 602.

blanqueo en el art. 344 bis h, número 3, que sobrepasan las recomendaciones de la Convención del Consejo de Europa³⁶. Las repercusiones que, en materia de vencibilidad del error, un precepto de estas características tiene para los operadores de las entidades crediticias resultan a todas luces evidentes³⁷.

Necesario es reconocer que, como ha sido puesto de manifiesto, los nuevos preceptos elevan a la categoría de delito autónomo supuestos de encubrimiento³⁸. En este sentido, en el ámbito del artículo 344 bis h) el tipo básico parece constituido por el N° 2 en el que se castiga al que *ocultare o encubriere la naturaleza, origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos... a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos*³⁹. El art. 34 bis h) 1, primera variante, tipifica y castiga la tentativa de este comportamiento. A su vez, el art. 344 bis h) 1, segunda variante, constituye una tipificación autónoma de tentativa específica de favorecimiento personal (realizar un acto o participar en él "con el objeto de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones...")⁴⁰.

El art. 344 bis i) contempla una modalidad típica de difícil sistematización. Un sector de la doctrina se ha inclinado por considerar que nos hallamos ante una modalidad de receptación, en la que las modalidades del aprovechamiento consisten en la adquisición, posesión o utilización de los bienes⁴¹. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Queralt Jiménez, el tipo en modo alguno exige un aprovechamiento, lo que dificulta su ubicación sistemática⁴².

A este cuadro legislativo hay que añadir lo preceptuado en el art. 344 bis h) 1, tercera variante, que, como señala Díez Ripollés, constituye un reflejo de las imperfecciones técnicas de la reforma: el legislador transcribe mal los textos internacionales y termina castigando, de nuevo, conductas que ya eran punibles como supuestos de participación propia en los delitos de tráfico de drogas⁴³.

La conclusión no puede ser otra que la de una valoración negativa de la reforma⁴⁴. Concediéndole, una vez más, la razón a Díez Ripollés, la reforma ha supuesto la creación de dos artículos técnicamente incorrectos y dogmática-

³⁶ La Convención del Consejo de Europa no hace extensible la punición de la imprudencia a las conductas de ocultación y encubrimiento, y sí exclusivamente al desconocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, tal y como transpone el 261 del StGB.

³⁷ Se hace eco de esta problemática PÉREZ MANZANO, *El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, El encubrimiento. La receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 242 y ss. La finalidad de la punición de la imprudencia consiste fundamentalmente en facilitar los problemas de prueba que en muchos de estos supuestos se suscitan.

³⁸ Vid., DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 603.

³⁹ No compartimos la idea de DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 603, de que nos encontramos ante un supuesto de receptación específica. Al concepto de receptación es consustancial el *animus lucri*, lo que en modo alguno es requerido por el artículo 344 bis h).

⁴⁰ De otra opinión DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 605.

⁴¹ DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 605; MUÑOZ CONDE, P.E. 9ª ed., p. 506.

⁴² Vid., QUERALT JIMÉNEZ, *La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas*. Jueces para la democracias, 1992, pp. 115 y ss.

⁴³ *Op. cit.* (n. 8), p. 606. Ciertamente carece de sentido que el art. 344 bis h) 1 castigue autónomamente a quien realice un acto de participación en los delitos de tráfico de drogas. Lo correcto, como señala este autor, es que se castigue la conversión o transferencia de bienes "que proceden de un acto de participación...".

⁴⁴ Así, con razón DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 608.

mente muy discutibles, en tanto en cuanto suponen la tipificación independiente de supuestos de participación en los delitos de tráfico de drogas, así como la punición autónoma de determinadas conductas de favorecimiento real en grado de tentativa y el castigo de conductas imprudentes referidas a comportamientos de encubrimientos o incluso de tentativas de encubrimiento⁴⁵. Y esto, dejando en el olvido ampliar la punición a supuestos de blanqueo de capitales fruto de otras actividades que no sean el tráfico de drogas –tráfico de armas–, que desde las coordinadas político-criminales en las que se mueve el legislador ostentan la misma relevancia que éstos. Desde este punto de vista, la valoración de esta segunda reforma puede considerarse justamente criticada por la doctrina.

Crítica debe ser también, en parte, la valoración que merece el tratamiento que a esta problemática le dispensa el reciente Proyecto de Código Penal de 1994, que, si bien mejora la regulación del Proyecto de 1992, sigue partiendo de unas discutibles coordinadas político-criminales en favor de una punición autónoma de estos comportamientos; presentando, de nuevo, serias deficiencias al reproducir, casi al pie de la letra, la actual dicción del art. 344 bis h). Ciertamente es que incorpora algunas mejoras que conviene destacar, como la referida a la ubicación sistemática, en la medida en que el Proyecto pone fin a la duplicidad del tratamiento actualmente existente entre la receptación y el tráfico de drogas y reordena la materia de prohibición exclusivamente en el ámbito de la receptación (arts. 301 y sig. del C.P.). Pero en el Proyecto se sigue distinguiendo de manera altamente discutible entre los delitos de receptación (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Título XII) y el encubrimiento de delitos (arts. 428 y ss. del Título XVII, Delitos contra la Administración de Justicia)⁴⁶. Desde la óptica –que aquí se discute– de quienes ven la necesidad de punir estos comportamientos, el Proyecto debe valorarse también positivamente en la medida en que amplía la punición al blanqueo de capitales a todos los delitos graves, y no sólo al que tiene su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, aunque injustificadamente, tratándose de tráfico de drogas, el Proyecto exaspera la penalidad (art. 341.1 párrafo 2º). Además, se corrigen algunas de las deficiencias del actual art. 344 bis h), evitando innecesarias duplicidades. Pero dicho esto, el Proyecto sigue la línea trazada en 1992, de castigar de manera autónoma la tentativa de receptación, y la tentativa de encubrimiento, o, con carácter general, la imprudencia grave –que tampoco ahora se restringe a los supuestos en los que se desconozca la procedencia ilícita de los objetos–, aspectos todos ellos altamente discutibles.

III

Junto a las medidas de índole penal contenidas en la Directiva Comunitaria de 1991, para hacer frente al blanqueo de capitales, la Directiva contiene una serie de medidas tendentes a impedir las transacciones financieras sospechosas de estar relacionadas con el blanqueo de capitales.

⁴⁵ *Op. cit.* (n. 8), p. 608.

⁴⁶ Un tratamiento en un único título de todos los supuestos de favorecimiento y receptación, en la línea del Código Penal Alemán (§§ 257-262), evitaría los problemas interpretativos de delimitación que la regulación separada conlleva. En este sentido, si bien en el art. 428.1º del Proyecto de 1994, el tipo de favorecimiento a los ejecutores del hecho para que se beneficien del producto exige la no concurrencia de ánimo de lucro, en el número 2º se sigue castigando a quien oculta o inutiliza el cuerpo, *los efectos o instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento*.

En lo que concierne a las entidades de crédito, la adopción de mecanismos de prevención ya había tenido reflejo en la aprobación de la Declaración de Basilea de 1988, por una representación de los países miembros del Grupo de los Diez, fijándose unos códigos de conductas que los bancos deben respetar, a fin de garantizar que el sistema financiero no sea utilizado para canalizar fondos de origen criminal.

Con un exclusivo carácter administrativo-sancionador, en España, se aprueba la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, Sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, que constituye la formal transposición de la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, cuyo contenido básico en lo relativo a las entidades financieras se refleja en el capítulo I de la norma.

El contenido de la ley consiste fundamentalmente en la imposición de obligaciones administrativas de información y colaboración, así como sancionar su incumplimiento, a las personas y entidades que integran el sistema financiero —entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades y agencias de valores, etc.— si bien la ley también establece su aplicación (art. 2.2) a otras actividades profesionales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, aunque dichas actividades no ostenten una naturaleza puramente financiera: casinos de juego, personas o entidades que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles, o a todas aquellas que reglamentariamente se determinen.

A efectos de la ley, por blanqueo de capitales se entiende (art. 1) la “utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades...” relacionadas con drogas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, actividades delictivas relacionadas con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados.

Las obligaciones impuestas (art. 3) comprenden un amplio abanico: identificación de los clientes, tanto en el momento de la apertura de las relaciones, como cuando realicen cualquier operación; examen de las operaciones que, por su naturaleza, pudieran estar relacionadas con el blanqueo de capitales; colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que se concreta en la obligación de comunicar cualquier operación que se presuma pueda estar relacionada con el blanqueo de capitales, y en la entrega al Servicio Ejecutivo de la información que éste solicite; no ejecución de operaciones de las que existan indicios que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales; la no revelación de las informaciones transmitidas ni al cliente ni a terceros; el establecimiento de procedimientos y órganos de orden interno necesarios para la prevención de la realización de operaciones conexas con el blanqueo de capitales; la adopción de medidas necesarias para que los empleados de las entidades se encuentren informados de las obligaciones establecidas en la ley.

Por su parte, el art. 4 establece una *exención de responsabilidad* en relación con la violación del secreto bancario. A fin de que el secreto bancario al que viene obligada toda entidad financiera no se vulnere, se establece que la comunicación de buena fe de las informaciones obtenidas no supondrá una violación de dicho secreto, no incurriendo en ninguna responsabilidad los sujetos obligados, sus directivos o empleados. Sin embargo, es necesario constatar la inexistencia de normas que —a diferencia del secreto profesional— consagren expresamente el secreto bancario como obligación consolidada con carácter

imperativo⁴⁷. No obstante, se acepta que el secreto bancario constituye un uso mercantil, basado en la mutua confianza y buena fe en que se sustentan las relaciones entre los bancos y sus clientes, cuyo fundamento se encontraría por equiparación al derecho a la intimidad del cliente reconocido en el artículo 18.1 de la constitución⁴⁸; de ahí que su quebranto pueda dar lugar al ejercicio de las correspondientes acciones legales (claramente no penales).

De manera correlativa al establecimiento de obligaciones, la ley establece un régimen de infracciones y sanciones.

En el capítulo de las infracciones (art. 5) se distingue entre infracciones graves y muy graves, incluyéndose entre las primeras el incumplimiento de las obligaciones relativas a la identificación del cliente, al examen de las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, a la colaboración con el Servicio Ejecutivo; el no abstenerse de realizar determinados tipos de operaciones antes de ser comunicada, así como el incumplir las obligaciones de índole informativa.

Entre las infracciones muy graves (art. 5.3), se incluyen: revelar al cliente o a terceros que se ha informado de determinadas operaciones al Servicio Ejecutivo, o que se está procediendo al examen de determinadas operaciones que pueden estar vinculadas al blanqueo de capitales; no comunicar al Servicio Ejecutivo las operaciones que reglamentariamente se establezcan; no dar traslado al Servicio Ejecutivo de la existencia de una operación vinculada al blanqueo de la que esté informada el órgano de control interno de la entidad; no facilitar al Servicio Ejecutivo la información que éste solicite; cometer cualquier infracción grave, cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito de tráfico de drogas, o sancionado, en resolución firme, por dos infracciones administrativas en materia de prevención del blanqueo de capitales.

En el capítulo de sanciones (art. 8), éstas abarcan desde la revocación de la autorización administrativa para operar, hasta distintos tipos de amonestaciones, y, obviamente, la multa. La cuantía mínima es de quince millones de pesetas y el máximo puede ascender hasta el cinco por ciento de los recursos propios de la entidad, el doble del importe económico de la operación o doscientos cincuenta millones de pesetas.

El tipo de sanción que se impone en función de la gravedad de la infracción recae no sólo sobre la entidad obligada, en cuanto tal, sino también sobre quienes ejerzan en ella cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, siempre y cuando hayan actuado dolosa o negligentemente (art. 7).

⁴⁷ Vid., MARTIALAY MAISONNAVE, *El secreto bancario*, en *Derecho del Mercado Financiero*, Vol. 2, pp. 43 y ss.; lo resalta también el Tribunal Constitucional en S. 26 de noviembre de 1984. Una prohibición de revelar datos de los clientes se encontraba expresamente recogida en el artículo 23 del Estatuto del Banco de España aprobado por Decreto de julio de 1947, que ha sido derogado por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, que restringe la obligación de secreto a los órganos rectores, así como al resto del personal del Banco emisor (art. 6). Por otra parte, hay que considerar que el art. 111.3 de la Ley General Tributaria dispone que el incumplimiento de las obligaciones de suministrar información tributaria sobre terceros a la Hacienda Pública no podrá ampararse en el secreto bancario.

⁴⁸ Vid., MARTIALAY MAISONNAVE, *op. cit.* (n. 47), p. 45; S. del Tribunal Constitucional, de 26 de noviembre de 1984. Por el contrario, el secreto profesional se halla expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Como derecho que afecta a la intimidad el secreto bancario hallaría protección en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (vid. MARTIALAY, *op. cit.* (n. 47), pp. 49 y s.

En lo que se refiere a los aspectos procedimentales, la propia ley señala que cuando los hechos sean constitutivos de delito se paralizará el procedimiento sancionador, en tanto en cuanto se depuren las responsabilidades penales (art. 6). En lo que concierne al procedimiento sancionador, la ley establece (art. 12) que su ejecución y publicidad se realizarán conforme a lo previsto en las leyes específicas aplicables a los distintos sujetos obligados, y, en su defecto, establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Una de las novedades más importantes de la ley consiste en la creación de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuya finalidad primordial es (art. 13 de la Ley y art. 17.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, en su nueva redacción) impulsar y coordinar la ejecución de la propia ley. Se trata de un órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Economía, que tendrá como órganos de apoyo una Secretaría y un Servicio Ejecutivo. El eje sobre el que pivotea la Comisión estriba en las funciones de colaboración que tiene asignadas. De ahí que la ley (arts. 13 y 16) distinga entre la información y colaboración recibida por las autoridades o funcionarios públicos y la procedente de las entidades financieras sometidas a la ley.

Las funciones de información y colaboración no se circunscriben al territorio nacional, sino que se proyectan en el ámbito internacional (art. 16), si bien todo intercambio de información se condiciona a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales, al principio de reciprocidad y al sometimiento de esas autoridades al secreto profesional.

Es demasiado pronto para conocer la incidencia que la aplicación de la ley va a tener. No obstante, su verdadero efecto preventivo dependerá en buena medida de la voluntad de su aplicación. Es cierto que el reciente desarrollo reglamentario va a permitir una aplicación más eficaz⁴⁹, pero no podemos desconocer que actualmente hay actividades económicas permitidas, por donde se canalizan fondos para ser blanqueados, no sujetas a control alguno. Basten, a título de ejemplo, los denominados librecambistas, personas físicas que, tras la liberalización del mercado de capitales operada en cumplimiento de la normativa de la CEE, por el R.D. 1816/1991, ejercen la actividad de cambio de moneda con sólo haberse inscrito en el Registro existente en el Banco de España y estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas. Estas personas no se encuentran sometidas a los controles ni obligaciones que para las entidades de crédito establece la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. De ahí su idoneidad como medio para blanquear dinero. Si, además, se considera que en muchas ocasiones los movimientos de capitales tienen como referencia paraísos fiscales en los que rige la doctrina de la "muralla china" y un estricto secreto bancario⁵⁰, se comprenden fácilmente

⁴⁹ El Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, ha sido aprobado por el RD 925/1995, de 9 de junio (BOE núm. 160), y en él se detallan tanto las obligaciones de los sujetos obligados por la ley (Cap. II: identificación de clientes, examen especial de determinadas operaciones, conservación de documentos, comunicación de operaciones al Servicio Ejecutivo, etc.), el Procedimiento sancionador (Cap. III), el desarrollo de la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales (Cap. IV), así como el régimen de colaboración (Cap. V).

⁵⁰ La doctrina de la "muralla china", auspiciada entre otros países por Luxemburgo, supone una compartimentación de la información, a efectos de que no se haga uso de ella en ámbitos

las dificultades que en la práctica se encuentran para hacer frente a este tipo de comportamientos⁵¹.

IV

En los apartados anteriores se ha pasado revista a la respuesta legislativa que el ordenamiento jurídico español ha adoptado frente al blanqueo de capitales. Sin embargo, un tratamiento global de la materia objeto de análisis exige abordar también un aspecto de índole político-criminal que prácticamente se ha dado por presupuesto por parte de la doctrina mayoritaria. Se trata, fundamentalmente, de la cuestión referente al merecimiento de pena —o sanción administrativa— de este tipo de comportamientos.

Como se ha puesto de manifiesto, la doctrina no muestra acuerdo a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en los tipos que regulan el blanqueo de capitales. La atención se ha fijado en distintos aspectos. Mientras algunos autores claramente se decantan por señalar que nos encontramos ante delitos cuyo objeto de protección es el orden socioeconómico⁵², otros ven en la tipificación de estos hechos el interés del Estado en la prevención del tráfico de drogas o de cualesquiera otros comportamientos ilícitos de los que el blanqueo traiga causa⁵³, no faltando, como se ha visto, las menciones a la Administración de Justicia⁵⁴.

En las consideraciones que siguen, se intentará mostrar que ninguna de estas explicaciones resulta plenamente satisfactoria, y que el merecimiento de pena en este tipo de comportamientos no se encuentra plenamente justificado.

a) Quienes postulan la primera opción resaltan como dañosidad social de estos comportamientos el trastorno que producen en los “principios en los que se basa el actual orden social y económico”⁵⁵. Se sostiene que estos hechos pueden producir desviaciones y condicionamientos en el mercado financiero, pudiendo turbar el sistema económico por medio de la adquisición del control de sectores enteros de la economía⁵⁶. Esto constituye también el fundamento que

distintos para los que se prestó. Cfr. una lista de los actuales 48 paraísos fiscales existentes en ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.* (n. 16) p. 138.

⁵¹ Entre las operaciones de blanqueo más habituales y conocidas, se encuentran las de cobros procedentes del exterior por exportaciones, simuladas o no de bienes, cambio de un elevado número de billetes pequeños por otros de mayor tamaño, simulación de préstamos y créditos exteriores, inversiones en el sector inmobiliario, simulación de operaciones de compraventa, realizándose el pago a través de cualquier medio de pago internacional, etc. Vid., ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.* (n. 16), pp. 138 y ss. Describe las distintas fases, GÓMEZ INIESTA, *Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español*, en Estudios de Derecho penal económico, Madrid, 1994, pp. 140, 141 y s.

⁵² DIEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), pp. 609 y s.

⁵³ Véase lo dicho *supra*, y n. 15.

⁵⁴ Por todos, VIVES ANTÓN, *op. cit.* (n. 15), p. 805.

⁵⁵ Expresamente, DIEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 609.

⁵⁶ Vid. PECORELLA G., *Circolazioni del denaro e riciclaggio*, en Riv. it. dir. proc. penale, 1991, pp. 1221 y s. También comparte esta opinión FARÍA COSTA, *op. cit.* (n. 1), p. 7 En la doctrina alemana resalta este aspecto, si bien no de manera exclusiva, LAMPE, *Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)*, JZ 1994, pp. 123 y 125; en contra, BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Siegburg, 1995, p. 27, quien señala que desde la perspectiva de LAMPE no resulta coherente que los miembros del mercado de capitales, que pueden ser corrompidos y, por tanto, víctimas de este tipo de comportamientos, se conviertan en sujetos activos del delito.

se encuentra en la base de la Directiva 91/308 de la Comunidad Europea que, como se ha visto, ha inspirado parte de las reformas adoptadas en la legislación española.

Se establece así como presupuesto que el lavado de dinero entraña un injusto *en sí mismo*; pero, sin embargo, no se determina el resultado lesivo *concreto* que los comportamientos en cuestión producen en el orden económico ni tampoco los principios económicos a los que afecta. Es más, quienes defienden esta postura pasan por alto que, de hecho, grandes sectores de la economía se hallan bajo el control exclusivo de determinadas personas o grupos de personas⁵⁷, y que, además, para el orden jurídico-económico resulta más funcional que circulen capitales limpios que no dinero negro⁵⁸. Desde la perspectiva jurídico-económica, que el dinero *se blanquee* merece valoración positiva, pues al aflorar e introducirse en los circuitos económicos legalmente establecidos esos montantes monetarios van a estar sujetos a los mismos controles y obligaciones impositivas de índole tributaria que los capitales de procedencia lícita. En este sentido, el dinero lavado pasa a convertirse en dinero *controlado*⁵⁹. Como señala Bajo Fernández, cierto es que el blanqueo de capitales puede constituir un indicio de la existencia *previa* de un delito contra la Hacienda Pública o la prueba de la comisión de otro tipo de hechos delictivos⁶⁰, pero resulta inadecuado ver en este indicio una alteración distinta del orden socioeconómico de la que producen los demás comportamientos lesivos de estos intereses. Los eventuales aspectos fiscales que subyacen al blanqueo de capitales no justifican su especial punición, pues lo que de lesivo puede presentar para los intereses socioeconómicos⁶¹ ya halla cobertura por vía de los tipos penales —y de índole administrativo-sancionadora— que tutelan los intereses de la Hacienda Pública (fraude fiscal, delito contable).

Ahondando en la búsqueda del eventual resultado disvalioso que estos comportamientos pueden tener desde el punto de vista socioeconómico, cabría partir de la hipótesis de que al mercado accedan capitales de procedencia *ilícita*, puede perturbar las leyes del mercado, en el sentido de constituir competencia desleal frente al resto de los operadores, pues se integran en el mercado finan-

⁵⁷ Con las limitaciones, claro está, que establecen las leyes antitrust.

⁵⁸ En el mismo sentido, se ha pronunciado BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*, en Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 14-18 de octubre de 1992.

⁵⁹ BAJO sostiene que “al implicar una especie de arrepentimiento”, “el blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista por los poderes públicos” (*op. cit.* (n. 55), p. 22).

⁶⁰ *Op. cit.* (n. 55), p. 23 En este orden de cosas, también resalta (p. 21) que “para el propietario del dinero las ventajas del llamado dinero negro residen exclusivamente en la liberación de la carga que supone contribuir al gasto público a través del pago de los diferentes impuestos. Sin embargo, las desventajas son innumerables, en cuanto que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el fisco, y, consecuentemente, tampoco para las partes...”

⁶¹ Los delitos contra la Hacienda Pública lesionan el orden socioeconómico, entendido éste en sentido estricto como “regulación jurídica de la participación estatal en la Economía” (Vid. BAJO SUÁREZ, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ, *Derecho Penal*, P.E. II, p. 562). No debe pasarse por alto que, por otra parte, cuando la Hacienda Pública tiene conocimiento de la existencia de incrementos patrimoniales no justificados, directamente los imputa a la anualidad en la que han aflorado, a efectos de su tributación en renta.

ciero recursos obtenidos a un costo considerablemente inferior al de las actividades lícitas⁶². Sin embargo, una aseveración de estas características también resulta poco convincente. En primer término, las prácticas contrarias a la libre competencia no ostentan en los ordenamientos jurídicos europeos una protección penal global⁶³. Además, resulta dudoso que el blanqueo de capitales pueda ser asimilado a alguno de dichos comportamientos. Como también lo es señalar que los capitales de origen ilícito se obtienen a un “costo” —¿económico?, ¿jurídico?— menor que los de origen lícito⁶⁴. Por otra parte, en términos socioeconómicos, el poder económico del que dota un capital obtenido sobre la base de prácticas prohibidas, en nada se diferencia del que dota el obtenido de forma ilícita. Dicho con un ejemplo, el poder económico que pueda ostentar un importante consorcio de empresas, fruto de su actividad, y el uso que del mismo puede hacer, en nada se distingue del que pueda realizar alguien que ha obtenido de forma ilícita cantidades ingentes de dinero. La idea que, en parte, induce a valorar negativamente el que al mercado accedan capitales de procedencia ilícita, de que capitales de origen lícito van a tener un uso económico lícito y, al contrario, los de procedencia ilícita un destino ilícito no es más que una presunción que se ve constantemente contradicha, como denota la frecuencia con que también se desvían fondos de procedencia lícita para usos ilícitos —v.gr., pago de comisiones con fondos procedentes de actividades legales—. Además, las operaciones de lavado de dinero no suponen sólo dotar a los fondos de procedencia ilícita de una apariencia de legalidad, sino convertirlos en dinero limpio, es decir, en permitir que ese dinero gire en el tráfico económico en las mismas condiciones en que lo hacen los capitales de procedencia lícita⁶⁵. La presunción, por tanto, debería ser la inversa: en la medida en que el dinero se blanquea es porque, al aflorar, se va a destinar a un uso lícito. Cuestión distinta, y sobre la que se volverá posteriormente, es la referida a si las actividades de lavado de dinero constituyen un estímulo para seguir desarrollando los hechos delictivos que se encuentran en la base, u otros distintos. Pero este aspecto es independiente y nada tiene que ver con la supuesta alteración del sistema socioeconómico que se invoca por un sector de la doctrina. Cuando se sostiene que el blanqueo de capitales lesiona el propio sistema financiero, se está pasando por alto que el sistema financiero no es más que un instrumento *neutro* que sirve para canalizar los capitales que afluyen al mercado y que en modo alguno se ve afectado en su funcionamiento por el “origen” de los propios capitales⁶⁶.

⁶² Conjuntamente con la protección del mercado de capitales y otros intereses, resalta este aspecto, TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, FS Stree/Wessels, Heidelberg, 1993, p. 539, al referirse a la igualdad de condiciones por las que debe regirse dicho mercado; también DÍEZ REPOLLÉS, *op. cit.* (n. 8), p. 609 de que al mercado acceden capitales obtenidos a un costo inferior a los de procedencia lícita.

⁶³ Y de ostentarla con carácter general, como excepcionalmente sucede en EE.UU. (al respecto cfr. KLÖCKER, *Das US - amerikanische Konkursstrafrecht*, Gladback - Köln, 1988) —más allá de los específicos tipos penales que protegen la propiedad industrial, el descubrimiento y revelación de secretos industriales y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas— tampoco estaría suficientemente explicado qué justifica la especial punición de “esta supuesta forma” de competencia desleal.

⁶⁴ Como tampoco constituiría una aseveración veraz sostener lo contrario: que el lucro que se obtiene de una actividad ilícita es *siempre* superior al de una actividad lícita.

⁶⁵ Así también BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.* (n. 55), p. 23.

⁶⁶ La no afectación de interés socioeconómico permite extraer una ulterior conclusión: al no alterarse en estos supuestos el sistema económico, faltaría la base que legitimó a la Comunidad

b) Pero tampoco parece acorde con los postulados que rigen el Derecho penal moderno considerar que la punición del blanqueo de capitales sirve para dotar de ulterior protección a los bienes jurídicos de los delitos de los que el beneficio económico trae causa. Esta solución no puede resultar satisfactoria, porque entonces no halla explicación por qué, para prevenir la comisión de un delito, se impone una pena a un sujeto distinto a aquél cuyo comportamiento se quiere evitar. Este entendimiento conculca claramente el principio de personalidad de las penas.

En este orden de cosas, le asiste plena razón a De la Mata cuando sostiene que si se acepta como fundamento del castigo de la receptación la teoría del mantenimiento, el art. 546 bis f), no puede considerarse un delito de receptación, por la sencilla razón de que en este caso los objetos o ganancias receptadas en modo alguno coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido⁶⁷. Si el tráfico de drogas ya se ha consumado, difícilmente cabe señalar que el posterior blanqueo de los beneficios obtenidos sigue lesionando el interés tutelado por los arts. 344 y ss. del C.P.⁶⁸. Lo mismo cabría argumentar en relación con los tipos contenidos en los artículos 344 bis h) y siguientes del C.P. La explicación no puede encontrarse ahí. Concebir el blanqueo de dinero como una *receptación específica* supone abandonar la teoría del mantenimiento para sustituirla por la del aprovechamiento⁶⁹. Pero esta teoría, como ha señalado la doctrina alemana, orienta la receptación hacia un delito de autor, sancionándose un comportamiento de vida amoral, lo que es incompatible con un Derecho penal protector de bienes jurídicos⁷⁰.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el castigo del hecho previo siempre lleva aparejado, como consecuencia accesoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del C.P., el comiso de los efectos e instrumentos del delito⁷¹.

c) La postura que quiere hacer hincapié en la tutela de la Administración de Justicia⁷² tampoco resulta suficientemente explicativa de la punición. Si bien les asiste plena razón a quienes sostienen que en toda receptación y blanqueo se coadyuva, en mayor o en menor medida, al ocultamiento de un delito, no es menos cierto que lo que en ello hay de lesivo ya halla protección por vía de los preceptos que castigan el encubrimiento (art. 17 del C.P.) y dotan de protección al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, no estando suficientemente justificada la necesidad del recurso a la creación de nuevas figuras

Europea para legislar en esta materia (arts. 57 II, y 100^a del Tratado). Desde esta perspectiva, la Directiva reiteradamente referenciada carecería del soporte jurídico necesario que la dota de validez. Un análisis de las consecuencias que de esto se deducen, excedería con mucho el alcance de las presentes consideraciones; sin embargo, se suscita la cuestión de determinar qué sucede, desde una óptica estatal, con la legislación que se ha desarrollado fruto de la transposición de esta normativa comunitaria.

⁶⁷ DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), pp. 49 y ss.

⁶⁸ Entendiendo, con la doctrina mayoritaria, la salud como interés tutelado.

⁶⁹ DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), p. 50.

⁷⁰ Vid. una exposición detallada en DE LA MATA, *op. cit.* (n. 9), p. 36.

⁷¹ De otra opinión, sin embargo, la doctrina mayoritaria, quien considera que el artículo 48 no comprende "las transformaciones de los beneficios del delito" como si claramente comprende el artículo 344 bis e) (vid., MUÑOZ CONDE, P.E. 9^a ed., p. 503). De acuerdo con la postura aquí mantenida, y coincidente con la de VIVES ANTÓN (cit. n. 23), el contenido del artículo 344 bis e) del C.P. resulta reiterativo.

⁷² Vid. GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.* (n. 17).

delictivas⁷³. El argumento de que la aplicación a estos supuestos de la pena concerniente al encubrimiento sería nimia y no se correspondería con la gravedad de los hechos⁷⁴ es circular, pues no explica dónde estriba el plus de gravedad, ni tampoco explica por qué para dotar de protección a la Administración de Justicia hay que imponer en estos casos una pena más severa que la que correspondería de conformidad con las reglas generales, cuando el encubrimiento lo es de otras manifestaciones delictivas. En esta misma línea, el que en el encubrimiento no tengan cabida todas las formas de reciclaje (receptación en cadena) tampoco aclara dónde se encuentra la especial necesidad de punir estos supuestos de forma autónoma. Desde el punto de vista del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, la naturaleza del delito encubierto resulta indiferente.

d) En la doctrina alemana el legislador ha querido identificar como objeto de tutela del tipo de blanqueo de capitales del 261 StGB⁷⁵, introducido por la Ley de 15 de julio de 1992, de lucha contra la criminalidad organizada⁷⁶, tanto la Administración de Justicia como el bien jurídico lesionado por el hecho del

⁷³ En igual sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.* (n. 55), p. 24.

⁷⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *cit. supra* II (n. 11).

⁷⁵ A los efectos que aquí interesan sólo se transcriben los 5 primeros apartados, de los 10 de que consta el § 261 StGB, debiendo tenerse presente que el párrafo (1) ha sido modificado por la Ley de control sobre materias primas del 7 de octubre de 1994 (BGB I 2835, 2843).

§ 261. *Blanqueo de capitales. Ocultación de bienes de procedencia ilícita.* (1) Quien, en relación con un objeto que tenga su origen en uno de los hechos antijurídicos mencionados en el inciso segundo lo oculte, disimule su origen, o impida o ponga en peligro el descubrimiento de su procedencia, la localización, comiso, confiscación o secuestro de dicho objeto, será castigado con privación de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. Por hechos antijurídicos a los efectos del inciso 1 se entenderán:

1. Los crímenes;
 2. Los delitos cometidos a los efectos del § 29 párrafo 1º, Nº 1 u 11 de la Ley sobre estupefacientes, o del § 29 párrafo 1º, Nº 1 de la Ley de control de materias primas;
 3. Los delitos de los §§ 246, 263, 264, 266, 267, 332 párrafo 1º, también en relación con el párrafo 3º, que hayan sido cometidos de forma profesional por miembros de una banda que se haya constituido para la comisión continuada de dichos hechos, así como
 4. Los delitos cometidos por un miembro de una asociación criminal (§ 129).
- (2) Del mismo modo será castigado quien, en relación con el objeto señalado en el apartado 1:
1. Se lo procura para sí mismo o para un tercero, o
 2. Lo custodia o utiliza para sí o para un tercero, con conocimiento de su procedencia en el momento de su consecución.
- (3) La tentativa es punible.
- (4) En los casos especialmente graves se aplicará la pena privativa de libertad de seis meses a diez años. Un caso especialmente grave lo constituye por regla general cuando el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda constituida para llevar a cabo de forma continuada el blanqueo de capitales.
- (5) Quien en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 no reconoce por culpa grave que el objeto proviene de uno de los hechos ilícitos descritos en el apartado 1, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa.

⁷⁶ BGB I, I, p. 1302, en vigor desde el 22 del 9 de 1992, y que constituye la transposición al ordenamiento alemán de la Directiva 91/308, de 10 de junio de 1991. Sobre el alcance de la ley cfr. EISENBERG, *Straf(verfahrens-) rechtliche Massnahmen gegenüber "Organisierten Verbrechen"*, NJW 1993, pp. 1033 y ss.; KLOS, *Verdachtsmeldepflicht und Strafaufhebung in Geldwäschefällen*, Wistra 1994, pp. 161 y ss.; LÖWE-KRAHL, *Das Geldwäschegesetz - ein taugliches Instrumentarium zur Verhinderung der Geldwäsche?*, Wistra 1994, pp. 121 y ss.; BOTTKE, *Teleologie und Effectivität der Normen gegen Geldwäsche*, Wistra (I) 3/95, (II) 4/95, pp. 87 y ss.

que trae causa el blanqueo⁷⁷. En lo que concierne a la Administración de Justicia, la Exposición de Motivos de la Ley señala que el castigo de estos comportamientos tiene como finalidad ofrecer a los funcionarios de la Administración de Justicia las vías procesales adecuadas –en este caso, las que ofrecen las “huella documentales”– que permitan una reconstrucción de los flujos financieros y, en último extremo, el poder hasta el núcleo de las organizaciones criminales que se suelen encontrar en la base de esas conductas⁷⁸. Se trata, por tanto, de crear los presupuestos materiales –información sobre los verdaderos responsables y sobre la organización– que permitan iniciar el proceso penal⁷⁹.

Barton ha señalado, con razón, que la finalidad de la norma contra el blanqueo de capitales merece una valoración crítica a la luz del bien jurídico que se dice proteger⁸⁰. Sobre todo, porque la norma se aplica a quien blanquea dinero, si bien en realidad va referida al autor del hecho previo, es decir, se pretende la evitación de determinados hechos mediante el castigo de comportamientos posteriores a los mismos⁸¹. Desde esta óptica la finalidad del castigo no estribaría en la *represión* del blanqueo de capitales –o estribaría sólo en parte– sino en la *prevención*⁸². Esta prevención tomaría básicamente como punto de referencia,

⁷⁷ Según la Exposición de Motivos de la Ley, la Administración de Justicia constituiría el objeto de protección en los supuestos contenidos en el N° 1 del § 261, mientras que en los comportamientos descritos en el N° 2 se protegería no sólo la Administración de Justicia, sino también el interés lesionado por el delito que da lugar al blanqueo de capitales (Vid. BT-Drucks 12/989, p. 27). Este es también el parecer de la doctrina mayoritaria: OTTO, *Geldwäsche*, § 261 StGB, Jura 1993, p. 330; RUSS, § 261 en LK, 10ª ed., n.m.4; HARTUNG, *Geldwäsche*, Anwbl 94, pp. 440 y 442; recientemente LIEP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, Berlín 1995, p. 51 y ss.; por su parte, BURR añade al listado de bienes jurídicos tutelados en el § 261 la seguridad general, configurando así el tipo como una especie de delito pluriofensivo (*op. cit.*, [N. 55], pp. 11-27); discrepa de la opinión mayoritaria ARZT, para quien el bien jurídico protegido en el § 261 (blanqueo de capitales) lo constituye *la pretensión del Estado al comiso de los bienes procedentes del delito*, que en este caso se ve lesionada mediante las actividades de lavado (cfr. *Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall*, JZ 1993, pp. 913 y ss., con un pormenorizado análisis de la delimitación del precepto con el § 73.2 (presupuestos del comiso de objetos) que en el ordenamiento alemán sí claramente abarca las transformaciones de los efectos directamente procedentes del hecho. Sin embargo, si se niega el carácter sancionador de la pena de comiso y se considera que se trata de una consecuencia *civil y procesal* del delito, como considera la mayoría de los autores (vid., al respecto, RUIZ ANTÓN, *Pena de comiso*, Comentarios a la legislación penal, T. II, Madrid, 1983, pp. 327 y ss.) resulta difícil fundamentar la necesidad de una intervención penal en estos supuestos. Si, por el contrario, se afirma su carácter sancionador, estaríamos de nuevo ante la protección de intereses de la Administración de Justicia; en este último sentido, vid. SALDITT, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, Strafverteidiger-Forum 1992, pp. 121 y ss.

⁷⁸ BR-Druck 507/92, p. 24. Recalca este aspecto LÖWE-KRAHL, *op. cit.* (n. 75), pp. 125 y s.

⁷⁹ Vid. BARTON, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*, StV 93, pp. 159 y s. Como ya se señaló, la doctrina alemana también ha considerado que la actual redacción de los párrafos relativos al favorecimiento y a la recepción no daban cabida a parte de los hechos que con la introducción del § 261 se quieren reprimir: BARTON, *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?*, NStZ, 1993, p. 159; ARZT, *Geldwäscherei - eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*, NStZ, 1990, pp. 2 y ss.; el mismo, BT DR 12/989, p. 26; OTTO, *Geldwäsche*, § 261 StGB, Jura 1993, pp. 329 y s.; LAMPE, *op. cit.* (n. 53), p. 123; LEIP, *op. cit.* (n. 76), pp. 9-29; discrepan, en parte, de esta interpretación SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB* 24 Auf., 1991, § 257, n.m.22.

⁸⁰ *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)* p. 160.

⁸¹ *Ibidem*, p. 160.

⁸² *Ibidem*, p. 160. Sobre estos presupuestos, BARTON señala que la Administración de Justicia sólo constituye el bien jurídico protegido en los supuestos del inciso segundo del párrafo 1 del § 261 (impedir, poner en peligro el descubrimiento del origen de los fondos, etc.).

en opinión de Barton, la evitación de fuentes de financiación para determinados hechos delictivos –incidiendo sobre las ganancias que el hecho procura–, el aislamiento del autor –imposibilitando que entre en el tráfico las ganancias fruto del delito y, de este modo, eliminando el estímulo para la comisión de nuevos hechos delictivos– y la evitación de futuros hechos por medio de las posibilidades procesales que facilita el conocimiento de las ganancias obtenidas⁸³.

La clave del castigo del blanqueo de capitales se encontraría, por tanto, en que constituye un mecanismo que sirve de estímulo para la eventual comisión de futuros hechos delictivos. El blanqueo de capitales se castigaría por cuanto al coadyuvar al agotamiento del delito en el que tiene su origen, es decir, al facilitar que el sujeto vea el móvil que le ha llevado a delinquir realizado; ello constituye al mismo tiempo un aliciente para perpetuar la actividad ilícita que se halla en la base. En este sentido, el blanqueo de capitales no entrañaría un injusto en sí mismo, sino un injusto referido al hecho que se halla en su origen. Pero esta visión también es, desde el punto de vista político-criminal, rechazable, porque pasa por alto que el tráfico de drogas –al igual que el de armas, o la prostitución– no halla su castigo en el hecho de suponer una fuente de riqueza ilícita para sus autores –obtenida, en estos casos, dicho sea de paso, con el consentimiento de la contraparte– sino por el daño que esos comportamientos entrañan para un bien jurídico concreto –a determinar en cada caso–. El móvil que lleva al sujeto a actuar no debería estar, por tanto, en la base del merecimiento de pena⁸⁴.

No obstante lo anterior, y en lo que concierne al tráfico de estupefacientes, para prevenir su comisión –y proteger la salud– de *lege lata* se hace recaer una pena sobre un tercero que, por una parte, coadyuva en la consecución del móvil una vez que ha tenido lugar la lesión del bien jurídico –es decir, a encubrir un delito, actuando con ánimo de lucro para facilitar el agotamiento– y que, por otra, con su comportamiento presuntamente estimula la comisión de futuros delitos.

En lo que se refiere al primer aspecto –encubrimiento con ánimo de lucro– ya se ha señalado, sobre la base de las consideraciones antes formuladas, que nada justifica otorgar a estos supuestos un tratamiento distinto del que se dispensa en el resto de los casos a la denominada participación postdelictiva⁸⁵. Lo que de factor criminógeno pueden entrañar estos comportamientos ya encuentra la necesaria respuesta por vía de los preceptos que castigan el encubrimiento y la receptación, teniendo presente que si en su actual redacción se considera que no ofrecen cobertura a todos los comportamientos merecedores de sanción, lo propicio sería proceder a una modificación de los mismos, pero en modo alguno crear, como se ha hecho, nuevas figuras delictivas que, presentando la misma naturaleza que los hechos a los que dichos preceptos se refieren, sólo vienen a añadir innecesarias complicaciones interpretativas a la hora de delimitar las distintas figuras que claramente se solapan.

⁸³ *Ibidem*, p. 160.

⁸⁴ De ahí que, aunque sea cierta la afirmación de HETZER de que “para la criminalidad organizada la comisión de hechos delictivos sólo constituye un instrumento (conjuntamente con los medios legales) para obtener ganancias, ello no pueda, por sí sólo, fundamentar la intervención del Derecho penal (vid. *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche*, NJW 1993, p. 3298).

⁸⁵ De la misma opinión BARTON, *op. cit.* (n. 78), p. 160, quien resalta la escasa importancia que tiene, en estos casos, la procedencia del dinero.

En lo que concierne al segundo de los aspectos mencionados, de nuevo es necesario recalcar que se hace recaer una pena sobre un sujeto distinto a aquel sobre el que se desea que opere la prevención. Además, el castigo tiene lugar aquí en un ámbito previo a la lesión de un bien jurídico. Salvo en los supuestos en los que estos hechos sean reconducibles a alguna forma de participación o acto preparatorio punible del hecho principal, sobre la base de los postulados que deben regir el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho (principio del hecho, de culpabilidad, de lesión del bien jurídico, etc.) este modo de proceder es altamente discutible. Jakobs ha puesto de manifiesto que "la anticipación de las barreras típicas a la efectiva producción de una lesión a un bien jurídico da lugar a un "Derecho penal del enemigo, incompatible con un Derecho penal de un Estado de libertades"⁸⁶.

No cabe desconocer, sin embargo, que al mismo tiempo que estimula la ulterior actividad delictiva el blanqueo de capitales incrementa al poder económico de las personas u organizaciones que sobre esa base obtienen un lucro. Esto ha llevado a Barton a sostener que al ver incrementado su poder, dichas personas u organizaciones pueden controlar sectores en el que se introduzcan esquemas de funcionamiento no deseables por mafiosos⁸⁷. El fundamento de la punición no se encontraría en estos casos en la alteración del orden socioeconómico o en los bienes jurídicos lesionados por los delitos que se encuentran en la base del blanqueo de capitales, sino en el hecho de hallarnos ante conductas peligrosas que facilitan la infiltración en la sociedad de la denominada criminalidad organizada, que de este modo ve aumentado su poder organizativo⁸⁸. El objeto de protección lo conformarían los bienes jurídicos que potencialmente pueden en el futuro ser puestos en peligro como consecuencia del incremento de dichas estructuras mafiosas. Sería, por tanto, la propia *seguridad interior del Estado* —y no de un Estado solo, sino también de terceros Estados— lo que constituiría el objeto de tutela en estos casos⁸⁹. La norma reprimiría, en último extremo, aquellas formas de comportamiento que pueden poner en peligro las estructuras de los fundamentos del Estado social y democrático de derecho⁹⁰.

Sin desconocer lo que de cierto hay en la idea de que determinadas formas de *criminalidad organizada* pueden constituir un serio riesgo para la seguridad interior del Estado, con todo, es difícilmente aceptable que este riesgo, al que hace referencia Barton, proceda, en estos casos, del propio hecho del blanqueo de capitales y no de la exclusiva existencia de la propia organización constituida con fines criminales. Como ya se ha apuntado, al rechazar como interés tutelado en estos supuestos la lesión del orden socioeconómico, desde el punto

⁸⁶ *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss.

⁸⁷ *Op. cit.* (n. 78), p. 160.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 160.

⁸⁹ BARTON matiza que no se trata de una "*seguridad a cualquier precio*", sino la que da lugar a la *paz jurídica*, *op. cit.* (n. 78) p. 160. También TIEDEMANN resalta como objeto de protección del § 261, junto con el mercado de capitales y la igualdad de condiciones por las que se deben regir "intereses que afectan a la seguridad general" y que pueden verse lesionados por la criminalidad organizada, *op. cit.* (n. 61) p. 539; discrepa LEIP, *op. cit.* (n. 76), pp. 48 y s.

⁹⁰ Le asiste plena razón a BARTON al destacar el paralelismo existente entre los §§ 261 y 129 StGB (fundación de asociaciones para delinquir), aspecto hasta ahora no resaltado por la doctrina. BARTON entiende que mientras el § 129 castiga el hecho de vincularse a la asociación, el § 261 da un paso más y pretende impedir que la asociación delictiva disfrute de los beneficios que el hecho ilícito produce, ofreciendo la posibilidad de dismantelar la propia asociación por medio del seguimiento del rastro de las huellas documentales de los flujos financieros.

de visto socioeconómico el poder del que dota un capital obtenido ilícitamente en nada se diferencia del que proporciona el obtenido de forma lícita, debiendo por ello operar la presunción en el sentido de que el afloramiento de capitales de procedencia ilícita se hace con la finalidad de destinarlos a un uso lícito. Considerar, por tanto, el delito de blanqueo de capitales como una puesta en peligro abstracta de determinados bienes jurídicos –salud, integridad, etc.– carece de justificación⁹¹. Además, no cabe desconocer que, de *lege lata*, los distintos tipos penales⁹² no sólo no restringen los ámbitos de punición a las personas que se encuentran integradas en organizaciones criminales –circunstancia que a lo sumo permite una agravación de la pena–, sino que, además de ampliar el ámbito punitivo a personas distintas a aquellas a las que se quiere prevenir de la comisión de determinados hechos, muestran una clara tendencia a tomar como base comportamientos de muy difícil justificación desde la perspectiva que Barton resalta. Por ejemplo, en el ordenamiento español y alemán el castigo de modalidades comisivas imprudentes⁹³. En este sentido, las necesidades preventivas alegadas para hacer frente a la denominada criminalidad organizada chocan, al menos en lo que se refiere al blanqueo de capitales, con una realidad legislativa que, con mucho, las desborda⁹⁴.

No debe desconocerse que con anterioridad a la introducción de los nuevos preceptos en materia de lavado de dinero, el Código Penal español ya preveía una sanción específica en el artículo 175 –prisión menor y multa de 100.000 a

⁹¹ El “eventual peligro” que el blanqueo de capitales entrañaría derivaría de que parte del dinero blanqueado podría servir para financiar actividades ilícitas –en este sentido, igual que el dinero de procedencia lícita!– de las que derivarían la lesión o puesta en peligro en concreto del bien jurídico –salud, seguridad interior del Estado, etc.– lo cual, además de ser sólo algo probable es altamente dudoso. En los delitos de peligro abstracto, que habitualmente se utilizan como modelo –v. gr., tenencia de armas sin la preceptiva licencia– la puesta en peligro para el bien jurídico deriva del propio hecho que conforma la materia de prohibición. De ahí que no pueda compartirse la idea de LEP, quien señala (*op. cit.* [n. 76], p. 39), adhiriéndose a la opinión de STRATENWERTH (Deutscher Bundestag, Stenographisches Protokoll der 75. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. März 1990, Öffentliche Anhörung, [75/21]), que el peligro al que hay que hacer frente es el del poder de disposición que el dinero otorga a las organizaciones criminales, y siendo a estos efectos indiferente la procedencia lícita o ilícita de los fondos, la punibilidad debería basarse en la relación de posesión que surge, es decir, en el hecho de que bienes patrimoniales sean propiedad de organizaciones criminales.

⁹² También al § 261 del StGB.

⁹³ Como señalan HERZER [*op. cit.* (n. 83) p. 3299] y DREHER-TRÖNDLE [SIGB, 47. Aufl. (1995), § 261 n.m.17] la punición de la imprudencia conculca en estos casos el principio de que en aras a la protección de un fluido tráfico económico en los delitos patrimoniales la imprudencia no debería tener cabida. Además, si el blanqueo de capitales configura como una especie de participación autónoma en determinados hechos dolosos (facilitando su agotamiento o su futura perpetración), la punición de las formas comisivas imprudentes (aunque se trate de imprudencia grave) necesita un detenido y nada fácil fundamento. Incluso en caso de restringirse a los supuestos de desconocimiento de la procedencia de los bienes sería necesario fundamentar de dónde deriva la obligación de conocer.

⁹⁴ De acuerdo con la redacción de los actuales artículos 344 bis h) e i) nada impide castigar por delito de blanqueo de capitales al abogado que, en cobro de sus honorarios profesionales, admite dinero de un cliente a sabiendas de su procedencia del tráfico de drogas [cfr. BARTON, *op. cit.* (n. 78), pp. 159 y s.]. La doctrina alemana ha señalado, refiriéndose al contenido del § 261 StGB –aunque ello es perfectamente aplicable a los tipos del Código Penal– “que el tipo expone a un gran número de ciudadanos al riesgo de verse criminalizados” (CARL/KLOS, *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, München 1994, p. 28), “entrañando, a su vez, una injerencia en negocios socialmente adecuados, lo que constituye un mecanismo idóneo para desalentar este tipo de negocios” (DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Aufl., 1995, § 261, n.m. 155*).

1.000.000 de pesetas-, para "los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favoreciesen la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en el artículo 173"⁹⁵. Este precepto, hoy en vigor, si bien discutible en sus presupuestos dogmáticos y político-criminales, por elevar la cooperación a tipo autónomo, restringe, cuando menos, el ámbito de lo punible a las cooperaciones *relevantes favorecedoras de la actividad de asociación*⁹⁶. Por tanto, lejos de basarse en una presunción, la imposición de la pena requiere en estos casos tanto la constatación de la relevancia de la contribución como la de que dicha contribución ha favorecido la actividad -claramente ilícita o delictiva- de la asociación. Esto, en modo alguno, puede predicarse de los artículos 546 bis f) y 344 bis h) y siguientes del C.P. que están configurados como meros delitos de actividad, desvinculados del eventual resultado delictivo que pueda verse favorecido por la actividad del blanqueo.

La necesidad de las alegadas medidas preventivas para luchar contra la denominada criminalidad organizada y su compatibilidad con los principios que deben inspirar el Derecho penal moderno, debe seguir constituyendo, en consecuencia, objeto de discusión. El adelanto de las barreras punitivas al ámbito previo a la lesión del bien jurídico sólo debería tener cabida en supuestos excepcionales en los que existiese la certeza de la eficacia de la respuesta penal y en los que el hecho previo punible tuviera, a mayores, una vinculación *directa*, y no sólo presuntamente mediata, con el eventual bien jurídico afectado. Curiosamente, la eficacia de esa respuesta en el ámbito que nos ocupa ha sido recientemente puesta en entredicho⁹⁷. Además, la actual regulación se estructura sobre tipos de peligro abstracto desvinculados en su totalidad del hecho del que deriva el presunto peligro que se pretende conjurar⁹⁸. El substrato de la materia de pro-

⁹⁵ Entre las asociaciones del artículo 173 se encuentran (Nº 3) "las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar".

⁹⁶ Destaca la escasa atención que la doctrina ha dispensado a este precepto, tanto en lo concerniente al alcance de su contenido como a su relación con los delitos de nueva creación para hacer frente al blanqueo de capitales.

⁹⁷ Vid. PRITZWITZ, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung - oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik*, StV 1993, pp. 499 y s. con ulteriores referencias bibliográficas; vid. también PIETH, "Symbolische Gesetzgebung" gegen Geldwäscherei und organisiertes Verbrechen?, en Rechtsstaatlichen Antworten auf neue Kriminalitätsformen, 17. Strafverteidigttag von 7-9 Mai 1993 in München (Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen), Köln 1993, pp. 96-106, quien señala que, debido a los costos que van implícitos a la lucha contra el blanqueo de dinero, los efectos pueden ser de naturaleza tanto negativa como positiva (p. 99); vid., también sobre este particular BOTTKE, *op. cit.* (n. 75), pp. 87 y ss. De acuerdo con un informe del Ministerio del Interior referido a la región de Baden-Württemberg de enero de 1995 (Frankfurter Allgemeine Zeitung de 18-2-1995) la ineficacia de los nuevos preceptos introducidos a partir de 1992 resulta hasta la fecha evidente a la luz de los casos que han sido descubiertos y que han dado lugar a una sentencia condenatoria por parte de los Tribunales.

⁹⁸ Ello en modo alguno supone considerar que los delitos de peligro abstracto constituyen un instrumento inidóneo como técnica de conformación de los tipos penales. Como técnica legislativa en materia penal son idóneos en la medida en que, *determinada la necesidad de la respuesta penal* -lo que no siempre resulta fácil ni debe basarse en meras presunciones-, la materia de prohibición no pueda ser captada por vía de los delitos de lesión o de peligro concreto. Esto es claramente coincidente en sus consecuencias con la opinión defendida ya hace tiempo por TIEDEMANN (cfr. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen 1969, pp. 117 y ss., y 165 y ss.), pues se parte de la consideración de la existencia de bienes jurídicos supraindividuales y, por tanto, abstractos -lo que en modo alguno significa formales!- cuya protección penal requiere de un instrumental técnico distinto al que se utiliza ante bienes jurídicos concretos.

hibición parece así conformado por una determinada forma de vida o modo de ser⁹⁹. Esto constituye un inadmisibles desplazamiento del principio del hecho como fundamento de la imposición de la pena, lo que bajo ningún concepto debe suceder de acuerdo con los postulados del Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho¹⁰⁰.

⁹⁹ TIEDEMANN ya había llamado la atención sobre las consecuencias de recurrir a este tipo de delitos de peligro abstracto, pues en ellos el injusto se halla conformado más por la peligrosidad del autor que por la del propio hecho [*op. cit.* (n. 97), p. 168]. Ciertamente, ello no precluye la posibilidad de recurrir a la imposición de medidas de seguridad y corrección si efectivamente se constata la concurrencia de los presupuestos de su imposición. Sin embargo, de acuerdo con la significación *jurídica* que para nosotros ostenta el blanqueo de capitales esto también resulta difícil de admitir.

¹⁰⁰ De ahí la discutible legitimación de preceptos como los contenidos en los artículos 173 y ss. del C.P. o § 129 del StGB (que castigan la *mera* pertenencia a una asociación ilícita). Frente a la opinión mayoritaria que destaca como interés tutelado, en estos casos, la seguridad y orden públicos (vid. por todos LACKNER, StGB, 21. Aufl., 1995, § 129) no han faltado autores que han sostenido que se ha procedido a un mero adelanto de las barreras punitivas (entre otros, RUDOLPHI, *Verteidiger handeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. des §§ 129 und 129a StGB*, Bruns-FS, 1978, pp. 315 y 317; SCHROEDER, *Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp. 9, 28). Dado que un análisis detenido de estos preceptos desbordaría, con mucho, el alcance del presente trabajo, baste señalar aquí que considerar como objeto de tutela la "seguridad pública" puede llevar a justificar cualquier tipo de intervención penal, sin necesidad de concretar dónde estriba el injusto merecedor de pena.