

EL BLANQUEO DE CAPITALS ENTRE LA DOGMÁTICA Y LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL: RESULTADOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO

Dr. Teresa Manso Porto
mag. iur. comp.¹

Resumen: La política criminal internacional en materia de crimen organizado se ha ido centrando cada vez más en medidas de carácter preventivo y en la persecución del patrimonio de las organizaciones criminales. Por un lado, los distintos instrumentos supranacionales en materia de blanqueo de capitales desarrollan medidas de carácter administrativo o policial que involucran cada vez más a los sujetos o entidades privados. Por otro lado, por la vía estrictamente penal se trata no solo de perseguir a los partícipes, sino de privar a las entidades criminales de su patrimonio.

Uno de los objetivos de este trabajo es exponer, desde un punto de vista comparado, cómo los objetivos de política criminal provocan efectos distorsionadores al colisionar con postulados que rigen en la dogmática penal. Así mismo, se aporta una solución al problema de si el tipo penal del blanqueo de capitales debe interpretarse como un delito que exige un elemento especial intencional.

Recibido: abril 2011. Aceptado: octubre 2011

1 Referente para España en el Instituto Max Planck de Friburgo, Alemania.

Palabras clave: blanqueo de capitales, política criminal, conductas neutrales, elemento intencional

Abstract: International criminal policy in the field of organized crime has been focusing more and more on preventive measures as well as on recovering the assets of criminal organizations. On the one hand the various international legal instruments on money laundering develop administrative or policy measures which increasingly involve private persons or entities. On the other hand the criminal law in a strict sense tries not only to prosecute the perpetrators but also to deprive criminal entities of their assets.

One goal of this paper is to identify from a comparative perspective the negative effects caused by the clash between the objectives of these criminal policies and the basic postulates of criminal doctrine. Another is to propose a solution to the problem of whether money laundering should be understood as a criminal offense which requires a special intentional element.

Keywords: money laundering, criminal policy, neutral behavior, intentional element

I. Aspectos criminológicos

La lucha contra el blanqueo (o lavado) de capitales (o activos) y la absorción de los beneficios del delito a través de figuras jurídicas como el decomiso,² constituyen los dos elementos básicos de la actual estrategia de control de la criminalidad organizada a nivel internacional. Dicha estrategia criminológica ha ido adquiriendo un carácter fundamentalmente preventivo. Se marca un doble objetivo básico que ya no sólo consiste en la persecución orientada al castigo del autor como estrategia clásica de carácter represivo. Al contrario, el hecho de que el autor de este tipo de delitos sea generalmente una pieza fácilmente reemplazable dentro de una estructura criminal estable, ha llevado a que político-criminalmente la persecución del autor haya pasado a un

2 Cfr. a este respecto el análisis comparado en: Kilchling/Kaiser, Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, Freiburg i. Br. 1997.

segundo plano. El elemento dominante y que muchos consideran como la herramienta verdaderamente eficaz en la estrategia de combate, tiene un carácter eminentemente preventivo y consiste en la persecución de las ganancias que se obtienen a través de la comisión de hechos delictivos, que constituyen el centro neurálgico de las organizaciones criminales. Es, por tanto, en el aspecto patrimonial de la lucha contra la criminalidad organizada en donde se encuadra la persecución del delito de blanqueo de capitales.

Como ha señalado la doctrina, el blanqueo de un capital de origen delictivo que además generalmente se nutre con entregas de dinero en efectivo, no sólo constituye un problema logístico de importancia, sino que posiblemente es el único “punto débil de la organización criminal”³; y es que el paso del flujo ilegal al flujo legal de capitales es el único momento en el que se hacen visibles los valores patrimoniales delictivos, mientras que una vez que se ha producido dicho trasvase con éxito, la identificación del capital y de su origen ilegal es cada vez más difícil.

Las investigaciones que se desarrollan en el ámbito financiero dentro de la lucha contra el blanqueo de capitales con miras a privar a la organización criminal de sus recursos económicos y de su “capital empresarial”, tienen por objetivo, además, descubrir las estructuras organizativas internas e identificar a otros posibles partícipes, a ser posible de los niveles jerárquicos superiores. Al mismo tiempo, se pretende prevenir la planificación y comisión de futuros delitos.

Como resultado de la evolución en la búsqueda de estrategias de lucha contra el blanqueo de capitales, pueden diferenciarse claramente dos niveles de control. Por un lado, las medidas de control de movimientos de dinero en efectivo y de transacciones electrónicas de carácter administrativo o policial. En este ámbito se encuadra la progresiva creación de nuevos mecanismos preventivos de defensa que intentan involucrar a diversas entidades privadas, modificando sus procedimientos de gestión de manera

3 *Kilchling*, wistra 2000, 241 ss, 241.

que se conviertan en piezas de dichos mecanismos de defensa, especialmente, generando deberes de identificación de clientes y registro de documentos o deberes de informar respecto a operaciones que no reúnan las condiciones de seguridad establecidas y puedan constituir indicios de blanqueo.⁴

Por otro lado, se encuentra la persecución del blanqueo de capitales de carácter estrictamente penal, que se orienta, como señalaba al comienzo, a la persecución de los partícipes y a la privación de los bienes patrimoniales obtenidos ilegalmente.

Estas líneas básicas de la actual estrategia de lucha contra el blanqueo de capitales son las que se han ido consagrando en los instrumentos jurídicos supranacionales que se verán a continuación.

II. Marco jurídico supranacional

En el diseño de estrategias de lucha común, se ha ido desarrollando un marco jurídico de control del blanqueo de capitales de alcance supranacional. El objetivo principal se orienta claramente a la delincuencia de drogas, a la criminalidad organizada, a la criminalidad macroeconómica y la delincuencia fiscal a gran escala. Pero, a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, en los últimos años se ha extendido a la lucha contra la financiación del terrorismo, pues, si bien en España el terrorismo, como problema de índole nacional, ya se venía considerando una forma de criminalidad organizada, en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno suelen distinguirse conceptualmente ambos fenómenos. Por lo que respecta al marco supranacional, cabe distinguir, por un lado, la evolución en el espacio internacional y, por otro, la evolución en el ámbito europeo.

El primer instrumento de lucha contra el blanqueo de capitales *en el ámbito internacional* lo constituye la **Convención de**

4 En casos como el peruano se ha llegado a criminalizar también la omisión de informar sobre operaciones sospechosas (art. 4 Ley N° 27765).

las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. En ella se hace manifiesta, entre otras, la creciente preocupación por los efectos desestabilizadores que pueden tener los enormes rendimientos financieros que generan las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de estupefacientes para las actividades comerciales y financieras lícitas. En consecuencia, se obliga a las Partes a tipificar como delitos penales en su derecho interno, además de un amplio catálogo de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, la conversión o transferencia de bienes procedentes de dicho delito, otras conductas que dificulten o impidan su identificación o localización, así como conductas de demanda como la adquisición, utilización o uso de dichos bienes. Delitos que se completan con la criminalización de conductas consistentes en la participación en dichos delitos [Art. 3. 1. b) i) y ii), así como Art. 3. 1. c) i)-iv)].

Dos años más tarde, los Estados Miembros del Consejo de Europa y otros Estados firman el **Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos del delito, de 1990.** En el Preámbulo de dicho Convenio se incide en la necesidad de perseguir una política criminal común para proteger a la sociedad de un problema internacional y dentro de dicha política criminal común se recalca la privación a los delincuentes de los productos del delito como uno de los métodos más efectivos. En cuanto a las conductas de blanqueo que las partes han de tipificar como delitos penales en su derecho interno, se enumeran conductas similares a las ya expuestas en el Convenio de Viena. Por un lado, la conversión o transmisión de propiedades, por otro lado la ocultación o disfraz de determinadas características de dichos bienes, y, finalmente, la adquisición, posesión o uso de los mismos. Ello se completa igualmente con conductas de participación. En el contenido, la diferencia de este Convenio con respecto al de Viena radica en que la criminalización de estas conductas ya no se limita a los casos en que los bienes proceden de delitos relacionados con el tráfico de drogas, si no que simplemente se hace referencia a su origen delictivo.

En el año 2000 se firma en Palermo la **Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional**, que en materia de penalización del blanqueo no introduce ninguna novedad con respecto al Convenio del Consejo de Europa.

En 2005 se firma un nuevo Convenio del Consejo de Europa, que inicialmente se había proyectado como protocolo adicional al de 1990, pero que debido a las dimensiones alcanzadas terminó por constituirse como un nuevo **Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo**. En este instrumento se hace visible el giro que produce la amenaza terrorista en la estrategia común de lucha contra los recursos vinculados a la criminalidad transnacional, pues a la persecución de flujos económicos de origen delictivo se suma la creación de mecanismos de control de los recursos económicos que puedan ser destinados a la financiación de actividades terroristas, con independencia de que su origen sea legal o no.

A todos estos instrumentos se suman las **recomendaciones del GAFI** (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales). Inicialmente eran cuarenta recomendaciones que han sido sucesivamente acompañadas de notas interpretativas y, en 2001, se completan con otras recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo.

En el espacio de la Unión Europea también se han generado instrumentos jurídicos de esencial importancia que, si bien no constituyen propiamente un derecho penal europeo, funcionan como mecanismos de armonización de los derechos nacionales, mediante la transformación de los actos jurídicos en derecho nacional a través de los respectivos parlamentos.

Como es sabido, la Unión Europea no es un Estado con poderes ejecutivos, sino que se basa en la colaboración entre Estados soberanos. El modelo de funcionamiento que ha estado vigente hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se ha basado en los denominados tres pilares o áreas políticas. De ellos, solamente el primer pilar estaba constituido de forma similar a

un “supraestado” que se servía de las administraciones públicas y de las jurisdicciones de los Estados miembros. Respondía a las disposiciones contenidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad europea y era competente en temas como la ciudadanía de la Unión, política de inmigración y asilo o lo relacionado con la unión económica y monetaria, entre otros. Sus instrumentos jurídicos eran la directiva y los reglamentos.

El segundo pilar era el área de la política exterior y de seguridad comunes, que no existían hasta el tratado de Maastricht (1 noviembre 1993) y que se fueron incrementando desde entonces, principalmente desde la creación de un alto representante de política exterior (innovación del Tratado de Ámsterdam de 1999), pero también a través de las novedades introducidas en el Tratado de Niza (1 febrero 2003).

En el tercer pilar, el ámbito de la Justicia y Asuntos de Interior (el pilar intergubernamental), es en el que se situaba la colaboración policial y judicial en materia penal. Entre sus numerosos instrumentos destacaban en la materia que aquí se trata, por un lado, la posición común, consistente en la definición de objetivos políticos comunes, de carácter vinculante, pero que no constituye derecho en sentido formal o material; hasta 1999 la acción común, que fue suprimida por el Tratado de Ámsterdam, y, a partir de éste, las decisiones marco, que constituyen legislación-marco, de contenido vinculante y que ha de ser transpuesta en el derecho nacional dentro de un plazo de tiempo determinado. En España, están sometidas a reserva de ley.

Los instrumentos jurídicos más relevantes en materia de blanqueo de capitales generados en el ámbito comunitario son las tres directivas que ya se han dictado en la materia, la Acción común de 3 de diciembre de 1998 y la Decisión marco de 26 de junio de 2001, que viene a recoger el contenido de ésta, pero ya con el carácter de legislación-marco. La razón de ser de todos estos instrumentos es evidente. Con la progresiva liberalización del movimiento de capitales y la prestación de servicios financieros que se va haciendo posible en el espacio comunitario surge

la necesidad de una actuación comunitaria contra el blanqueo de capitales para frenar el aumento de la delincuencia vinculada al tráfico de drogas y de la delincuencia organizada en general.

La primera **Directiva del Consejo de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales**, haciéndose eco de esta necesidad, establece una serie de medidas de carácter penal, en armonía con lo que ya habían establecido la Convención de Viena de 1988 y el Convenio del Consejo de Europa de 1990. Pero lejos de limitarse al enfoque penal, con esta directiva comienza a materializarse la estrategia preventiva de diseñar un escudo de protección contra la manipulación del sistema financiero a través de normas administrativas que involucren a las entidades de crédito e instituciones financieras. Básicamente se les impone a éstas obligaciones relativas a la identificación de clientes, registro y conservación de documentos, obligaciones de observación de transacciones y obligaciones de declaración de operaciones sospechosas, levantando el secreto bancario y sin poner en aviso al cliente de que se trate. Ello se acompaña de la obligación de establecer mecanismos de control y de comunicación internas entre las entidades de crédito y de facilitar la oportuna instrucción a los empleados para que sepan detectar operaciones sospechosas. Dicha estrategia preventiva se pretende además hacer extensiva a otras profesiones que se consideren susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, si bien no se especifica ninguna en particular.

En la **Decisión marco del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito**, los Estados se comprometen a no formular reservas en relación a lo dispuesto en el Convenio de 1990 en materia de tipificación del delito de blanqueo, cuando, en lo que se refiere al origen delictivo de los bienes, se trate de delitos que tengan prevista una pena o medida de seguridad de duración máxima superior a un año.

La segunda **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de diciembre de 2001**, introduce varias modificaciones a la primera. En el ámbito del derecho penal sustantivo, la obligación por parte de los Estados de tipificar las conductas de blanqueo de capitales, no sólo cuando éstos provengan del tráfico de drogas, sino de cualquier delito grave, se completa al precisar cuáles deben considerarse en cualquier caso delitos graves, teniendo también en cuenta para ello lo que ya se había determinado en el Artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI adoptada por el Consejo en 1998. De este modo, se enumeran una serie de delitos que se completan con una cláusula general que se extiende a todos los delitos que puedan generar beneficios considerables y tengan prevista una pena grave de prisión en un Estado miembro. Asimismo se abre la posibilidad de que los Estados amplíen la consideración de origen delictivo del capital objeto de blanqueo a cualquier delito.

En cuanto a los mecanismos de prevención en el plano administrativo, se especifica el cuadro de empresas, entidades y profesiones que deben vincularse a las obligaciones establecidas en la primera Directiva. Se consideran destinatarios, además de a las entidades de crédito e instituciones financieras: los auditores, contables externos y asesores fiscales, los agentes de la propiedad inmobiliaria, los notarios y otros profesionales del Derecho cuando participen en operaciones que puedan ser susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, las personas que comercien con artículos de alto valor, como piedras y metales preciosos o joyas, y los casinos. No obstante, se garantiza el secreto profesional en el caso de abogados y otros asesores jurídicos con capacidad de defensa o representación en juicio, salvo en el supuesto de que dicho asesor jurídico esté implicado en el blanqueo de capitales o su asesoramiento se produzca para tal fin.

En la tercera **Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo**, de 26 de octubre de 2005, se amplía la estrategia

de combatir los flujos de dinero ilegal fundamentalmente con dos nuevos objetivos. Por un lado, frenar movimientos de capitales destinados a la financiación del terrorismo, con independencia de que su origen sea legal o no. Por otro lado, frenar la corrupción en el mundo financiero, para lo cual se establece la obligación por parte de las entidades bancarias de controlar de manera especial a las personas que ocupen o hayan ocupado cargos políticos importantes (los denominados *PEPS: Political Exposed Persons*). En el ámbito administrativo, se determina qué es lo que ha de entenderse por titular real a efectos de cumplir las obligaciones de identificación de clientes por parte de las entidades bancarias y demás destinatarios. Los Estados miembros dispusieron de plazo hasta el 15 de diciembre de 2007 para poner en vigor las disposiciones que contiene esta Directiva.

III. Perspectiva comparada

La transposición del derecho supranacional a las legislaciones nacionales de los Estados parte en los diferentes instrumentos internacionales o de los Estados que son miembros de la Unión Europea, ha dado lugar a una armonización del derecho penal sustantivo en materia de blanqueo de capitales que, sin perjuicio de las críticas que ha suscitado la configuración de este fenómeno como delito autónomo y de las diferencias que se pueden observar entre los distintos ordenamientos, se considera ejemplar dentro del proceso internacionalización del derecho penal. Desde una perspectiva comparada, en este último bloque de la exposición se abordarán algunos de los principales problemas que ha generado este tipo penal en su interpretación y aplicación práctica, que en buena parte ponen de manifiesto el conflicto en el que pueden entrar, por un lado, la consecución de los objetivos de política criminal diseñados con tan ingentes esfuerzos en el ámbito supranacional y, por el otro, la aplicación estricta de criterios dogmáticos de interpretación.

La figura del blanqueo de capitales se ha ido incorporando en los códigos de los países europeos a lo largo de las últimas

tres décadas: Italia en 1978, Portugal en 1983 (fecha de entrada en vigor del CP), España en 1988, Suiza en 1990, Alemania en 1992, Bélgica en 1995.⁵ En todas las legislaciones se han ido produciendo sucesivas reformas para adaptar la regulación a lo que ha ido estableciendo la legislación supranacional en su estrategia de lucha contra la criminalidad organizada internacional, incluido el terrorismo.⁶

En muchos casos, la nueva regulación de este delito ha ido precedida de varios años de debate, pero aún después de su entrada en vigor, es común también a muchos países, aunque con mayor o menor intensidad, el desacuerdo doctrinal en puntos básicos, como el contenido de injusto, el bien jurídico protegido, la estructura típica y, en relación con ello, la interpretación de un posible elemento intencional, pero también la ordenación de elementos dentro de las categorías delictivas que se manejan en la actual sistemática del delito que hoy en día rige mayoritariamente en la parte general, concretamente la ordenación de dichos elementos como excluyentes de la tipicidad o como causas de justificación.

Uno de los elementos típicos que se consideran especialmente problemáticos es la *vinculación del blanqueo al hecho penal previo*. Por un lado, la conexión entre el delito de blanqueo y el concreto delito previo es un elemento difícil de probar. Por el otro, es un elemento indispensable para la tipicidad de la conducta, pues traza una línea clara entre lo que constituye una transacción

-
- 5 Para una visión europea comparada v. *Bacigalupo*, Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, en: Curso de Derecho Penal Económico, Barcelona 1998, p. 195 ss.; *Vogel*, ZStW 1997, 335 ss; *Ambos*, ZStW 1/2002, 236 ss.
 - 6 Sobre la regulación española, v. por todos *Del Carpio Delgado*, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, Valencia 1997, p. 162 ss.; en Alemania, ya especialmente crítico, *Lampe*, Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB), p. 123 ss., 126 ss.; recientemente *Bauer*, Der Geldwäschetatbestand gem. §261 StGB einschließlich der Probleme seiner Anwendung, en: Fragmentarisches Strafrecht, Francfort del Main 2003, p. 127 ss.

financiera legal y un delito de blanqueo y, según algunas interpretaciones vigentes del tipo de blanqueo que pretenden incluir en él comportamientos cotidianos o en sí socialmente adecuados, posiblemente la única línea de distinción a nivel objetivo.

Por este motivo, en la doctrina alemana se ha llegado a plantear incluso si no constituye hoy en día un camino erróneo seguir centrando la lucha contra la criminalidad organizada en la persecución penal del blanqueo de capitales. Se plantea, por el contrario, si no sería más adecuado volver a poner el acento en la persecución de los hechos previos, acompañado de la persecución de conductas de pertenencia o colaboración con organizaciones criminales, todo ello engarzado con una aplicación más intensiva de las posibilidades de confiscación de bienes. De hecho, éste aspecto ha sido el instrumento de la lucha orientada a destruir el patrimonio económico de las organizaciones criminales que ha requerido la mayor atención y ha sido objeto de amplias reformas en los últimos años en numerosos instrumentos jurídicos, además de los aquí mencionados, cuyo contenido en lo referente a esta materia no ha sido considerado en este trabajo y merece ser objeto de un estudio especial.

Por el momento, la actual doctrina del Tribunal Supremo español en cuanto al requisito del origen delictivo de los bienes insiste en precisar que se trata de un elemento del tipo objetivo que debe ser probado, si bien puede hacerse por prueba indiciaria. Con respecto a la prueba por indicios, existe una doctrina muy consolidada que frecuentemente es objeto de control casacional. Concretamente en relación a la prueba del origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo, se han aportado además algunas precisiones concretas de valiosa utilidad práctica. Si bien el origen delictivo no exige la existencia de una sentencia que lo haya constatado en un proceso anterior, sí se exige la existencia de una relación causal entre el delito de origen y el del blanqueo de capitales, es decir, debe quedar probada la relación causal entre ambos delitos.⁷ Tal requisito supone, por ejemplo, que no se puede

7 Por todas, STS 928/2006, de 5 de octubre.

dar por cumplida la existencia de este elemento típico por el mero hecho de que el acusado tenga vínculos con determinadas personas o grupos, sino que se trata del vínculo con hechos punibles. También insiste el Tribunal Supremo a este respecto en que el delito de blanqueo no se agota en la mera falta de justificación de determinados incrementos de patrimonio del presunto autor, hecho que, según precisa el Tribunal en relación al caso enjuiciado, puede poner en relación al blanqueo con un delito fiscal, pero siempre y cuando se compruebe que ha habido una “evasión que alcance el mínimo típicamente exigido”.⁸

En cuanto a la *determinación del contenido material de injusto*, se ha llegado a afirmar en la doctrina alemana que no tiene absolutamente ninguno, porque de lo que se trata en el blanqueo de capitales es de una estrategia confiscatoria elevada a la categoría de tipo penal.⁹

Esta incertidumbre en cuanto al contenido de injusto guarda relación con las dificultades en la *definición del bien jurídico protegido* en el blanqueo. A este respecto, se han sostenido prácticamente todas las posturas imaginables.¹⁰ En cualquier caso, la utilidad de la discusión en torno al bien jurídico protegido para la interpretación del tipo penal y la determinación de los comportamientos típicos ha sido más bien escasa.

En cambio sí ha habido algunas aportaciones que han intentado hacer productivos criterios de la denominada teoría de la imputación objetiva para deslindar la conducta típica en el plano objetivo, no apoyándose únicamente en la procedencia ilícita de los bienes. A pesar de ello, existen importantes diferencias doctrinales que en parte están motivadas por el tremendo abordaje de consideraciones de política criminal que se ha producido en el terreno de la interpretación doctrinal de los tipos y en la aplicación judicial.

8 STS 928/2006, de 5 de octubre.

9 Cfr. *Bauer* (nota 6).

10 En el marco de este trabajo no pretendo detenerme en este punto, que ya tuve ocasión de abordar críticamente en otro lugar.

El problema de fondo es que el blanqueo no sólo se manifiesta como delito en el sentido estricto de comportamientos que se producen con la finalidad exclusiva de blanquear, sino que también es un fenómeno social de mayor amplitud que se solapa con comportamientos socialmente adecuados, como, por ejemplo, cobrar un honorario por un servicio prestado legítimamente. La cuestión está en determinar si estas conductas deben considerarse delictivas.

Para ilustrar con ejemplos jurisprudenciales lo que significaría excluir de la punibilidad conductas que, aunque quizá hayan causado la introducción de dinero de origen ilícito en el sistema, objetivamente constituyen operaciones absolutamente normales según la dinámica usual en el contexto en que se desarrollan, puede servir la línea argumentativa empleada por el Tribunal Supremo español en un supuesto en el que se trataba de excluir como conducta de blanqueo la compra de un inmueble en la costa con dinero de origen ilícito. Para ello se adujo que “las características externas de la mencionada compraventa, por las condiciones pactadas, ingreso inicial y entregas posteriores para amortizaciones parciales y pago de intereses, ponen de manifiesto la realidad de una operación como las que ordinariamente tienen lugar para esta clase de adquisiciones inmobiliarias”.¹¹ Y, para seguir con otro ejemplo de un caso inverso, en otra sentencia se recoge doctrina general del blanqueo estableciendo que: “En el plano subjetivo... basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave”.¹² Ello significa a *sensu contrario* que en el lado objetivo la tipicidad no podría conformarse, por ejemplo, con un acto de transmisión objetivamente neutral, sino que al menos importaría que se tratase de una transmisión *anómala* en algún sentido.

Sin duda ésta es una línea acertada. Frente a los defensores de un tipo que abarque conductas neutrales, considero que este

11 STS 6 de septiembre de 2001.

12 STS 18 de diciembre de 2001.

tipo de restricciones interpretativas no tienen porqué ser “políticamente” preocupantes si se tiene en cuenta que el blanqueo como fenómeno social dañino se ha convertido en objetivo de lucha no sólo (ni primordialmente) mediante la criminalización de conductas. Como se ha expuesto al comienzo, las líneas políticas que se marcan a nivel supranacional abarcan una perspectiva amplia e intentan, más allá del ámbito penal, crear estructuras preventivas de protección contra este fenómeno que implican en la lucha a sectores cada vez más amplios de la sociedad, procurando no impedir su funcionamiento de forma racional y acorde a sus objetivos.

Pero el hecho es que se puede observar este desarrollo negativo hacia una persecución penal capaz de criminalizar cualquier actividad socialmente adecuada o cualquier conducta estándar con tal de que el interviniente haya podido contar con la posibilidad de manejar un activo patrimonial de procedencia ilegal. Por desgracia, también existen ejemplos de ello en la jurisprudencia española. El mismo Tribunal Supremo que en la sentencia antes citada excluyó la imputación objetiva de una compraventa por sus características externas, en cambio castigó por delito de receptación sustitutiva a la esposa que atendía “a las necesidades familiares”, sabedora de que “el dinero que le daba su marido... no tenía, al menos en parte, un origen lícito”.¹³ En cambio, al menos en estos supuestos sí existe en Alemania doctrina claramente favorable a una reducción teleológica en relación a estos comportamientos, cuanto tengan por finalidad cubrir las necesidades cotidianas de la vida.¹⁴

Pero también hay que denunciar que este desarrollo negativo se ha visto agravado con la sucesiva reformulación de objetivos político-criminales que inciden en el *aislamiento social* del delincuente. Desde esta perspectiva, aún quedarían menos argumentos para no considerar autora de blanqueo a la esposa del conocido traficante del barrio o para no castigar igualmente a quienes le vendan cualquier producto, presten un servicio, etc.

13 STS 5 de octubre de 1992.

14 Véase *Lackner/Kühl*, § 261 marg. 5, con ulteriores referencias.

La misma tendencia se confirmó en Alemania en relación al discutido supuesto de los honorarios de abogados. El BGH condenó en su sentencia de 4 de julio de 2001 a dos abogados por recibir honorarios a sabiendas de que procedían de un negocio fraudulento, contradiciendo así sentencias anteriores de los tribunales superiores de los *Länder*. Precisamente amparaba su interpretación en el objetivo legal de lograr el progresivo aislamiento del autor del delito, objetivo que no permitiría excepciones ni en el caso de abogados ni en el de otras profesiones.¹⁵ Finalmente, tampoco el Tribunal Constitucional alemán¹⁶ ha puesto objeciones a la tipicidad de la conducta cuando el abogado tenga conocimiento seguro de la proveniencia de los bienes de uno de los delitos que se contienen en un catálogo que acompaña al tipo penal alemán.¹⁷

Frente a estos desarrollos, considero esencialmente erróneo el incriminar conductas que se incardinan de tal manera en el entramado social de las acciones cotidianas que es prácticamente imposible el deslinde entre la materia penal y no penal, o que conllevan el riesgo potencial de criminalizar aspectos básicos de la configuración social a los que en una sociedad regida esencialmente por contactos anónimos no se quiere renunciar.¹⁸

Por último, también continúa siendo problemática la interpretación de un supuesto *elemento típico intencional*, que de existir realmente nos tendría que llevar a agrupar al delito de

15 Críticos al respecto en España, *Aránguez Sánchez*, El delito de blanqueo de capitales, Madrid 2000, p. 248; *Ragués i Vallès*, Lavado de activos y negocios estándar, en: Universidad Externado de Colombia (ed.), XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá 2001, p. 285 ss., 333 ss., 306 con referencias en nota 40, 321 ss.; también tiende a excluir los contactos sociales estandarizados *Serrano González de Murillo*, Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo, La Ley 1998, p. 1720 ss., 1722 s.

16 BVerfGE 110, 226 ss.

17 Una perspectiva compara del problema en *Bermejo/Wirtz*, ZIS 10/2007, 398 ss.

18 V. *Jakobs*, La imputación objetiva en Derecho penal, Bogotá 1995, *pasim*.

blanqueo (o al menos a alguna de sus variantes típicas) dentro de la categoría de los delitos con un especial elemento intencional.

Para analizar esta cuestión, es de utilidad realizar una aproximación comparada a textos legales de sistemas que, presentando afinidades entre sí, sin embargo contienen redacciones aparentemente muy distintas, como es el caso de las regulaciones peruana, española y alemana. Ello puede servir como punto de partida de base empírica para establecer si detrás de esas diferencias se esconden, efectivamente, estructuras típicas diferentes.

La regulación peruana hace mención expresa a conductas que se realicen con la “finalidad de evitar” la identificación del origen, la incautación o el decomiso de los bienes.¹⁹ En cambio, en la regulación alemana el parágrafo 261 I StGB castiga simplemente a “quien oculte el origen de un bien”. En el caso español, la variante típica del Art. 301.1 CP,²⁰ se refiere, de acuerdo con los contenidos del Convenio de Viena, a las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes realizadas a sabiendas de que éstos tienen su origen en un hecho delictivo. Y estas modalidades típicas específicas se completan con una especie de cláusula general que abarca la comisión de “cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Ese “*para* ocultar o encubrir” ha dividido a la doctrina española entre quienes afirman la existencia de un elemento intencional especial²¹ y quienes

19 Art. 1 y 2 Ley N° 27765.

20 Art. 101.1. CP: El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. (redacción según la LO 15/2003 de 25 de noviembre).

21 Consideran que “la exigencia de que el agente actúe con la finalidad de ocultar la procedencia del objeto material del delito” constituye “un plus

sostienen que es indiferente, por ejemplo, si el autor actuó para eludir el pago de tributos, para ocultar el origen del bien o para perjudicar a un tercero.²²

Un argumento apriorístico de peso para negar la existencia de tal elemento intencional podría ser la consideración del peligro que supondría dejar en manos de las meras finalidades subjetivas del individuo la significación jurídica de la conducta. Sin embargo, la consideración de la existencia de tal elemento intencional —que por lo demás está fuera de discusión en otros tipos penales, donde se constata la existencia de estructuras típicas con un plus de intencionalidad en el tipo subjetivo— no tiene que implicar dejar en manos del individuo la significación delictiva del comportamiento. La definición del ánimo sustentador de una conducta debe, más bien, hacerse desde una perspectiva normativa que parta de la función que cumple este elemento típico. No cabría, por tanto, rechazar de antemano la construcción de un tipo penal con un elemento intencional invocando automáticamente la excesiva subjetivización del tipo, pues también el ánimo se puede concebir con un criterio individual-objetivo como algo que caracteriza a una cierta fenomenología de conductas que son las que se considerarían típicamente relevantes.

En una línea similar, la tercera Directiva de la Unión Europea, que también ha intentado abordar el problema de la in-

subjetivo”, un elemento subjetivo del tipo independiente del dolo que debe ser igualmente demostrado, *Fabián Caparrós*, El delito de blanqueo de capitales, p. 402 s., con otras referencias bibliográficas; también exigen dicho ánimo *Blanco Cordero*, El delito de blanqueo de capitales, p. 308-309; *Del Carpio Delgado*, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, p. 171-173; *Faraldo Cabana*, Aspectos básicos del blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995, en: Estudios Penales y Criminológicos XXI, 1998, p. 117 ss., 146; cf. asimismo, desde una perspectiva comparada, *Vogel*, Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?, ZStW 109 (1997), p. 335 ss., 345; Cobo del Rosal, CPC 85/2005, p. 65, habla de una conducta “dolosa y finalista”, que no admitiría la comisión imprudente.

22 *Vives Antón/González Cussac*, Comentarios al Código Penal de 1995, V. II, Art. 301, p. 1464; en una línea similar, *Gómez Iniesta*, El delito de blanqueo, p. 58.

interpretación de elementos subjetivos, señala que el conocimiento, la intención o la motivación que han de darse en las actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo “podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos”. Pero ni la corrección conceptual normativa apuntada anteriormente ni el recurso a datos objetivos para la constatación empírica de una determinada intención son decisivos para responder a la cuestión previa de cuál es realmente la estructura típica de la figura de blanqueo en las regulaciones analizadas.

Volviendo a la perspectiva comparada, lo que primero cabría analizar es si realmente existe ese aparente abismo entre las tres redacciones legales mencionadas. Para ello, no basta limitarse a un análisis puramente gramatical, sino que, lo aconsejable es, desde mi punto de vista, realizar una reflexión sobre qué fenomenologías concretas son las que se pretenden captar en este tipo penal y si ello es coherente con el recurso a la técnica legislativa de los delitos con un especial elemento intencional. Ello permite una aproximación más crítica y profunda a la estructura del tipo penal y a las posibilidades de interpretación desde un punto de vista técnico.

En primer lugar, hay que recordar que los delitos con un especial elemento intencional se diferencian de la estructura “normal” de un delito doloso en que no solamente constan de un tipo objetivo que ha de ser cubierto por el conocimiento y la voluntad del autor, sino que el elemento intencional especial es un elemento típico adicional que no tiene correspondencia en el plano objetivo. Así por ejemplo, si alguien le clava a otro un cuchillo en el corazón, es evidente que lo hace con intención de matarle, pero eso no quiere decir que el homicidio doloso sea un delito con especial elemento intencional. De lo que se trata es de si una conducta, por su fenomenología especial puede atribuírsele la aptitud de estar dirigida a una finalidad concreta que además es la que perseguía el autor.

En el caso de la ocultación de un bien, en mi opinión sucede algo similar. Todas las regulaciones mencionadas pretenden

describir conductas objetivamente aptas para un fin, lo que además es conocido por el autor. Si ello es así, por lo tanto, el recurso a un delito con especial elemento intencional sería erróneo. De lo que se trataría aquí entonces es de redacciones legales distintas que en realidad están haciendo referencia al mismo tipo de conductas. No cabría extraer de ellas, por tanto, estructuras típicas distintas, porque los elementos de comprobación en cada caso serían similares.

Como resultado, se disuelve el aparente abismo existente entre quienes interpretan un tipo penal que castiga a quien realice una conducta “con ánimo” o “con el propósito” de ocultar el origen ilícito de un bien (en el caso del tipo penal español en su primer apartado se habla de “acto para ocultar”) y entre quienes interpretan un tipo que en una formulación, si se quiere, más directamente objetiva, sancione a quien “oculte” el origen del bien (como señala por ejemplo el parágrafo 261 I del CP alemán al utilizar la expresión “*dessen Herkunft verschleiert*”).²³ En ninguno de los dos casos se aprecia la existencia de un elemento de comprobación de carácter subjetivo que constituya un plus sin correspondencia en el tipo objetivo. En conclusión, creo que es acertado negar que se trate de un tipo penal con un especial elemento intencional.²⁴

23 Síntomas de esta disolución de elementos intencionales en lo objetivo pueden verse además en las posturas doctrinales de quienes, aún negando en relación al tipo penal español que se precise una finalidad, definen los diferentes supuestos concretos recurriendo a ella, como por ejemplo *Abel Souto*, Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español (PDF), <<http://cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=5351>> p. 384, cuando subsume el caso de quien actúa por medio de un testaferro argumentando que los “actos” de éste estarían siempre “dirigidos a la ocultación, encubrimiento o auxilio”.

24 En la medida en que la actual regulación extiende el castigo a la comisión imprudente, tampoco sería coherente limitar las formas de comisión del tipo a los casos en que el autor actúe con dolo directo de primer grado, si bien este es un problema distinto al de la supuesta existencia de un tipo penal con un especial elemento intencional.