



La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de la ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo



Rafael Rebollo

Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan las Directivas Europeas en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la referida normativa. En todo caso, se trata de un análisis crítico de la regulación y el tratamiento de este fenómeno, tanto a nivel nacional como internacional, al que cabe añadir las consecuencias de la denominada declaración tributaria especial, prevista en el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo que, en definitiva, se convierte en una amnistía fiscal material.

PALABRAS CLAVE: Prevención del blanqueo de capitales, sujetos obligados, amnistía fiscal, paraísos fiscales, actividad delictiva.

ABSTRACT: In this paper we analyze the European Directives on the prevention of money laundering and terrorist financing, as well as the current Law 10/2010, of April 28, which transposes into our legal system the relevant legislation. In any case, it is a critical analysis of the regulation and treatment of this phenomenon, both nationally and internationally, to which must be added the consequences of the so-called special tax return, pursuant to Royal Decree-Law 12/2012 of 30 March that ultimately becomes a tax amnesty materials.

KEY WORDS: Prevention of money laundering, entities, tax amnesty, tax havens, criminal activity.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Marco normativo internacional y su transposición al ordenamiento jurídico español. III. Análisis crítico de algunos aspectos de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. IV. Excurso: la amnistía fiscal, ¿un blanqueo de capitales encubierto?

I. Consideraciones previas

Una de las cuestiones a las que habitualmente se alude en relación con el blanqueo de capitales es que se trata de un fenómeno que ha alcanzado dimensiones globales y que se sitúa por encima de las barreras nacionales, de modo que requiere fuertes estructuras encargadas de la ejecución de las operaciones delictivas.¹ A su complejidad cabe añadir las dificultades de persecución policial y judicial por múltiples factores, como la inmediatez de las transacciones, la facilidad de desplazamiento o la utilización de medios técnicamente sofisticados, además de contar con la colaboración de algunos de los mejores expertos en lo que eufemísticamente se ha venido a llamar “ingeniería financiera”.

Las reflexiones político-criminales imbricadas con el blanqueo de capitales exceden con creces el objeto de estas páginas, aunque es inevitable apuntar algunos elementos para medir la magnitud del problema. Así, voy a referirme a dos circunstancias de carácter general para hacer mención a otras directamente vinculadas o relacionadas con algunas decisiones del Gobierno español. Una, sobre la que en el momento de revisar estas páginas el Ejecutivo no ha vuelto a hacer mención sobre la llamada “amnistía fiscal” (lo cual no es una garantía para que no la materialice), y la otra generó una controversia importante en determinados sectores, ya no sólo por sus efectos sino por quienes se acogieron a dicha amnistía.

Con carácter previo, permítaseme recordar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) elabora periódicamente unas listas (listado de 25 de marzo de 2010); ahora ya no sólo “negra”, sino también “gris blanca” y gris oscura” en las que se incluyen a países que no han implantado medidas suficientes de transparencia fiscal. Es cierto que desde la primera lista, elaborada en junio de 2001, los “movimientos” o las “salidas” de países han sido constantes, hasta el punto de que a principios de 2012 únicamente figuraban dos minúsculos países situados en la Polinesia: Niue y Naurú; mientras que

otros como Suiza,² Andorra, la Isla de Man, San Marino, Gibraltar o Mónaco han ido asumiendo acuerdos bilaterales con otros países (en ocasiones entre ellos mismos) para aumentar sus estándares ficticios de transparencia fiscal. En el mismo sentido, no me resisto a mencionar que en las Islas Vírgenes Británicas están registradas 830 000 empresas, cuando su población no alcanza los 20 000 ciudadanos, y que en la Isla de Jersey, también dependiente de la Corona Británica, con una población inferior a los cien mil habitantes se acumulan depósitos bancarios superiores a 140 000 millones de euros, lo que la convierte en el séptimo mayor paraíso fiscal del mundo.³ Lo cierto es que, con independencia de que algunos países no dispongan ya del secreto bancario, en la práctica, continúan actuando como auténticos búnkeres financieros dado que el secretismo se logra por medio de otras fórmulas.

Creo que no es ningún atrevimiento afirmar que uno de los fundamentos estructurales de la economía de algunos de esos países descansa en la opacidad fiscal; por lo tanto, es inevitable concluir que sin una acción decidida de la comunidad internacional, el blanqueo de capitales continuará siendo uno de sus grandes problemas. A pesar de todo y por razones obvias, la colaboración de determinados estados es, *a priori*, poco factible. Es más, bajo la calificación de prácticas “inmorales” el Parlamento británico acaba de reprobar la fiscalidad de determinadas grandes empresas, obviando que algunos de esos paraísos fiscales son dependientes del mismo Reino Unido. Es más, una muestra de ese pretendido interés de la comunidad internacional en solventar que más del 10% del PIB mundial carezca de control y que no se paguen los impuestos correspondientes, es la recientemente frustrada cumbre europea de mayo de 2013: en la cumbre una vez más se fue incapaz de instaurar un sistema de intercambio de información tributaria o de establecer la obligación de las empresas de hacer informes fiscales país por país.

En todo caso, ¿cómo se “otorga” a un país la consideración de paraíso fiscal? Por lo que respecta a Es-

¹ I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Pamplona, 2012, p. 53.

² En cuanto a Suiza, no debe olvidarse el reciente Auto de 15 de junio de 2011, Juzgado Central de Instrucción núm. 4, que archiva la causa contra el presidente del Banco de Santander y algunos de sus familiares a quienes se les atribuía un delito de fraude fiscal por sus cuentas en ese país. Archivo que el Juzgado fundamentó porque habían regularizado su situación con el pago de 200 millones de euros en el año 2010.

³ J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, en Cervini, Cesano, Terradillos, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, Córdoba, 2008, p. 204.

paña, en el RD 1080/91, de 5 de julio, se enumeran hasta un total de 48 países a los que se les atribuye esa condición. Real Decreto modificado por el posterior RD 116/2003, de 31 de enero, en el que se incluía una nueva disposición que preveía que los países firmantes con el nuestro un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición, dejaban de considerarse paraísos fiscales, lo cual en la práctica supuso que muchos de los que inicialmente tenían esa atribución la perdieran. Es el caso de Luxemburgo, Andorra o Panamá, entre otros. Sin embargo, como señala el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa en su informe correspondiente al año 2010,⁴ sobre las memorias anuales de las Empresas del IBEX 35, el hecho de que se suscriban tales acuerdos con España no significa que los países que los formalizan se hayan desprendido materialmente de su condición de paraíso fiscal por tres razones distintas:

1. La firma de un acuerdo de intercambio de información entre países no significa que se garantice el intercambio de información de manera efectiva y mucho menos la transparencia sobre las operaciones y la fiscalidad de las personas jurídicas.
2. Una empresa puede cumplir con la legalidad pero, a la vez, puede evitar pagar sus impuestos en países donde genera el beneficio a cambio de pagar en otros donde no tiene ninguna actividad y donde el tipo impositivo es significativamente inferior o, incluso, nulo.
3. En relación con lo anterior, también está la baja o nula presión fiscal que disfrutaban en algunos países las personas jurídicas no residentes.

Por otro lado, existe una pieza clave en todo este entramado del blanqueo de capitales, de opacidad fiscal, de falta de transparencia, que no es otro que la colaboración directa o indirecta de determinados sujetos obligados a poner en conocimiento de las autoridades correspondientes las dudas que suscitan determinadas operaciones financieras en España; algunos colectivos de profesionales juegan un papel determinante. Creo que se ha de considerar que el sector bancario es otro de los sujetos obligados determinantes para realizar y encubrir operaciones inexplicables que se encuentran amparadas, en algunos países, por un secreto prácticamente inexpugnable o, en el mejor de los casos, muy difíciles de eludir.⁵ En definitiva, se trata de paraísos fiscales en los que la presencia de la Banca y de grandes compañías españolas (las que cotizan en el IBEX 35) está extendida. Así, según el Informe del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, al cierre de 2010, el 80% de las empresas del IBEX tiene presencia en paraísos fiscales a través de sociedades participadas. Esto es, países que se caracterizan por ofrecer sistemas impositivos muy laxos y con escasos controles financieros.⁶

Además de lo anterior y una vez más tomando como referencia a España, creo que la relación entre la denominada burbuja inmobiliaria con la corrupción y blanqueo de capitales está fuera de cualquier duda.⁷ Así, conviene no olvidar que a finales del año 2009 se habían detenido a 19 alcaldes por corrupción urbanística, concepto en el que se incluyen los delitos de cohecho, estafa, prevaricación y blanqueo de capitales, pero más que ese dato —nada desdeñable junto al hecho de que la mayoría de los alcaldes imputados por corrupción fueran reelegidos en las elecciones

⁴ http://www.observatoriosc.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=1&Itemid=1&lang=ca

⁵ A mi juicio es particularmente significativo la resolución de la Audiencia Nacional, Sala Penal (Secc. 2ª), Auto 19/2013, 8 de mayo de 2013 (sobre la extradición del Sr. Falciani), Razonamiento Jurídico Segundo, II, A. d), donde en relación a las actividades del HSBC (Private Bank Suisse), la Sala afirma lo siguiente: “que dejan constancia de prácticas no solo reprobables, sino directamente sancionables en el ámbito administrativo e incluso en el penal, en nuestro derecho y en otros, por insuficiente control, y en algunos casos incluso su permisividad o complacencia de facto con actividades delictivas de defraudación tributaria, blanqueo de capitales, e incluso financiación de terrorismo, lo que, sin haber llevado hasta el momento, que sepa este tribunal, a la condena penal de ninguno de sus directivos, si existe constancia de haber determinado la apertura de investigaciones o incluso la instauración de procedimientos penales con cargos penales, si bien que finalizados por acuerdos penales, asumiendo responsabilidades colectivas e importantes sanciones económicas o en otros casos sanciones administrativas impuestas por órganos estatales de control del cumplimiento de la normativa europea sobre blanqueo de dinero por incumplimiento de ésta, judicialmente confirmadas por todas las instancias, todo ello acontecido, como decimos, en diferentes países, aunque no parece que alguna investigación de este tipo se haya llevado a cabo por la confederación Suiza”. Negritas del autor.

⁶ D. P. Arias Holguín, *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo doloso del blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid, 2011, pp. 37 y ss.

⁷ En este sentido, nótese que la L.O. 5/2010, de 22 de junio introduce una nueva redacción del art. 301 del Código penal, incluyendo en su párrafo tercero como una de las modalidades agravadas del delito de blanqueo de capitales el hecho de que los bienes objeto del delito tengan su origen, entre otros, en alguno de los ilícitos comprendidos en el Título XVI: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del medio ambiente y el patrimonio histórico”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

municipales de 2007—⁸ lo que me interesa destacar es la noticia que hizo pública el Gobierno hace unos pocos meses relativa a que planeaba conceder el permiso de residencia en España a extranjeros que adquieran una vivienda cuyo precio sea superior a 160 euros, cantidades que han ido fluctuando a lo largo de este tiempo; así, en el Anteproyecto de Ley de Apoyo al Emprendedor y su Internacionalización —aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de mayo de 2013— se establece el límite en los 500 000 euros o de adquisición de deuda pública española por más de dos millones de euros. En todo caso, parece un criterio ya decidido al igual que se adoptó en términos semejantes en Malta, Chipre o Portugal; lo que se justifica —aduce el Gobierno— al entender que se trata de una medida para agilizar el mercado de viviendas y aliviar con ello el *stock* inmobiliario. Las consideraciones que se desprenden de lo anterior, teniendo en cuenta que una buena parte de los inversores con capacidad económica para comprar viviendas son sujetos a quienes no les sería sencillo adquirir la residencia en España por ser originarios de ciertos países, no son antagónicas para vincular el blanqueo de capitales con la adquisición de viviendas y el consecuente permiso de residencia.

Por último, ¿qué decir de la amnistía fiscal de 2012? Como es sabido, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público admite una declaración tributaria especial que permitía ingresar el 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos, lo cual garantizaba la ausencia de sanciones, intereses y recargos, así como la exoneración de responsabilidad penal.⁹ En otras palabras, la amnistía fiscal permitía el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro; decisión que fue muy cuestionada jurídicamente por amplios sectores y que, finalmente,

en relación con los ingresos pretendidos por el Gobierno no obtuvo el resultado originariamente previsto, a pesar de que el Ministerio de Hacienda hizo una lectura en clave positiva.

En todo caso, y por lo que se refiere expresamente a esta última cuestión de la amnistía fiscal de 2012, así como la posibilidad todavía no concretada normativamente de la concesión de la residencia en España por la compra de viviendas, he querido poner de relieve que las medidas ya adoptadas así como las anunciadas por el Gobierno español no solo contribuyen muy poco a la lucha contra el blanqueo de capitales sino que más bien lo posibilitan de una forma expresa (*infra* IV) y lo fomentan de forma indirecta con el “caramelo” de eludir los trámites para obtener el permiso de residencia.

II. Marco normativo internacional y su transposición al ordenamiento jurídico español

A mediados de los años ochenta del siglo pasado se afianzó la idea de que el blanqueo de capitales es un fenómeno transnacional que únicamente podía controlarse por medio de una armonización legislativa internacional. En un contexto de sensibilización ante ese fenómeno debe situarse la Declaración de Principios de Basilea, adoptada el 12 de diciembre de 1988, por el Comité sobre regulación y supervisión bancaria.¹⁰ Comité constituido por los representantes de los bancos centrales y de las autoridades de supervisión bancaria de los países pertenecientes al Grupo de los Diez.¹¹ En realidad, se trataba de un código ético de conducta carente de efectos jurídicos hasta que éstos no fueran adoptados por los diversos ordenamientos nacionales.¹²

Un simultáneo cambio de tendencia, al asumir la comunidad internacional un papel más decidido para

⁸ J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, *op. cit.*, p. 211.

⁹ Al respecto, *vid.*, J. Martín Fernández (coord.), *La amnistía fiscal*, Valencia, 2012, *passim*.

¹⁰ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 102.

¹¹ Integrado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, más Suiza. Ampliamente, Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, 2007, pp. 58 y ss.

¹² Resulta significativo que en el Preámbulo de la Declaración ya se hiciera referencia a que “la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos pueden verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos por los delincuentes [...] bien porque se den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes. Por estos motivos, los miembros del Comité de Basilea opinan que los supervisores bancarios deben fomentar el respeto de las reglas de deontología por parte de los bancos y de otras instituciones financieras”. Al respecto, *vid.* E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 191, notas a pie de páginas 91 y 92.

combatir el blanqueo de capitales, se adivina en la Convención de Naciones Unidas en Viena, de 20 de diciembre de 1988, “contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.¹³ Es por ello que las normas contenidas en la Convención de Viena respecto al blanqueo de capitales se refieran única y exclusivamente a los capitales procedentes del narcotráfico. La Convención supuso un auténtico hito en el que se han basado otros textos internacionales posteriores que, incluso, han llegado a adoptar sin demasiados cambios la definición de blanqueo recogida en el art. 3.1 del instrumento de Naciones Unidas.¹⁴

Sin embargo, por las consecuencias que más tarde se derivarán de él, el Convenio del Consejo de Europa, de 8 de noviembre de 1990, conocido como Convenio de Estrasburgo, supone un avance notable con respecto al Convenio de Viena; ya no sólo por establecer unas bases idóneas para la cooperación procesal internacional, sino porque en su artículo 6 compromete a las Partes a penalizar el blanqueo de capitales procedentes no sólo del narcotráfico sino de cualquier actividad delictiva, esto es, la que tuviere origen en cualquier beneficio ilícito, con independencia de cual fuere el delito previo.¹⁵

Temporalmente, esos dos primeros textos internacionales coinciden con la creación, el 9 de julio de 1989, del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁶ quien aprueba en 1990 su primer informe con sus conocidas 40 recomendaciones que, sin duda, han tenido una incidencia determinante en la legislación interna de los países miembros; a lo que conviene añadir que las recomendaciones GAFI —que no son vinculantes— o bien se han incorporado a la normativa de la comunidad internacional a través de convenios o tratados o, como en el caso europeo, mediante la formulación de Directivas que posteriormente han sido transpuestas a la legislación interna de cada país como ha sucedido en España. Ahora bien, es igualmente cierto que algunos países no adoptan todas las recomendaciones aunque sí las básicas, como son la cooperación internacional contra el blanqueo y la tipificación de ese delito. Es el caso de Suiza y del

Reino Unido.¹⁷ Recomendaciones que inicialmente tenían un objetivo inequívoco: el blanqueo de dinero proveniente del tráfico de drogas que se realizaba prioritariamente a través de entidades financieras y que, posteriormente, en sucesivas reformas o ampliaciones de las recomendaciones asumen lo acordado en el Convenio de Estrasburgo hasta ampliar su objeto, me atrevería a decir, de forma desmesurada. Así, en la reforma de 1996 se incluyen distintas tipologías de blanqueo que van surgiendo en los mercados financieros internacionales; en la de 2001 se incorporan ocho recomendaciones especiales para prevenir la financiación del terrorismo; en la de 2003 se amplía la tipología delictiva de los delitos previos para incluir “cualquier delito grave” o castigados con más de un año de prisión, de modo que el elenco delictivo se amplía de forma sustancial y ya no se circunscribe únicamente a los relacionados con el narcotráfico, además de incluir a determinados sujetos obligados a quienes se les requiere una diligencia debida en relación al cliente (abogados, notarios, agentes comerciales, etc.); y, finalmente, la ampliación de febrero de 2012 donde se complementan las recomendaciones en distintos ámbitos. Recomendaciones que, como avanzábamos, se han ido recogiendo en distintas Directivas Europeas que más tarde se transpusieron a nuestro ordenamiento jurídico, ya fuere con las correspondientes reformas del Código penal o mediante la promulgación de leyes preventivas contra el blanqueo de capitales.

Los instrumentos de la Unión Europea y su transposición al ordenamiento jurídico español

La Primera Directiva, 91/308, de 10 de Junio. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre

La Directiva 91/308 CEE, del Consejo, relativa a la “Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”,¹⁸ es un instrumento que, sin dejar de ser valorado positivamente, dado el compromiso que adquiriría la Unión Europea fue ob-

¹³ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p.116

¹⁴ E. Fabián Caparrós, *op. cit.*, p. 193.

¹⁵ Manuel Cobo del Rosal y Carlos Zabala López-Gómez, Blanqueo, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europea)*, Madrid, 2005, p. 67.

¹⁶ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

¹⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 125.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

jeto de críticas por distintos motivos: ya fuere por la extensión a otras actividades delictivas más allá de las que tuvieran origen en el narcotráfico (como la delincuencia organizada y el terrorismo), o por adoptar un amplio concepto de blanqueo de capitales en el que se incluían, en su art. 1, actividades como la “adquisición, tenencia o utilización de bienes”, a otras que eran simples actos de participación o, incluso, “las tentativas de perpetrarlas”, sin perjuicio de que en su art. 15 contemplara que los Estados estaban facultados para adoptar “disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales”; previsiones, todas ellas que, si bien inicialmente no fueron trasladadas a nuestro ordenamiento de forma mimética, han sido incorporadas posteriormente a lo largo de la copiosa regulación española sobre la materia.

En todo caso me parece interesante poner de manifiesto que las medidas que se adoptan van dirigidas a las entidades de crédito y a las entidades financieras, ya que —se dice— en el Primero de sus Considerandos: ello puede “poner en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto”. Se trata de una norma de contenido preventivo/administrativo en la que se establece una serie de obligaciones para las entidades que integran el sistema financiero, que oscilan entre la identificación de los clientes, al examen de determinadas transacciones o al deber de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, al deber de información a las autoridades responsables, la abstención de ejecución de determinadas operaciones o al deber de confidencialidad;¹⁹ además de lo anterior, en la Directiva se instaba a los Estados miembros a prohibir el blanqueo de capitales. Criterios u obligaciones que se han puntualizado y/o ampliado en Directivas posteriores pero que marcan la tendencia de la normativa posterior, ya sea europea o española, puesto que las correspondientes leyes de nuestro ordenamiento que han transpuesto las Directivas comunitarias las asumen.

Por su parte la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, como señala su Exposición de Mo-

tivos, transpone la Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, dirigiéndose no sólo a las personas que integran el sistema financiero sino también a otras actividades susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, como es el caso de los casinos de juego y las actividades inmobiliarias, con lo cual se anticipa a las posteriores recomendaciones del GAFI de 2003.²⁰ Norma que, continúa, se dirige a prevenir y dificultar el blanqueo de capitales, por lo que impone fundamentalmente —prosigue— obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras, así el Capítulo III, arts. 13 y ss., crea la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e infracciones administrativas y su servicio ejecutivo.

A este respecto, me interesa subrayar dos cuestiones. La primera de ellas es el inicial ámbito de aplicación de la Ley, dado que en su art. 1, la circunscribe a las actividades relacionadas con el narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada. Sin embargo, la Ley 19/2003, de 4 de julio, que la modifica, en su Disposición Adicional Primera la amplía al: “blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con la pena de prisión superior a tres años”. Lo cual —como veremos inmediatamente— es consecuencia de la ulterior Directiva 2001/97/CE, por la que se modifica la Directiva 91/308/CE. En todo caso, esa expansión sobre la que recae el objeto de la ley es una tendencia que se consolidará en la normativa posterior,²¹ ya que llegará a condicionar la interpretación de la actual redacción del art. 301 del Código penal.

La segunda cuestión: en el art. 1.2 se conceptualiza el blanqueo de capitales como: “la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de algunas de las actividades delictivas en el apartado anterior” (recuérdese que originariamente se circunscribía a: narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada), “o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición,

¹⁹ Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

²⁰ Al respecto, *vid.*, ampliamente, D.J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, 1996, pp. 67 y ss.

²¹ D. J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 70.

movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado”, todo ello sin perjuicio de lo previsto a tales efectos en el Código Penal.

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, es desarrollada por el RD 925/1995, de 5 de junio, mediante el que se aprueba su Reglamento y despliega lo previsto en los arts. 2, 3 y 5 de la Ley (sujetos obligados, obligaciones y régimen sancionador), por otro lado, se especifican las operaciones que de estar relacionadas con el blanqueo de capitales han de comunicarse al Servicio Ejecutivo. Texto que fue nuevamente modificado mediante el RD 54/2005, de 21 de enero, en el que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.

La Segunda Directiva, 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Diciembre, por la que se modifica la Directiva 91/308/CE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Ley 19/2003 de 4 de julio

La Segunda Directiva, como dice su Considerando Primero, tiene el propósito de actualizarse para reflejar las mejores prácticas internacionales, además de garantizar la protección del sector financiero y “de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas”.²² En este contexto se define el blanqueo de capitales de forma mucho más amplia ya que la gama de los delitos subyacentes no se circunscribe a la realización de determinadas actividades delictivas sino que se hace referencia a los bienes que proceden de una actividad delictiva (de forma genérica), entendiéndose por ello en su art. 1 E): “cualquier tipo de participación en la

comisión de un delito grave”; precepto en el que se hace mención por remisión a determinados comportamientos,²³ incluyéndose algunos de forma absolutamente indeterminada: “la corrupción”, que obviamente cuestiona los mínimos principios derivados del principio de legalidad, a lo que cabe añadir una cláusula de cierre que, en todo caso, permite que cada Estado incluya los que estime oportunos: “Los Estados miembros podrán considerar actividad delictiva a efectos de la presente Directiva cualquier otro delito”.

A este respecto, nótese que el art. 1 E) es un precepto absolutamente abierto, ya que hace referencia a que se considerarán delitos graves “como mínimo” (*vid.* nota 23), y a partir de ahí establece una serie de criterios que cierra con una cláusula abierta, indeterminada, que contraviene cualquier criterio derivado del principio de legalidad. Sin embargo, no es sólo ese el problema sino que esa cláusula habilita al legislador de cualquiera de los Estados Parte a incorporar entre ellos los ilícitos que estime oportunos. Si a ello le añadimos la tendencia expansiva a la incriminación penal de un sinfín de conductas que objetivamente no deben merecer sanción punitiva por la comisión de un delito de blanqueo de capitales, la consecuencia de lo anterior es más que preocupante dada la redacción del art. 13 CP en relación con el entonces vigente art. 33 CP: los castigados con pena superior a tres años. Previsión que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos dicho, mediante la L. 19/2003, de 4 de julio, al ampliar en su Disposición Adicional Primera el objeto de Ley al “blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con la pena de prisión superior a tres años”.

Con independencia de lo anterior, me interesa volver a destacar alguna particularidad, en cuanto a los sujetos obligados, y es que además de incluir a auditores, contables externos y asesores fiscales, la

²² I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 132.

²³ “Art. 1 E, ‘Actividad delictiva’: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave.

Se consideran delitos graves, como mínimo, los siguientes:

-cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del art. 3 de la Convención de Viena.

-las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI.

-el fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al meno en los caso graves.

-los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal del Estado miembro.

Los Estados modificarán antes del 15 de diciembre de 2004 la definición que figura en el presente guión con objeto de alinearla con la definición de delito grave de la Acción Común 98/699/JAI. El Consejo invita a la Comisión a presentar antes del 15 de diciembre de 2004 una propuesta de Directiva que modifique a este respecto la presente Directiva.

Los Estados miembros podrán considerar actividad delictiva a efectos de la presente Directiva cualquier otro delito”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

Directiva también incorpora a los notarios y a otros profesionales independientes del Derecho, cuando participen en determinadas actividades (art. 2 bis), ya sea cuando asistan en la “concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente” (art. 2 bis 5.a), o “actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria” (art. 2 bis 5.b). A este respecto, cabe añadir que los notarios ya eran sujetos colaboradores del Servicio Ejecutivo en la L. 19/1993; mientras que ahora, a tenor de la Directiva y de la Ley 19/2003 se convierten en sujetos obligados, lo cual se justifica en el caso de que participen en operaciones financieras o empresariales, incluyéndose las de asesoramiento fiscal, en las que exista riesgo de que sus servicios se empleen para blanquear el producto de actividades ilícitas (Considerando 16). Previsiones igualmente controvertidas con respecto a los Abogados, a quienes se les exime de la obligación de notificar las sospechas de blanqueo de capitales. En otras palabras, el asesoramiento jurídico sigue amparado por la obligación del secreto profesional, a excepción de que el propio abogado esté implicado en el blanqueo, de que la finalidad del asesoramiento sea el blanqueo o de que el abogado sepa que el cliente precisa el asesoramiento para el blanqueo (Considerando 17), lo cual fue objeto de veledas críticas por un sector de la doctrina al entender que ello podía afectar al derecho fundamental a la libre defensa y, desde el punto de vista del cliente, a la libre elección de abogado.²⁴

La Tercera Directiva, 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

Como se puede observar, la primera particularidad que se debe poner de relieve es el objeto de la Directiva y de la Ley de transposición española, dado que ahora se incluye también la prevención de finan-

ciación del terrorismo.²⁵ No obstante, el eje de ambos textos se articula alrededor de la prevención del blanqueo de capitales, sin perjuicio de que en el art. 2.4 de la Directiva se disponga que se entiende por financiación del terrorismo,²⁶ o que en el art. 1.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, se consideren como financiación del terrorismo determinadas actividades, en las que se describen un elenco de conductas que son más amplias que las previstas en la Directiva.²⁷ Además de lo anterior, en la Disposición Final Primera, apartado 4, de la Ley 10/2010, se crea la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.

La Directiva,²⁸ siguiendo el criterio fijado en las anteriores, vuelve a hacer mención en su Considerando 5 a la necesidad de atender a las recomendaciones del GAFI y, en este caso, a incorporar las formuladas en el año 2003: “la presente Directiva debe ajustarse a esa nueva norma internacional”. En todo caso, la nueva Directiva perfecciona algunos de los criterios fijados en las anteriores, como lo es no sólo la identificación y comprobación de la titularidad de los clientes, esto es, de su “titular real”; sino que, enfatiza en el carácter de sujetos obligados en relación con determinados profesionales, como notarios, abogados, auditores, contables externos y asesores fiscales, con la particularidad de que diferencia entre notarios y lo que denomina: *los otros miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas*, para los que excepciona la obligación de comunicación cuando defiendan o representen a sus clientes, en el contexto de una acción judicial, o cuando determinen la situación jurídica de aquéllos.

Sin embargo, en el contexto de los sujetos obligados, me preocupa extraordinariamente —extendiendo el “manto de la sospecha”— la referencia hecha en el Considerando 25 a personas que desarrollen actividades de negocio con otras que ocupen o hayan ocupado cargos públicos importantes, “máxime cuando procedan de países donde esté extendida la corrupción” (sic), lo cual da lugar a la Directiva 2006/70/ CE de

²⁴ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, p. 35.

²⁵ Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *op. cit.*, p. 109.

²⁶ “El suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”.

²⁷ “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código penal”.

²⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 134.

la Comisión, de 1 de agosto, por la que se establecen disposiciones de aplicación en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

Una de las cuestiones más singulares de la nueva Directiva es la consideración del blanqueo de capitales entendida como la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una “actividad delictiva” (art. 2.a), y con ello lo previsto en el art. 3.4 referente a qué debe entenderse por actividad delictiva, en particular lo dispuesto en el apartado f) del referido precepto, donde se hace mención a:

todos los delitos que llevan aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

Por otro lado, en el art. 5 de la Directiva se prevé que los Estados miembros podrán adoptar disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En efecto, ya no se trata únicamente de la extensión (desmedida) de la definición de qué debe entenderse por blanqueo de capitales, en el sentido de incluir conductas que en realidad nada o poco tienen que ver con el blanqueo, como la “posesión o la utilización de bienes” a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad (art. 2.c), sino de que el ámbito de las conductas ilícitas se amplía de una forma desmesurada y, a mi juicio, claramente irracional incorporándose “todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”, en otras palabras: a los delitos bagatela. Previsión que el legislador español, sin ningún criterio político criminal que fundamente esa decisión, ha incorporado a la Ley 10/2010, de 28 de abril, así como al Código

penal en su reforma mediante L.O. 5/2010. Extremos a los que nos referiremos detenidamente más adelante (infra III).

El blanqueo de capitales en el Código penal español

Al reflexionar sobre las permanentes reformas penales en materia de blanqueo, Abel Souto afirmaba, y suscribo, que la velocidad con la que se han sucedido las modificaciones en el Código penal español en materia de blanqueo de capitales es simplemente vertiginosa y más propia del Derecho administrativo que del ordenamiento penal;²⁹ a lo anterior, cabe añadir que es, precisamente, la convulsa sucesión en las recomendaciones del GAFI, en primer lugar, y las correlativas nuevas Directivas europeas, más tarde, las que aceleran la permanente reforma administrativa y penal sobre el blanqueo de capitales. Nótese, además, que en el año 2012 el GAFI volvió a formular nuevas recomendaciones que, sin duda, darán lugar a una nueva Directiva comunitaria (ya anunciada) que, a su vez, tendrá como consecuencia una nueva Ley que la transponga a nuestro ordenamiento jurídico y, como consecuencia directa de la misma, una (otra) probable modificación del Código penal que —una vez más— significará una ampliación de los tipos penales hasta límites técnicamente insostenibles y/o político criminalmente disparatados.

Aun así, no adelantemos acontecimientos pero sí permítasenos insistir en que las constantes reformas del Código penal, hasta asimilarlo a lógicas de emergencia legislativa, responde a un factor que no sé si denominarlo “presiones internacionales”,³⁰ o a la permanente necesidad de nuestro legislador —cual Penélope— de desbaratar nuevamente lo modificado recientemente para llevar más lejos las sanciones penales y administrativas de las previsiones de las Directivas; lo cual, por sí mismo, no es sólo motivo de reproche sino también de inquietud cuando la legislación preventivo administrativa y la penal van más allá del marco normativo dispuesto en la regulación comunitaria, como así se reconoce en la Exposición de Motivos de la L.10/2010, de 28 de abril, al admitirse que la Tercera Directiva es una norma de mínimos y

²⁹ M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *La Ley penal*, núm. 20, 2005, p. 1.

³⁰ Críticamente, J. L. Díez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español”, *Política criminal y Derecho penal*, Valencia, 2003, pp. 825 y ss.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

que algunas disposiciones de la nueva Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo son más rigurosas que la Directiva.

En todo caso, por lo que respecta al Código penal, la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, introduce el art. 546 bis f),³¹ donde tipifica el delito de blanqueo para los supuestos en que los capitales tuvieren su origen en el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en consonancia con la inmediatamente posterior Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988.³² Por otro lado, las conductas previstas en el nuevo tipo ya no recaen únicamente sobre los efectos sino sobre las ganancias, por lo que no sólo se piensa en el dinero derivado del narcotráfico pues también lo hace sobre las ganancias obtenidas.³³ En este punto quisiera llamar la atención de un dato que no puede pasar desapercibido en relación con las previsiones de la Convención de Viena de 1988 y es que, a diferencia de lo que ha ocurrido con posterioridad en la que el legislador español va más allá de lo dispuesto en las Directivas Comunitarias, en la Convención se preveía la incriminación autónoma de conductas antecedentes de receptación, formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios, lo cual no se incorporó miméticamente de forma acrítica a nuestro Código penal, al contrario, ya que sorprendentemente se entendió como una propuesta inaceptable de los organismos internacionales.³⁴

La segunda modificación no se deja esperar: en consonancia con la Primera Directiva, y en particular con el art. 6.3. a) del Convenio de Estrasburgo, la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, incorpora los arts. 344 bis h) e i) incrimina la modalidad imprudente del blan-

queo, a lo que le faculta el art. 15 de la Directiva,³⁵ lo cual fue motivo de severas críticas por parte de la doctrina,³⁶ ya no sólo porque el precepto se redacta de una forma particularmente desafortunada, a lo que cabe añadir el “galimatías jurídico” que suponía la incorporación al Código penal del art. 344 h) en el que se incorporaban tres variantes típicas sino porque no se derogó el art. 546 bis f), lo cual abonaba sobremanera la ceremonia de la confusión interpretativa.³⁷ No obstante, en sentido contrario, la reforma fue igualmente criticada por otro sector doctrinal dado que —se decía— no tenía sentido limitar el blanqueo de bienes a los que tuvieran su origen en el narcotráfico dejando con ello extramuros del tipo los bienes que tuvieran su origen en otro tipo de criminalidad.³⁸

La siguiente modificación tiene lugar con la entrada en vigor del Código penal de 1995, L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, donde bajo la rúbrica “De la receptación y conductas afines”, Capítulo XIV, Título XIII, L. II, se incorpora expresamente el delito de blanqueo de capitales en los arts. 301 a 304.³⁹ Las consideraciones que se derivan de la nueva tipificación, de la configuración del delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo, a pesar de que se incluya bajo una rúbrica que menciona las “conductas afines”, son de lo más diverso, controvertido, polémico y/o discutible; sin embargo, con carácter previo, quisiera poner de relieve una particularidad referida al objeto del delito de blanqueo y es que, como no puede ser de otra forma dado el criterio del legislador español con respecto a las Directivas comunitarias, éste se amplía a los delitos graves, con independencia de cuál sea su origen, esto es, ya procedan del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita. Inclusión que, a la vez, como hemos puesto de relieve en el párrafo an-

³¹ J. Del Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, *Revista Penal*, núm. 28, 2011, p. 10.

³² J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, en *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, p. 206.

³³ Igualmente, *vid.*, J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 833 y ss.

³⁴ D.J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 44. Igualmente, entre otros, *vid.* M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales”.

³⁶ Por todos, *vid.* M. Abel Souto, *op. cit.*, p. 4, nota a pie de pág. 70; E. Fabián Caparrós, *op. cit.*, pp. 336-339. D.J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 59.

³⁷ Al respecto, *vid.* J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 853 y ss. donde analiza detenidamente la reforma del Código penal de 1992 en esa materia.

³⁸ J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 11, en especial nota a pie de pág. 31.

³⁹ J. Terradillos Basoco, *op. cit.*, p. 226.

terior defendía un sector de la doctrina española,⁴⁰ ya que, afirmaban, existía otro tipo de delincuencia que podía producir igual o mayores beneficios que los que tuvieran su origen en el narcotráfico.⁴¹

Siguiendo con la cronología de reformas, la cuarta modificación del delito de blanqueo de capitales tiene lugar mediante la L.O. 15/2003, de 25 de junio,⁴² ésta incorpora importantes cambios en cuanto al comiso y prevé una pena facultativa de inhabilitación especial parara el ejercicio de la profesión o industria de uno a tres años, además de la posibilidad de acordar la medida de clausura temporal del establecimiento o local hasta cinco años.

No obstante, una de la mayores “aportaciones en negativo” de la reforma de 2003 en relación con el comiso, es la posibilidad de enajenar sin sentencia firme las ganancias derivadas del tráfico de drogas que sean objeto de blanqueo. Previsión que un sector de la doctrina entendía como manifiestamente inconstitucional.⁴³ Sin embargo, más allá de lo acabado de referir, me inquieta una circunstancia que supone la ampliación del elenco de las conductas típicas en cuanto, ahora, el legislador va mucho más lejos al incriminar la conducta a quien “adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que tienen su origen en cualquier delito”. En otras palabras, se incluye cualquier clase de actividad delictiva; dicho de otra manera, mientras que el Código de 1995 castigaba las actividades que tuvieran su origen en un delito grave: con pena superior a tres años, ahora el Código contempla el blanqueo de hechos sancionados con tres meses de prisión,⁴⁴ lo cual no sólo supone una expansión desmesurada del objeto del delito que llega a alcanzar a los delitos bagatela, sino que quebranta abiertamente el principio de intervención mínima y vulnera la consideración del Derecho penal como última ratio.⁴⁵

Sin embargo, la sucesiones de reformas legislativas en relación al blanqueo de capitales no acaban en

el 2003, sino que el Código vuelve a ser reformado en esta materia, ahora mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio. Texto vigente en la actualidad y en el que pueden particularizarse las siguientes modificaciones:

- a. Se sustituye la rúbrica del Capítulo que pasa a denominarse: De la receptación y el blanqueo de capitales” en lugar de la anterior: “De la receptación y otras conductas afines”.
- b. En cuanto a la redacción del artículo 301.1, el precepto continúa estructurado como un tipo mixto alternativo aunque, ahora, junto al sujeto que “adquiera, convierta o transmita bienes” se añaden también las conductas de quien “posea” y “utilice”.
- c. Se amplía el origen ilícito de los bienes, ya que mientras que la redacción hasta ahora vigente se refería a los que tuvieran origen en “un delito”, la nueva redacción lo amplía genéricamente a “una actividad delictiva”.
- d. Igualmente, incrimina expresamente el denominado autoblanqueo, ya que se refiere a la actividad delictiva, “cometida por él o por cualquier tercera persona”.
- e. El último párrafo del artículo 301.1, amplía los delitos a los que preceptivamente se impone la pena en su mitad superior, ya que la redacción anterior se refería a los “bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de los descritos en los artículos 368 a 372 de éste Código”, mientras que ahora se refiere, además, a los bienes que tengan su origen en “alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”.

⁴⁰ E. Ruiz Vadillo, “El Blanqueo de capitales en el Ordenamiento jurídico español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, pp. 645 y ss.

⁴¹ Así, E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, op. cit., p. 385. En contra, D. J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, op. cit., pp. 46 y ss., quien se mostraba partidario de un sistema restringido de “numerus clausus” o, en su caso, concretarlos a un catálogo de delitos determinados, como podían ser los de narcotráfico, delincuencia organizada o terrorismo, tal y como se preveían en la L. 19/1993, de 28 de diciembre.

⁴² Vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, op. cit., p. 225.

⁴³ C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 2010, p. 531.

⁴⁴ M. García Arán, en Córdoba Roda, García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, p. 1155. Vid., igualmente, J. Del Carpio Delgado, op. cit., p. 14, donde pone de relieve un interesante ejemplo de incoherencia legislativa como consecuencia de la reforma en relación con los delitos urbanísticos y el delito previo.

⁴⁵ M. Abel Souto, op. cit., p. 8.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

f. Finalmente, en cuanto al 302.2, el precepto se sustituye por otro de nuevo cuño. En el texto hasta ahora vigente se podían acordar (con carácter facultativo) la adopción de distintas medidas, mientras que la nueva redacción dispone con carácter preceptivo las penas a imponer a las personas jurídicas que resulten responsables del delito.⁴⁶

Además de lo anterior, no puedo dejar de mencionar la entrada en vigor de la aludida Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que, como ya hemos dicho, tiene un objeto distinto al del injusto típico del delito,⁴⁷ aunque ello no es óbice para que vuelva a reproducirse una vez más la indeseada superposición entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, con la particularidad añadida de que la Ley (cuya entrada en vigor se produce al día siguiente de su publicación, aunque la reforma del *CP* lo hizo el día 24 de diciembre de 2010), considera blanqueo de capitales la actividad de autoblanqueo: “Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes” (art. 1.2.d), previsión que ya se contempla indirectamente en unos párrafos precedentes (art. 1.2. a), por lo que hasta la entrada en vigor de la última reforma se daba la paradoja de que el autoblanqueo era una infracción administrativa, aunque no se trataba de un ilícito penal. Cosa distinta, sin embargo, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo interpretara ya en esos mismos términos.⁴⁸

III. Análisis crítico de algunos aspectos de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

Introducción

Como es sabido, la L. 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación

del terrorismo, transpone las Directivas comunitarias en la materia para adaptar la legislación española a la normativa europea.⁴⁹ La referida Ley transpone la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, al igual que la Directiva 2006/70/CE, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE en lo relativo a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

Ley, como las anteriores que trasponen las Directivas europeas, con un contenido material administrativo, en cuanto a la intervención del Estado en determinados ámbitos económicos que, como señala su Exposición de Motivos, prevé algunas disposiciones más rigurosas que la propia Directiva, ya que como se afirma en el art. 5: se trata de una norma de mínimos. La apuesta del legislador español por la rigurosidad preventivo administrativa del blanqueo está fuera de cualquier duda, al menos teóricamente. Otra cosa es que decisiones posteriores como el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (en particular su Disposición Final Primera donde se trata específicamente la declaración tributaria especial: la amnistía fiscal), pongan en tela de juicio una normativa controvertida y excesivamente reglamentista en algunos ámbitos. O dicho de otra manera: a pesar de que la transposición normativa de la Directiva es más contundente que la propia disposición europea, el Gobierno ultimó un mecanismo que abrió la puerta no sólo a la amnistía fiscal sino, como veremos en su momento, a un blanqueo de capitales encubierto.

Ahora bien, si a ese rigorismo preventivo-administrativo con un alcance ilimitado —dado que tiene por objeto los bienes que tengan su origen en una (cualquiera) actividad delictiva—, que incorpora mo-

⁴⁶ Sobre esta última cuestión, *vid.* I. Bloan Cordero, *op. cit.*, pp. 846 y ss.

⁴⁷ T. Ruano Mochales, “Apuntes sobre el proyecto de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo”, *Diario La ley*, núm. 7352, 1 de marzo 2010, p. 12.

⁴⁸ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 121 y ss., donde analizan la jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

⁴⁹ *Vid.*, ampliamente, J. A. Aliaga Méndez, *Normativa comentada de prevención de blanqueo de capitales*, Madrid, 2010, pp. 3 y ss.

dalidades de comportamiento ilícito como la “adquisición”, la “posesión” o la “utilización”, además de la “participación” en cualquier actividad o el “aconsejar” a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución, le añadimos la última reforma del Código penal mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio, no se puede concluir otra cosa que el legislador adopta una opción política criminal indiscutiblemente extensiva hasta el punto de desnaturalizar el delito dado que en él se pueden incluir una multitud de conductas subsumibles en el tipo de blanqueo de capitales: todo puede ser blanqueo.⁵⁰

La nueva tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código penal y las modalidades ilícitas previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

Con anterioridad me he referido a la nueva tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, destacando las diferencias en relación con la previsión anterior. Modificaciones que me parecen francamente discutibles ya que en algún caso propician aún más las dudas que se infieren de este delito. Una muestra de ello es que en la Disposición Final Sexta de la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP,⁵¹ donde se detallan las normas de la Unión Europea que se incorporan al Derecho español no se hace mención a la incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de ningún texto normativo referido al blanqueo de capitales.⁵² Sin embargo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sí incorpora en su también Disposición Final Sexta la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006. Ahora bien, lo anterior no es óbice para preguntarse si la incorporación de la mencionada Directiva hacía necesaria la reforma del delito de blanqueo de capitales. Modifi-

cación que tampoco estaba prevista en los anteriores proyectos de reforma del texto punitivo; luego, ¿qué es lo que propició la modificación del Código penal?

En todo caso, discutible o no, parece que el motivo no fue otro que armonizar los comportamientos ilícitos de la Ley 10/2010 con las previsiones del Código penal.⁵³ Otra cosa es cómo solventar el frecuente problema de la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo ante el solapamiento de los comportamientos típicos; y que, en efecto, la coherencia normativa que pretendidamente se quería establecer se lograra.

Es cierto que la necesidad de armonización legislativa puede compartirse, pero el resultado obtenido no ha sido el deseado ya que las modalidades de blanqueo previstas en el Código penal y en la Ley de prevención del blanqueo no coinciden. Así, en el art. 1.2.c) de la Ley 10/2010, se consideran blanqueo de capitales, entre otras, las actividades de: “adquisición”, “posesión” o “utilización” de bienes, a sabiendas de su procedencia delictiva; en otras palabras, en el citado párrafo no se requiere ninguna finalidad, por lo que es suficiente que se conozca la procedencia delictiva de los mismos. Igualmente, en el art. 1.2.a) se considera blanqueo la “conversión” o la “transferencia” de bienes a sabiendas de su origen delictivo, pero únicamente tiene relevancia cuando tiene el propósito de “ocultar o encubrir” el origen ilícito de los bienes. En suma, una de las modalidades previstas en la Ley 10/2010 precisa de un elemento subjetivo adicional (“ocultar o encubrir”), mientras que de la otra deviene ilícita por la mera conducta de adquirir, poseer o utilizar bienes a sabiendas de su origen ilícito.

Por lo que respecta al Código penal, las modalidades de la acción en la descripción típica del delito de blanqueo de capitales posibilitan, a su vez, dos interpretaciones distintas. La primera de ellas entiende que sólo existe una conducta típica. Así, la adquisición, conversión o transmisión (tras la L.O. 5/2010 se incorpora la posesión y la utilización) se entiende que son comportamientos simplemente ejemplificativos, de modo que la conducta típica consiste en la realización de cualquier acto sobre los bienes procedentes de un delito previo, siempre que estos se dirijan a ocultar

⁵⁰ Vid. J. Dopico Gómez-Aller, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo”, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/>

⁵¹ D. P. Arias Holguín, *op. cit.*, p. 244.

⁵² A. Manjón-Cabeza, “Receptación y blanqueo de capitales”, en F. J. Álvarez García, J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 340.

⁵³ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 239.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

o encubrir su origen ilícito o ayudar a quien haya intervenido en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos.⁵⁴ Una opción interpretativa distinta, que suscribo, es la que entiende que la descripción típica del precepto está compuesta por dos modalidades de comportamientos ilícitos distintos. Una que se refiere a la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que tiene su origen en una actividad delictiva previa, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto activo y alternativamente a lo anterior, se incluye una cláusula abierta en la que tiene cabida cualquier otro acto para ocultar, encubrir o el auxilio.⁵⁵

Como se puede observar, se trata de circunstancias que todavía generan más dudas acerca de qué debe entenderse por blanqueo de capitales; es decir, si el propósito del legislador fue el de incorporar al Código penal las modalidades de la acción que se introducían en la Directiva Europea y en la Ley 10/2010, a pesar de que no estaba expresamente obligado a ello, parece que lejos de armonizar las previsiones normativas se ahondaron los problemas interpretativos.⁵⁶

Las dudas sobre el autoblanqueo en sede penal y en sede administrativa: el interrogante no resuelto normativamente

Una de las cuestiones polémicas que en los últimos tiempos han acompañado el delito de blanqueo de capitales son las relacionadas con el autoblanqueo. En efecto, el nudo gordiano ha residido en determinar si pueden ser también autores del delito de blanqueo quienes hayan intervenido como autores o como cómplices del delito previo cuyos bienes se blanquean.⁵⁷ En otras palabras, se trata de dilucidar si el denomi-

nado autoblanqueo es o no punible. Comentaba con anterioridad que se trata de una de las modificaciones más significativas introducidas en la nueva redacción del art. 301.1, ya que en ese párrafo se hace referencia a quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, “cometida por él o por terceras personas”. A lo que cabe añadir que el segundo párrafo del art. 1.2.d) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, establece de modo inequívoco que: “existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”. Parece que, a tenor de la nueva redacción del art. 301.1 del CP, así como de su previsión en la Ley 10/2010, de 28 de abril, se disipan las dudas acerca de la punición del autoblanqueo. Ahora bien, permítaseme matizar lo anterior ya que la tipificación penal del autoblanqueo no se infiere de su sanción en la Ley 10/2010, de 28 de abril, sino de su incriminación expresa en la nueva redacción del art. 301, lo cual no impide que siga siendo objeto de críticas por las dudas que suscita en relación a la vulneración del *non bis in idem*.⁵⁸

Es cierto que, previamente a ello, un autorizado sector doctrinal ponía en tela de juicio la punición del autoblanqueo al considerar que se trataba de un delito contra la administración de justicia y, por lo tanto, era un supuesto de autoencubrimiento impune⁵⁹ o, desde otro punto de vista, se entendía que se trataba de un acto copenado posterior que ya estaba incluido en el desvalor del delito precedente.⁶⁰ Controversia aparentemente ahora resuelta.⁶¹

Sin embargo, otro importante sector⁶² era del parecer que, puesto que el tipo no exigía —a diferencia

⁵⁴ Al respecto, J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 167; E. Fabián Caparrós, *El delito...*, p. 173.

⁵⁵ Por todos, M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, 2005, pp. 91 y ss. Comparte la misma opinión, entre otros, C. Martínez Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, 3ª ed., Valencia, 2011, pp. 489-490; C. Vidales Rodríguez, “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? Estudio del art. 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012, pp. 12 y ss.

⁵⁶ J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 17

⁵⁷ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁸ D. J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, pp. 104 y ss; A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, pp. 343-344.

⁵⁹ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 97 y ss; C. Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 199*, Valencia, 1997, pp. 95 y ss.

⁶⁰ J. M. Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pp. 390 y ss; del mismo autor, *Los actos copenados*, Madrid, 2004, pp. 48 y ss.

⁶¹ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 303.

⁶² Entre otros, J. Córdoba Roda, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid, 2006, pp. 10 y ss. J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, pp. 225 y ss; E. Fabián Caparrós, p. 534, M. García Arán, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, *op. cit.*, p. 1154.

del delito de receptación y de encubrimiento— que el sujeto no hubiera intervenido ni como autor ni como cómplice, y de que se trataba de un delito autónomo, no existía inconveniente para la doble incriminación y, por lo tanto, era perfectamente viable atender a un concurso real de delitos. Por su parte, el TS mantenía una línea interpretativa contradictoria ya que en algún caso lo negaba (STS 115/2007, de 22 de enero): para que alguien pueda ser reputado autor o partícipe del delito previsto en el art. 301.1 CP 1995 —art. 546 bis f) CP 1973 — en relación con ciertos bienes, es necesario que, siendo ajeno a la acción de precedencia calificada de ilegal, opere con aquellos de alguna de las maneras descritas en el art. 301 CP 1995, pues otra cosa implicaría la vulneración del principio non bis in idem, que ha de entenderse comprendido en el art. 25.1 CE, íntimamente ligado al de legalidad penal...”; mientras que en otras sostenía la hipótesis de la doble incriminación y, por lo tanto, abundaba en la existencia de un concurso real de delitos (STS 1597/2005, de 21 de diciembre: “si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados”).

Criterio que fue también el acordado por el TS en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, donde se concluye que: “El artículo 301 del Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda, se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados”. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional que suscita de inicio alguna reflexión. Así, nótese que lo acordado es la no exclusión del concurso real con el delito antecedente, pero no se hace ninguna otra mención, esto es, en qué supuestos cabe el concurso real y en cuáles no o, dicho de otra forma, el hecho de que no se excluya en todo caso el concurso real con el delito antecedente supone que sería posible que en otras hipótesis distintas en

las que éste cabría (aunque no se dice cuáles) no sería posible. No es eso todo ya que se acuerda también una composición especial de la Sala con un mínimo de cinco Magistrados en lugar de los tres que la conformaban hasta entonces para enjuiciar esos delitos, de lo cual se desprende —sin demasiado esfuerzo— que se pretende reforzar la composición de la Sala para tratar de evitar resoluciones con determinadas mayorías. Llama la atención, además de lo anterior, que en esa misma fecha, 18 de julio de 2006, se adoptara otro Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional en el que sorprendentemente se acordaba que: “Los Acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes”.⁶³

En todo caso, y a pesar de las dudas que se desprenden de todo lo anterior, la polémica ha sido resuelta por el Legislador —aunque no por ello deje de suscitar desacuerdos— al adoptar una inequívoca decisión de política criminal que, como veremos en su momento, no está exenta de otros problemas derivados de la interpretación de la fórmula “actividad delictiva” que precede al origen de los bienes.⁶⁴

Objeto material: el bien o activo. El art. 1.2 d) de la Ley 10/2010

Tradicionalmente se ha interpretado el objeto material, los “bienes”, en un sentido amplio, esto es, desde la misma perspectiva en la que se han entendido los “bienes” susceptibles del alzamiento de bienes: muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas, derechos o valores y, también, los créditos.⁶⁵ Opción que en términos, incluso, más amplios es la adoptada por la Directiva 2005/60, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, en cuyo artículo 3.3 se concluye que se trata de: “todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos”. Y que, por otro lado, la Ley 10/2010, de 28 de abril, reproduce literalmente con el añadido de que incluye en la caracterización anterior: “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. Cuestión

⁶³ A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁴ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁶⁵ Entre otros, M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien Jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, 2005, p. 185; J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 93; E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 301; C. Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa*, 3ª ed. Valencia, 2011, pp. 483 y ss.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

que ha sido objeto de un vivo debate en la doctrina⁶⁶ y sobre lo que algún autor se mostraba abiertamente contrario, a lo que añadía la duda de si la colaboración que se presta a quien no pagó sus impuestos para que se realicen determinadas inversiones o negocios sería calificable como ayuda a la ocultación o encubrimiento del delito previo y, por lo tanto, se cuestionaba si era susceptible de ser inculcado por un delito de blanqueo. En todo caso, el hecho de que se haya incorporado a la Ley 10/2010, de 28 de abril, el párrafo alusivo a la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública como idóneo para integrar la correspondiente infracción administrativa de la citada disposición, no supone que ese mismo criterio sea reproducible de forma automática en sede penal, ya que podría significar una infracción del principio de reserva de ley orgánica ya que es inviable que una ley ordinaria amplíe o modifique el comportamiento penalmente típico.⁶⁷

Bienes que, en todo caso, han de ser susceptibles de valoración económica y, por lo tanto, idóneos para ser incorporados al tráfico mercantil o económico así como al patrimonio.⁶⁸ En directa relación con lo anterior, los bienes *extra commercium*, por ejemplo: las drogas, no pueden integrar el comportamiento típico del delito de blanqueo de capitales (aunque sí sus transformaciones) dado que no lesionan la licitud de los bienes en el tráfico mercantil.⁶⁹

Por otro lado, téngase en cuenta que el párrafo tercero del art. 1.2.d) la Ley 10/2010 proporciona una definición auténtica de lo que debe entenderse por bienes procedentes de una actividad delictiva.⁷⁰ Así, en el precepto se hace una referencia expresa a las diversas formas que presentan los bienes con origen delictivo distintos del efectivo. En todo caso, parece

que el alcance que ha de darse a la expresión “activo” es en sentido económico o contable, de carácter real y actual, integrando con ello todo tipo de derecho de naturaleza económica producido por el delito.⁷¹

La fórmula “actividad delictiva” en el Código penal y en la Ley 10/2010

Se trata de otra de las modificaciones de enorme calado introducidas en el tipo de blanqueo que, a nuestro entender, puede interpretarse como una muestra del afán punitivista de un legislador que, quizá, no es consciente de los efectos o de las consecuencias que pueden derivarse de una opción técnico-legislativa desacertada. En todo caso, conviene recordar que la fórmula adoptada tiene su origen en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008. En él se proponía que debía “aprovecharse la reforma para sustituir la referencia ‘delito’ como antecedente del blanqueo por la de ‘actividad delictiva’, dado que se corresponde mejor” —añadía— con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo dispuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁷²

Sin necesidad de realizar una detallada evolución legislativa del delito de blanqueo,⁷³ se debe tener en cuenta que el ilícito se introdujo originariamente en el CP mediante una reforma de 1988, para vincularlo exclusivamente al blanqueo de dinero procedente del narcotráfico.⁷⁴ En el CP de 1995, por el contrario, se amplía el elenco del origen de los bienes para relacionarlos con los procedentes de un *delito grave*, que podía concretarse a la luz de lo previsto en de los arts. 13 y 33 del CP, en delitos que tuvieran aparejada una

⁶⁶ Entre otros, B. Del Rosal Blasco, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, *Diario La Ley*, Semana 24, 11 al 17 de febrero de 2013, pp. 13 y ss.; A. Manjón-Cabeza, “Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 37, 2012, pp. 30 y ss.; G. Quintero Olivares, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 698, 2006, pp. 1 y ss.

⁶⁷ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁸ C. Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 484-485.

⁶⁹ J. Del Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁰ “A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.”

⁷¹ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 18.

⁷² J. Del Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 15. Igualmente, M. Abel Souto, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, p. 5.

⁷³ *Supra* II.2.

⁷⁴ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 275.

pena privativa de libertad superior a los tres años. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el tenor del delito de blanqueo y el delito previo es ahora, simplemente, un *delito*, texto hasta ahora vigente. Por lo tanto, con ello se amplían los hechos a supuestos en los que el objeto del delito previo pueden ser ilícitos a los que les corresponde una pena privativa de libertad a partir de los tres meses (arts. 30.1, en relación con el 13.2 y 33.2.a) del CP, lo cual ya supone una desmesurada ampliación del delito previo al blanqueo dado que, en ese caso, su objeto se perfila a partir de los ilícitos bagatela de índole patrimonial.⁷⁵

Sin embargo, como hemos dicho, el origen de los bienes se configura por aquéllos que tiene su origen en una “actividad delictiva”. ¿Cuál es el alcance de tal expresión? Como muy bien señala Manjón-Cabeza,⁷⁶ si de ello se infiere que “actividad delictiva” es cualquier tipo de infracción penal y por ello entendemos no sólo los delitos sino, también, las faltas, la conclusión de ello es incomprensible y contraria a cualquier lógica jurídica, ya que se castigaría con una sanción testimonial al autor material de una falta, mientras que el sujeto que lleve a cabo cualquiera de los comportamientos típicos, ya fuere el de “adquirir” o el de “utilizar”, sería castigado con una pena de prisión (de seis meses a seis años) que sería muy superior a la correspondiente al autor de la actividad delictiva previa. Interpretación que es perfectamente plausible pero que, necesariamente, ha de ser corregida para entender la afección *actividad delictiva* desde un criterio restrictivo.⁷⁷ En este mismo sentido, y ya tratando de fundamentar una interpretación restrictiva del término “delito”, recogida en el anterior art. 301, un sector doctrinal entendía que el vocablo “delito” no se interpretara como un hecho típico y antijurídico que fundamentara el proceso por blanqueo, sino que requiere la existencia de una sentencia penal firme por un delito distinto que acredite que los bienes blanqueados tienen su origen en ese delito.⁷⁸

En todo caso, tratando de encontrar una coherencia a la reforma, es posible que el Legislador haya asumi-

do la reciente opción interpretativa del Tribunal Supremo en el sentido de que: “la ausencia del requisito de previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, es rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal” (TS 449/2006, 17-4). Conclusiones que se han construido en base a la inferencia de una serie de indicios materiales para, en ese caso, presumir la existencia de un delito previo, lo cual puede generar serias dudas en cuanto a la vulneración del principio acusatorio y la inversión de la carga de la prueba ya que, a juicio del TS: “corresponde al acusado acreditar la procedencia legal de grandes cantidades de dinero usadas en el blanqueo” (TS 1504/2003, 25-2). Ahora bien, éste no ha sido el criterio unánimemente mantenido por la Jurisprudencia del TS, ya que en pronunciamientos anteriores manifestaba que: “el origen de tales bienes no tiene por qué tratarse de una concreta operación constitutiva de un delito de los previstos en los citados arts. 368 a 372, pues de ser así, ya se produciría una condena concreta por ellos, lo que no exige el precepto. Así lo expone la jurisprudencia de esta Sala. Dice la STS 266/2005, de 1 de marzo, siguiendo a la STS 575/2003 de 14-4, que pudiera pensarse, desde una óptica interpretativa estrictamente formalista, que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de la existencia de delito, no puede aplicarse el art. 301 CP”.

No obstante, como decimos, parece haberse impuesto una interpretación Jurisprudencial distinta con origen en la STS 1704/2001, de 29-9, donde se incide en que ni en el delito de blanqueo ni en la receptación “se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan [...] puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”.⁷⁹

La interpretación dispensada por el Tribunal Supremo tiene unos efectos francamente perturbadores

⁷⁵ M. Abel Souto, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, op. cit., pp. 225, 231; del mismo autor, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., p. 3.

⁷⁶ A. Manjón-Cabeza, “Receptación y blanqueo de capitales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 340.

⁷⁷ J. Del Carpio Delgado, op. cit., “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, pp. 14-15. Igualmente, vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, op. cit., pp. 225, 231; del mismo, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., p. 4.

⁷⁸ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, op. cit., pp. 82 y ss.; J. Córdoba Roda, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, op. cit., pp. 64 y ss.

⁷⁹ J. Del Carpio Delgado, op. cit., p. 15, nota a pie página núm 53.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

ya que posibilita una expansión del ámbito típico del blanqueo que va mucho más allá de lo previsto en los documentos internacionales, como es el caso de la definición recogida en el art. 3 de la Decisión Marco del Consejo de 26 de junio de 2001, donde al referirse a “actividad delictiva” la vincula a todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.⁸⁰

Además de lo anterior, seguidamente voy a exponer una serie de argumentos que permiten interpretar la fórmula “actividad delictiva” desde un punto de vista restrictivo para que desde el principio de unidad del ordenamiento jurídico nos permita concretar el ámbito material sobre el que recae el blanqueo de capitales, ya sea en sede penal o en sede administrativa. En este sentido, J. A. Aliaga Méndez señala que no sería fácil mantener una situación en el que la norma penal que define el blanqueo fuera más amplia que la administrativa, algo que parece incompatible con el principio de intervención mínima del Derecho penal.⁸¹

En primer lugar, en clave de bien jurídico es sabido que en el delito de blanqueo de capitales podríamos diferenciar dos grandes sectores en la doctrina. Uno que cuestiona con distintos argumentos su existencia como comportamiento ilícito. Así, desde los que discuten su existencia al entender que se trata de un comportamiento que carece de bien jurídico; o, en un sentido similar, quienes sostienen que se trata de una actividad penalmente irrelevante que, incluso, debería ser promocionada por el Estado, o, los que consideran que con su tipificación se produce una injerencia en negocios socialmente adecuados. A pesar de lo anterior, la mayoría de la doctrina es partidaria de su incriminación aunque, a la vez, las opiniones en cuanto a la determinación del bien jurídico son de lo más diverso. Así, hay quien sostiene que el bien jurídico objeto de protección es la Administración de Justicia en sentido estricto, otros que entienden que se trata del mismo bien jurídico lesionado con el delito previo, pasando por los que postulan que el objeto de

protección es el orden socioeconómico. No obstante, progresivamente se va consolidando el criterio de que nos encontramos ante un delito de carácter pluriofensivo,⁸² donde además de su indudable naturaleza socioeconómica, que puede concretarse en la idea de “la licitud de los bienes que circulan en el mercado, que debe ser protegida frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva”, se ha de tomar en consideración la Administración de Justicia, ya sea en su función preventiva o en su faceta de averiguación, persecución y castigo del delito.⁸³

Luego, ¿cómo cabe interpretar la fórmula “actividad delictiva”? A mi juicio, debe hacerse en estricta clave de afección material al bien jurídico protegido en estos ilícitos. Esto es, el punto de partida pasa por asumir en el blanqueo de capitales la existencia de un bien jurídico de carácter pluriofensivo que se encuentra en directa relación con la licitud de los bienes que circulan en el mercado (que debe protegerse frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva), lo cual, de forma simultánea, supone atribuir a la Administración de Justicia un carácter clave, ya sea en su función preventiva o en la de averiguación, persecución y castigo del delito. En suma, si la “actividad delictiva” no implica, ya sea por tratarse de una actividad de mínima trascendencia o de carácter irrelevante, una afección a la vertiente socioeconómica protegida en el delito de blanqueo de capitales se trataría de un comportamiento que no sería subsumible en el tipo. Propuesta que, obviamente, tiene como consecuencia una interpretación de la referida fórmula en sentido estricto para evitar con ello una indeseable y desmesurada ampliación de los bienes objeto de procedencia ilícita.

Por otro lado, la necesaria interpretación restrictiva de “actividad delictiva”, resulta materialmente avalada por la propia Ley 10/2010, de 28 de abril, ya que en el art. 1, cuando establece el objeto, definición y su ámbito de aplicación, es cierto que se refiere en todo momento a “actividad delictiva”, —arts. 2 a), 2 b), 2.c) y 2.d.)—, pero también lo es que el tercer párrafo

⁸⁰ A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 341. *Vid.*, igualmente, I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 281 y ss.; G. Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 9.

⁸¹ J. A. Aliaga Méndez, *Normativa comentada de prevención de blanqueo de capitales*, *op. cit.*, p. 13. *Vid.*, asimismo, nota a pie de página núm. 14 donde el citado autor pone de relieve que el art. 1 de la Ley 19/1993 limitaba el concepto de blanqueo al producido por delitos castigados con pena de prisión superior a tres años, mientras que en el ámbito penal el Código lo extendía a todo delito.

⁸² Entre otros D. J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, *op. cit.*, p. 29. *Vid.*, detalladamente, C. Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa*, pp. 476 y ss.

⁸³ En relación con las distintas posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. *Vid.*, por todos, I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

del art. 2.d) establece una interpretación auténtica de actividad delictiva y la vincula específicamente con el delito. Así: “A los efectos de esta ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito”. En definitiva, a pesar de que la Ley utiliza la fórmula *actividad delictiva*, el propio texto reconduce esa interpretación para concluir que la actividad subyacente sea un delito y no una falta, para lo cual resulta absolutamente clarificador el párrafo aludido, ya que “equipara bienes procedentes de una actividad delictiva a bienes procedentes de un delito”.⁸⁴

Comportamiento típico

Al referirse al comportamiento típico previsto en el delito de blanqueo, Quintero Olivares advierte que hay un exceso de palabras que dan lugar a reiteraciones y superposiciones, a lo que añade que en él se recogen un “magma de acciones supuestamente diferentes”.⁸⁵ En efecto, se trata de un precepto que ha sido ampliamente criticado dada la superposición de comportamientos típicos, así como por su carácter abierto, de lo que se desprenden unos riesgos indiscutibles en relación con el principio de taxatividad penal; defectos que son extensivos al art. 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, donde se dispone el objeto, definiciones y su ámbito de aplicación.⁸⁶

En todo caso, se pueden concretar las siguientes conductas:

- a) El adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes. Como dijimos en su momento, el “poseer” y el “utilizar” son modalidades del comportamiento incorporadas a la nueva redacción del precepto tras la LO 5/2010, de 22 de junio, que todavía contribuyen aún más a ahondar en los problemas interpretativos. En efecto, se trata de fórmulas que estaban previstas en el art. 344 bis i) del Código penal de 1973 que

no se incorporaron al Código Penal de 1995; modalidades de comportamiento que fueron objeto de duras críticas por parte del CGPJ al Anteproyecto de CP de 2008, al entender que quien posee o utilice los bienes conociendo su origen delictivo no son “conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, siquiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en el caso de la adquisición”. Argumento al que cabe añadir que quien posee o utilice bienes producto de un delito en el que no ha participado, aunque conozca su origen delictivo, ni los encubre ni los oculta; es, en suma, una situación similar a la de la receptación civil (art. 122 CP), de la que únicamente se diferencia porque en ella se desconoce el origen delictivo y para la que el Código penal no prevé ninguna sanción penal, sino que le obliga a la restitución o resarcimiento.⁸⁷

El origen de incluir la “posesión” y la “utilización” no cabe ubicarlas exclusivamente en el texto del Anteproyecto de 2008 sobre el que se pronunció el CGPJ, sino que se remite a la Convención de Viena de 1988, donde en su art. 3.c preveía expresamente la punibilidad de esas modalidades.⁸⁸ Decisión político criminal muy controvertida dado que, con independencia de las acertadas críticas del CGPJ, una interpretación estrictamente gramatical de los términos implicaría la punición de lo que simplemente serían actos neutros de simple consumo. Comportamiento hasta ahora no sancionable dado que se entendía de forma pacífica que los actos de disfrute, y más cuando son de un tercero que no tiene conocimiento del origen ilícito de los bienes eran atípicos. Interpretación, por otro lado, avalada por el propio TS, quien en su Sentencia de 1 de octubre de 2007, llega más lejos dado que rechaza que sean punibles los actos de “disfrute” de los bie-

⁸⁴ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁵ G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 4ª ed., 2005, pp. 1516-1517.

⁸⁶ D. P. Arias Holguín, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁷ G. Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 3 y ss.

⁸⁸ Art. 3.c: “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o tales delitos”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

nes, para acabar concluyendo que no responde por recepción la esposa que conoce el origen ilícito de los bienes que su marido lleva al domicilio conyugal.⁸⁹

La interpretación contraria, la de atender a la relevancia de los comportamientos que consistan en la: “adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva”, por ser constitutivas de actividades de blanqueo de capitales, art. 1.2.c, Ley 10/2010, de 28 de abril, es una opción interpretativa que no comparto, dado que la consecuencia directa de ello es que si un sujeto conoce la procedencia ilícita de los bienes y simplemente los utiliza cabe entender que esa utilización es jurídicamente relevante.⁹⁰ Como muestra del absurdo a que ello nos conduciría, Abel Souto ejemplifica algunos casos para, atendiendo a una interpretación restrictivo-teleológica del tipo, descartar la relevancia sancionadora de conductas como las de usar un bien mueble o inmueble “teñido de delictuosidad”; como el de la vivienda construida cometiendo un delito urbanístico “conocido por su propietario o poseedor”; la de utilizar el coche del amigo corrupto “cuando se sabe que lo compró con el dinero de una dádiva”; o la esposa e hijos que ven su serie favorita en el televisor “a sabiendas de que el televisor lo sustrajo el marido y padre”.⁹¹ Evidentemente, el despropósito que supondría considerar típicas las conductas aludidas no podría ser mayor, por lo que no merece un mayor detenimiento.

En cuanto al resto de modalidades típicas, la doctrina concluye que en la *adquisición*, el adquirente, obtiene el dominio sobre los bienes de origen delictivo mediante una contraprestación. La *conversión* supone la transformación de esos mismos bienes en otros distintos, mientras que la *transmisión* es una modalidad contraria a la adquisición ya que viene caracterizada por la extracción de los bienes procedentes del delito en el patrimonio de un tercero.⁹²

b. La realización de cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Aquí nos encontra-

mos ante un comportamiento completamente abierto e indeterminado, criticable desde cualquier perspectiva atinente al principio de legalidad penal ya que permite la incriminación de toda conducta dirigida a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de una actividad delictiva.

c. Realización de (cualquier otro acto) para ayudar a la persona que haya realizado la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos. Volvemos a encontrarnos frente a otra modalidad del comportamiento típico completamente abierta que viene presidida por la realización de todo acto de colaboración para que el autor del ilícito previo eluda la acción de la justicia; conducta que implica una superposición típica con el favorecimiento personal a resolver mediante el concurso de leyes,⁹³ dado que “tácitamente excluye el encubrimiento del 451, género del que el blanqueo es ley especial y de mayor gravedad” (TS 155/2002, 19-2).

Sobre este tema se plantea una interesante cuestión que adquiere especial relevancia con la entrada en vigor de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, en relación con los abogados. Nos referimos a que el artículo 2 ñ) considera que los abogados son sujetos obligados, además de los procuradores u otros profesionales independientes, “cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos”, a quienes en principio le son aplicables lo que la Ley denomina “medidas de diligencia debida”, y a quienes, por otro lado, les incumben determinadas obligaciones de información, lo cual plantea *a priori* una colisión con el deber de secreto profesional de los abogados. Sin embargo, la propia Ley, en su artículo 22, a diferencia del Anteproyecto donde no constaba, prevé

⁸⁹ D. De Alfonso Laso, “La modificación del delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, p. 256.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ M. Abel Souto, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *op. cit.*, p. 12, en especial, las notas a pie de página 208 a 212, donde se documentan los ejemplos citados.

⁹² *Vid.*, detalladamente, C. Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 484-485; y pp. 476 y ss.

⁹³ Calderón Cerezo, en Conde Pumpido (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, Madrid, 2007, p. 2285.

su exención en aspectos tan controvertidos como la información que reciban de sus clientes, “incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” ya que, añade, en ese caso estarán amparados por el secreto profesional de conformidad con la legislación vigente. Exención que está en directa consonancia con la Directiva 91/308/CE y con la Directiva 2005/60/CE, dado que en el Considerando número 20 de esta última se establece que los abogados están sometidos al secreto profesional, salvo cuando su intervención esté directamente relacionada con actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo.⁹⁴

Cabe añadir a lo anterior que para estos tres supuestos *a)*, *b)* y *c)*, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria de uno a tres años, además de acordar la clausura temporal —que no podrá exceder de cinco años— o definitiva del establecimiento.

d) Ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de su procedencia. (art. 1.2.b) Ley 10/2010, de 28 de abril; art. 301.2 CP).⁹⁵ Se trata de una previsión que tiene su antecedente inmediato en el artículo 344 bis h) del CP de 1973, que reprodujo literalmente el artículo 3.1 del Convenio de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 10 de diciembre de 1988 y que para un sector doctrinal es el tipo básico del delito de blanqueo a pesar de aparecer en el párrafo segundo del precepto, por lo que hubiera sido suficiente añadirle los actos de favorecimiento para dotar al ilícito de un contenido amplio de todas las conductas⁹⁶

Los sujetos obligados. El (práctico) agotamiento de las letras del abecedario en la Ley 10/2010, de 28 de abril

El art. 2 establece un inabarcable elenco de sujetos obligados,⁹⁷ a quienes les son exigibles distintos

⁹⁴ Ampliamente, *vid.* I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 549 y ss. Igualmente, T. Ruano Mochales, “Apuntes sobre el proyecto de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo”, *op. cit.* p. 12.

⁹⁵ D. P. Arias Holguín, *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo doloso del Blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, *op. cit.*, p. 302.

⁹⁶ G. Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 1518.

⁹⁷ Artículo 2. Sujetos obligados.

1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:

- a)* Las entidades de crédito.
- b)* Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente.
- c)* Las empresas de servicios de inversión.
- d)* Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- e)* Las entidades gestoras de fondos de pensiones.
- f)* Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- g)* Las sociedades de garantía recíproca.
- h)* Las entidades de pago.
- i)* Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda.
- j)* Los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia.
- k)* Las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos, así como las personas que, sin haber obtenido autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente alguna de las actividades a que se refiere la Disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero.
- l)* Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles.
- m)* Los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales.
- n)* Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- ñ)* Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

niveles de diligencia y con ello el cumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en la Ley.⁹⁸

La primera cuestión a mencionar es que en el texto de la Ley se prevén tres niveles distintos de diligencia debida: “Medidas normales”, arts. 3-8; Medidas simplificadas, arts. 9-10; y, “Medidas reforzadas”, arts. 11-16, ya que se trata de operaciones y de personas que presentan —se afirma en la Ley— un alto riesgo de incurrir en conductas de blanqueo de capitales. Entre ellos cabe destacar los sujetos a los que se denominan “Personas con responsabilidad pública”, para quienes se establecen medidas reforzadas de control por parte de los sujetos obligados. Téngase en cuenta que ese grupo de personas, sin eufemismos, proclives a incurrir en conductas de blanqueo de capitales fueron objeto de tratamiento especial en la Directiva 2006/70/CE De la Comisión, de 1 de Agosto de 2006. Instrumento en el que se establecen las disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo, entre otros, a la definición de personas del medio político.⁹⁹

Llegados a este punto debo recordar que, originariamente, los sujetos obligados se circunscribían en la Primera Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10

de junio de 1991, a las entidades de crédito y a los intermediarios financieros. Es más, en el Considerando Primero de la Directiva referida se afirma lo siguiente:

Considerando que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas (denominado en lo sucesivo blanqueo de capitales) puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto ocasionando con ello la pérdida de confianza del público

Como se puede observar, se desprende de la Directiva Comunitaria que la participación de los operadores financieros y bancarios en los procesos de blanqueo es involuntaria. Es más, parece que la adopción de las medidas de prevención contra el blanqueo que se adoptan en la Directiva comunitaria se llevan a cabo a instancia de las entidades de crédito y de las instituciones financieras y, desde luego, por los propios Estados ya que, como se dice en el Considerando siguiente, se trata de evitar que los Estados miembros adopten medidas incompatibles con el mercado único. Términos que, por otro lado, se

o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso (“trust”) expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

p) Los casinos de juego.

q) Las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos.

r) Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades.

s) Las personas que ejerzan profesionalmente las actividades a que se refiere el artículo 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

t) Las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago.

u) Las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.

v) Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34.

w) Las personas que comercien profesionalmente con bienes, en los términos establecidos en el artículo 38.

x) Las fundaciones y asociaciones, en los términos establecidos en el artículo 39.

y) Los gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como los gestores de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades, en los términos establecidos en el artículo 40.

Se entenderán sujetas a la presente Ley las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades citadas en los párrafos anteriores.

⁹⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 525.

⁹⁹ Al respecto, *vid.* las interesantes reflexiones de J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, *op. cit.*, p. 207.

recogen en los Principios de la Declaración de Basilea dado que

la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos pueden verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos por los delincuentes [...] bien porque se den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes

Es indiscutible que progresivamente se pone de relieve que otros sectores de la actividad económica son “igualmente vulnerables”¹⁰⁰ al blanqueo de capitales y ese es el motivo por el que el núcleo de sujetos obligados se amplíe de una forma tan extensa, tratando de identificar así cualquier profesión o actividad “de riesgo” susceptible de asumir un comportamiento que podría subsumirse sin demasiadas dificultades en cualquiera de las formas de participación punible previstas en el Código penal.

En todo caso, vaya por adelantado que no suscribo el victimismo que se desprende de los textos internacionales relativo a esa pretendida instrumentalización del sector bancario por delincuentes.¹⁰¹ Ahora bien, entiéndaseme, no estoy afirmando la existencia de una conexidad intrínseca entre ambos, pero sí el hecho indubitado de que determinados ámbitos del sector bancario son partícipes necesarios del blanqueo de capitales,¹⁰² como también lo son otros sectores o sujetos especialmente obligados en la Ley 10/2010, de 28 de Abril.¹⁰³ Evidentemente el examen de todos ellos excede con creces el objeto de estas páginas, pero sí quisiera centrarme en dos que están íntimamente relacionados. Me refiero a los sujetos obligados previstos en el art. 2.1. l) y 2.1.n), esto es, los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles,

además de los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles (art. 2.1.l)

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales,¹⁰⁴ que, como se recordará, transpone la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, a diferencia de ésta en el que los sujetos obligados se circunscriben a las entidades de créditos e instituciones financieras, en su art. 2 incorpora un amplio elenco de sujetos obligados entre los que distingue a aquellos a los que exige unas obligaciones especiales (art. 2.2) aplicables a otros sujetos obligados no financieros, donde se encuentran las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles, art. 2.2.b).¹⁰⁵

La Ley se desarrolla mediante el RD 925/1995, de 9 de junio, que aprueba su Reglamento.¹⁰⁶ Con independencia de las reformas posteriores de ambos textos (que no afectan al objeto de estudio), me interesa destacar que se establecen una serie de obligaciones especiales establecidas en el art. 16, relativos a la identificación de los clientes que efectúen operaciones por importes superiores a 8.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

En todo caso, el art. 17 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, establece determinadas obligaciones de información para los sujetos obligados, entre ellas el deber de examen especial de cualquier operación compleja, inusual o sin propósito económico lícito o aparente, o que presente indicios de simulación o de fraude. A lo que debe añadirse que en el artículo siguiente se dispone la preceptiva comunicación al SEPBLAC de la existencia de cualquier hecho u operación, respec-

¹⁰⁰ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰¹ *Supra* l.

¹⁰² *Supra* notas a pie de página 2 y 5 de este trabajo.

¹⁰³ Entre otros, *vid.* Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, *op. cit.*, pp. 251 y ss., J.M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Madrid, 2010, pp. 73 y ss.

¹⁰⁴ Modificada por la L. 19/2003, de 4 de junio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, añadiendo en su Disposición Adicional primera, dos nuevos apartados relativos a los sujetos obligados.

¹⁰⁵ *Vid.* J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁰⁶ Reformado mediante el RD 54/2005, de 21 de enero, para adecuarlo a las novedades introducidas en la Ley 19/2003, de 4 de julio.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

to de la cual exista el indicio o la certeza de que se está relacionado con el blanqueo de capitales incluso, previene el texto, de que se trate de una simple tentativa. Como se puede observar las obligaciones de comunicación, de información al SEPBLAC, que le atañen al promotor inmobiliario o a quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación de bienes inmuebles, ante la existencia de la más mínima conjetura o sospecha de que la operación realizada está relacionada con el blanqueo de capitales es más que evidente. Incumplimiento del deber de comunicación por la existencia de indicio (art. 51.1, Ley 10/2010) que constituye una infracción muy grave y que puede ser sancionada con una multa cuyo importe mínimo es de 150.000 euros (art. 56.1.b, Ley 10/2010).

Pues bien, con independencia de lo anterior, esto es, de las obligaciones especiales y del deber de diligencia reforzado que se previene para estos profesionales, además de la gravedad de la cuantía de las sanciones previstas en la Ley 10/2010, no es ningún atrevimiento afirmar que la utilización del sector inmobiliario para el blanqueo de capitales es uno de los canales habituales manejados para ello; lo cual es más que evidente en determinadas zonas de nuestro país en las que se ha producido un intenso desarrollo de ese sector.¹⁰⁷ La relación entre la corrupción urbanística, la burbuja inmobiliaria y el blanqueo de capitales está en franca relación de causalidad, lo cual se constata con una simple y sonrojante ojeada a los reportorios de Jurisprudencia. Sin embargo, además de ello, lo que me preocupa extraordinariamente es que según los datos del SEPBLAC, en el año 2010 se produjeron únicamente 3.171 comunicaciones de operaciones sospechosas, descendiendo el número de las mismas a 2.975 en el año 2011, cuando en ese último año la totalidad de los sujetos obligados eran más de 20.000.¹⁰⁸ Llegados a este punto cabe preguntarse ¿cuántas operaciones dudosas se habrán materializado en España durante ese tiempo o en los años del *boom* inmobiliario? Una muestra de esa relación estrecha es el recientemente añadido párrafo 3 al art. 301.1 del Código penal, donde se contempla un tipo

agravado para el caso de que, entre otros, el origen de los bienes tenga relación con alguno de los ilícitos comprendidos en el Capítulo destinado a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Permítaseme insistir: ¿cuántas operaciones sospechosas habrán detectado, intuido o constatado los promotores o los profesionales relacionados con la compraventa de bienes inmuebles? Sin embargo, las comunicaciones por la existencia de indicios no llegan a las tres mil para la totalidad de los sujetos obligados. ¿Tan complicada es la detección de este tipo de operaciones de blanqueo de capitales a través del sector inmobiliario? La utilización de intermediarios al frente de estructuras societarias mediante el desarrollo de determinadas operativas bancarias es una de las claves para obscurecer la titularidad de la inversión y dificultar el origen de los fondos.¹⁰⁹ Es más, se trata de sociedades residentes participadas por otras no residentes que habitualmente se encuentran domiciliadas en paraísos fiscales; así, mientras el propietario permanece oculto, la gestión corresponde al intermediario. Operativa perfectamente documentada, estudiada y/o, caracterizada;¹¹⁰ otra cosa es que se disponga de los medios y de la voluntad política para tomar decisiones que dificulten al máximo esas prácticas.

En todo caso y para concluir, creo que deberíamos reflexionar sobre si la medida anunciada por el Gobierno en la inminente Ley de Apoyo a Emprendedores donde se contempla que la adquisición de viviendas por ciudadanos extranjeros, de un importe aún por determinar, sea una de las causas para la concesión del permiso de residencia en España, es o no un “aliciente” para que ciudadanos extranjeros que disponen de capital de origen incierto lo inviertan-blanqueen en nuestro país. Al margen de lo cuestionable de la decisión gubernamental o de las (duras) críticas que se le pueden formular, me preocupa el hecho de que no se haya anunciado un aumento o una potenciación de los controles por parte del SEPBLAC para, al menos, requerir el cumplimiento de la obligación de informar sobre las operaciones con indicios de blanqueo o, en su caso, habilitar otros mecanismos.

¹⁰⁷ F. Álvarez Pastor, D-Eguidazu Palacios, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, op. cit., p. 258.

¹⁰⁸ http://www.sepblac.es/espanol/home_esp.htm

¹⁰⁹ J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, p. 299.

¹¹⁰ Al respecto, vid. el detallado trabajo de J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, op. cit., pp. 300 y ss., donde pormenorizan: “Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales en las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación de compraventa de inmuebles” (Fuente: SEPBLAC).

Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (art. 2.1.n)

Vaya por adelantado que a pesar de que el párrafo del art. 2.1.n) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, se refiere a notarios, registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, vamos a referirnos en exclusiva a los primeros. Así, conviene resaltar que en las Directivas Comunitarias el tratamiento de los notarios como sujetos obligados ha ido evolucionando a la vez que éstas reflejaban con mayor exactitud las prácticas internacionales y se detectaban otras actividades vulnerables. Así, la oscilación ha ido desde lo previsto en la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991 en la que no se les consideraba sujetos obligados, a la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, que incorpora el art. 2 bis).5 para otorgarles el mismo tratamiento que a otros profesionales independientes del ámbito jurídico y con ello el de sujetos obligados cuando participen en operaciones financieras, empresariales o inmobiliarias, incluido el asesoramiento fiscal en las operaciones que exista el mayor riesgo de que se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas. Un trato similar reciben en la Directiva 2005/60, de 26 de octubre, donde en su art. 2 establece su carácter de sujetos obligados (junto a otros profesionales independientes del Derecho) cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente.

Otro tanto sucede con la legislación preventiva española que transpone las Directivas comunitarias, ya que la Ley 19/1993, le otorga en su art. 16 la condición de sujeto colaborador, junto con el resto de autoridades y funcionarios; más tarde la Ley 19/2003 en su art. 2.2 d) los contempla como sujetos obligados en operaciones relativas al ámbito inmobiliario, sin perjuicio de que, a la vez, mantienen su condi-

ción de sujetos colaboradores dado que el art. 16 de la Ley 19/1993 no se modificó. Y, finalmente, la Ley 10/2010, en su art. 2.1.n) lo convierte en sujeto obligado para todas las operaciones de su actividad profesional.

Evidentemente el notario es un elemento clave para que una operación inmobiliaria se lleve a cabo y se precisa de éste en distintos momentos del proceso. Por supuesto, las obligaciones que pesan sobre el notario,¹¹¹ en su condición de fedatario público, son de mucha mayor entidad que las inherentes a los promotores o a los agentes inmobiliarios; por lo tanto, a mi juicio, los notarios tienen una función esencial para la detección de la existencia de indicios de que un hecho u operación está relacionado con el blanqueo de capitales, art. 18 de la Ley 10/2010. Es más, además de la obligación de identificar a todos los clientes, con independencia del importe de la operación (art. 10.3), se entenderá que existe una justa causa para negar o abstenerse en las actuaciones cuando existan varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien cuando existen indicios de simulación o fraude de ley, art. 19 de la Ley 10/2010,¹¹² y, con ello, la obligación de comunicación al SEPBLAC.

El corolario de lo anterior es coincidente con el del epígrafe precedente dedicado al carácter de sujeto obligado de los promotores inmobiliarios, así como de aquellos que ejercen profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles. Esto es, el carácter determinante de los notarios para negar o abstenerse de realizar cualquier operación de la que existan indicios de blanqueo, además de comunicarla a quien corresponde¹¹³, otra cosa es que se haga. Como dice Abel Souto, poniendo de relieve la limitada eficacia que posee el delito y/o la infracción administrativa por blanqueo de capitales, existe un riesgo más que notable de que se trate de una legislación puramente simbólica, “que no sirva más que para auto complacer a políticos o tranquilizar a electores”.¹¹⁴

¹¹¹ Al respecto, *vid.* Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

¹¹² Asimismo, *vid.* Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Central de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

¹¹³ J. M. Peláez Martos, *op. cit.*, p. 317. En este sentido, *vid.* el interesantísimo apartado 14.8: “Catálogo ejemplificativo de las operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

¹¹⁴ M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *op. cit.*, p. 8.

IV. Excurso: la amnistía fiscal, ¿un blanqueo de capitales encubierto?

El Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, ha sido objeto de una importante polémica dado que su objetivo era aflorar activos ocultos de al menos 25.000 millones de euros y, con ello, recaudar aproximadamente unos 2.500 millones. El mecanismo establecido era el previsto en la Disposición adicional primera del citado Decreto-Ley, en el que se preveía una *Declaración Tributaria especial*, que contemplaba que el ingreso a realizar era el resultante de aplicar al importe o al valor de adquisición de los bienes o derechos un porcentaje del 10 por ciento con origen en rentas no declaradas en el impuesto del IRPF, en el Impuesto de Sociedades o en el Impuesto Sobre la Renta de los no Residentes. A lo anterior, debe añadirse lo dispuesto en la Disposición final primera que introducía un nuevo apartado 2 en el art 180 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria, mediante el que se preveía que la regularización practicada exoneraría de responsabilidad penal al obligado tributario, aunque la infracción cometida pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública, de modo que la Administración podría continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.

Sobre el alcance, los efectos y las consecuencias de esa *Declaración Tributaria especial* (el Gobierno siempre utilizó ese término en lugar del de *amnistía fiscal*) se escribió mucho, de forma muy crítica, ya

fuere planteando las dudas que suscitaba por entenderse que se trataba de una auténtica amnistía fiscal encubierta mediante un Decreto-Ley sin control judicial;¹¹⁵ además de ponerse de relieve las serias dudas de constitucionalidad que generaba o, incluso, los efectos político-criminales de una decisión de esa naturaleza,¹¹⁶ o el hecho de que una medida de esas características podría convertir a nuestro país en una especie de “lavadora de dinero negro universal”.¹¹⁷ Cuestiones sobre las que no nos vamos a detener,¹¹⁸ aunque conviene realizar algunas puntualizaciones, dado que el art. 180.2 de la LGT, reformado por el Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, no hace ninguna referencia a la responsabilidad que pudiera surgir por un delito de blanqueo de capitales. En otras palabras, una cuestión es que se exonere al obligado tributario de responsabilidad penal por el delito contra la hacienda pública que pudiere haber cometido, pero otra cosa distinta es que, a su vez, la responsabilidad penal por un delito de blanqueo de capitales resulte incólume.¹¹⁹

Ante las dudas surgidas entre los asesores fiscales de los potenciales obligados tributarios en condiciones de llevar a cabo la denominada *Declaración Tributaria especial*, el Secretario General del Tesoro y Política Financiera hizo públicas dos “Notas”, datadas el 11¹²⁰ y el 24¹²¹ de mayo de 2012. En la primera de ellas fijaba unos criterios que parecían indubitados en cuanto a que la Disposición Adicional primera del Decreto-Ley 12/2012 era estrictamente tributaria y, por lo tanto no constituye título justificativo del origen de los fondos ni regulariza ni legitima potenciales actividades delictivas; mientras que la segunda “Nota” matiza lo anterior y abre la puerta a otras interpretaciones ya

¹¹⁵ F. Pérez Royo, “Amnistía fiscal mediante decreto ley y sin control judicial”, *El País*, 16 de mayo de 2012, http://elpais.com/elpais/2012/05/02/opinion/1335954418_297652.html

¹¹⁶ J. M. Paredes Castañón, “Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa”, 16 de mayo de 2012, <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2012/05/amnistia-fiscal-injusta.html>

¹¹⁷ A. G. Turiel Martínez, “La cara oculta de la amnistía fiscal”, 13 de abril de 2012, <http://www.acordem.org/2012/04/13/la-cara-oculta-de-la-amnistia-fiscal>

¹¹⁸ Al respecto, *vid.*, ampliamente, J. Badás Cerezo, J. A. Marco San Juan, *Prevención del fraude y amnistía fiscal*, Valladolid, 2012; L. M. Cazorla Prieto, la llamada “amnistía fiscal”, estudio pormenorizado de la regulación fiscal especial (Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo), Pamplona, 2012; J. Martín Fernández (coord.), *La Amnistía fiscal*, Valencia, 2012.

¹¹⁹ *Vid.* B. Del Rosal Blasco, “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2002”, *Diario La Ley*, nº 7893, 3 de julio de 2012.

¹²⁰ “Consecuentemente, los sujetos obligados deberán continuar aplicando con el máximo rigor y diligencia las previsiones contenidas en la Ley 10/2010. En particular, la declaración tributaria especial establecida en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 no constituye título justificativo del origen de los fondos ni regulariza ni legitima potenciales actividades ilícitas”.

¹²¹ “En este contexto resulta importante subrayar que el artículo 1 de la Ley 10/2010 exige que los bienes objeto de blanqueo de capitales procedan de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva”. Sin embargo, acto seguido añade y matiza lo anterior: “En consecuencia, al igual que ocurre con las operaciones financieras vinculadas a otras regularizaciones tributarias no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deben reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto”.

que concluye: “no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deben reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012”. En todo caso, el nudo gordiano pasa por desentrañar las dudas sobre si el obligado tributario que presenta la *Declaración Tributaria especial* si bien queda exento de responsabilidad penal por el delito contra la hacienda pública puede no quedar exento por el delito de blanqueo de capitales. Cuestión nada intrascendente, que motivó la segunda “Nota” aclaratoria del Secretario General del Tesoro y Política Financiera ante la alarma suscitada en el sector por la anterior y que, a la postre, era la que iba a determinar el resultado del pretendido “afloramiento” de capitales que, como es sabido, se saldó con una recaudación que sólo alcanzó el 50% de los 2.500 millones previstos por el Ministerio de Hacienda.

Es una discusión a la que, además de los ya citados, se le han dedicado importantes trabajos que analizaban ambas opciones interpretativas derivadas del Real Decreto-Ley 12/2012, así como los paralelismos que pudieran existir con el art. 305.4 del CP,¹²² ya que éste contempla también la exención del obligado tributario por las posibles irregularidades contables cometidas además de por las falsedades instrumentales en relación con la deuda tributaria objeto de la regularización. Es decir, había que dilucidar si, como parecía, se trataba de un supuesto de hecho diferente que motivaba una aplicación para casos distintos o si por el contrario los efectos de ambos mecanismos podían ser similares.¹²³ Cuestión sobre la que no nos vamos a detener dada la extemporaneidad del debate, ya que éste tenía un plazo de caducidad que era el 30 de noviembre de 2012, fecha en la que finalizaba el plazo para la presentación de las declaraciones. Así, con independencia de la notable discusión jurídica que se deriva de una u otra opción, lo que me interesa es poner de relieve si con lo previsto en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, el Gobierno ha posibilitado un blanqueo de capitales encubierto mediante la amnistía fiscal.

Situemos el punto de partida, éste no es otro que la primera “Nota aclaratoria” de 11 de mayo de 2012, en la que, como hemos visto, se afirma que el Real Decreto-

ley “no afecta, limita o excepciona en modo alguno las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establecidas por la Ley 10/2010, de 28 de abril”. Sin embargo la “Nota” de 24 de mayo contraviene la anterior y señala que: “no resultará preceptiva ninguna comunicación” (al SEPBAC), lo cual tranquilizó al sector y, sin duda, animó a algún obligado tributario a presentar la *Declaración Tributaria especial*. Añádasele a lo anterior que el GAFI, en sus nuevas recomendaciones de 2012, en el apartado destinado al lavado de activos (Recomendación 3) y decomiso (Recomendación 4), establece en la primera de ellas que: “los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinados”; mientras que en la segunda prevé la adopción de medidas que “permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: a) bienes lavados”.

Sin embargo, más allá de si España cumple o no cumple las recomendaciones del GAFI, o de las interpretaciones que se derivan del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo o de las confusas “Notas” aclaratorias del Secretario General del Tesoro y Política Financiera, dado que la primera afirma que no se excepcionan las obligaciones derivadas de la Ley 10/2010, de 30 de marzo, mientras que en la segunda asevera que no será preceptiva ninguna comunicación, resulta sintomático el denominado “Informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial”. Creo que la clave se encuentra en un informe emitido por la Dirección General de Tributos el 27 de junio de 2012, donde en el apartado 17, destinado a la “Posibilidad de efectuar una comprobación aislada por la Administración tributaria de la propia declaración tributaria especial”, afirma: que no será procedente la comprobación de la declaración tributaria especial. ¿Había alguna duda?

En otras palabras: Hacienda no iba a vigilar a los defraudadores que se acogieran a la amnistía fiscal; de ello se extraen algunas conclusiones que confirman lo referido al inicio de estas páginas (Supra I), sobre las que no vamos a volver. Está todo dicho.

¹²² Vid. M. Abel Souto, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 14-14, 2012, pp. 19 y ss.; Blanco Cordero, I., “Efectos penales de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012”, *La amnistía fiscal*, op. cit., pp. 127 y ss.

¹²³ Del Rosal Blasco, B., “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2002”, op. cit., p. 2.

