



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 14 • 15
Marzo de 2018 • febrero de 2019

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea¹

Lorena Varela

Universidad del Sarre, Alemania

RESUMEN: Mayoritaria es la opinión de que el delito de blanqueo de capitales es una de las más claras manifestaciones de la expansión del derecho penal, expansión que, por naturaleza, no denota sentido valorativo alguno, aunque en el debate jurídico-penal se haya instalado la idea con una connotación negativa. Cuando se habla de expansión del derecho penal, y más concretamente de expansión del derecho penal en el blanqueo de capitales, se estaría introduciendo subrepticamente una carga intensa de desvalor político-criminal del fenómeno, que reclama una reposada reflexión.

PALABRAS CLAVE: Expansión del derecho penal, blanqueo de capitales, expansión razonable, expansión irrazonable, derecho penal de la libertad, derecho penal de la seguridad.

ABSTRACT: Majority is the opinion that the money laundering is one of the manifestations of the overcriminalization, an expansion that, by its nature, does not imply any value sense, although in the legal-criminal debate the idea has been installed with a negative connotation. When we speak of the overcriminalization, and more specifically of the expansion of criminal law in money laundering, an intense charge of political-criminal devaluation of the phenomenon would be surreptitiously introduced, which demands a rested reflection.

KEYWORDS: Overcriminalization, money laundering, reasonable overcriminalization, unreasonable overcriminalization, criminal law of freedom, criminal law of the security.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fenómeno de la expansión del derecho penal; 2.1. La expansión penal y el lavado de dinero; 2.2. Causas y consecuencias de la expansión del lavado de dinero. 3. Aspectos de una expansión irrazonable del lavado de dinero. 4. Aspectos de una expansión aún dudosa del lavado de dinero. 5. Aspectos de una expansión razonable del lavado de dinero. 6. Balance crítico final.

Rec: 01/07/2018 | Fav: 15/09/2018

¹ Adaptación del texto: «La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida?», en Jiménez García, F. y Ropero Carrasco, J. (dirs.), Pastor Palomar, A. (coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2017, pp. 121-149. El libro colectivo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad español (ref. DER2013-41962-R).

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

1. Introducción

Mayoritaria es la opinión de que el delito de lavado de dinero es una de las más claras manifestaciones de la expansión del derecho penal,¹ expansión que por naturaleza no denota sentido valorativo alguno, aunque en el debate jurídico-penal se haya instalado la idea con una connotación negativa. Cuando se habla de expansión del derecho penal, y más concretamente de expansión del derecho penal en el blanqueo de capitales, se acostumbra introducir subrepticamente una carga intensa de desvalor político-criminal del fenómeno, que reclama una reposada reflexión.

El planteamiento de este trabajo se organiza del siguiente modo. En primer lugar, se especificará qué se entiende por expansión del derecho penal en general y, luego, en el lavado de dinero. Para ello, resultará necesario establecer los hitos teóricos demarcadores del fenómeno expansionista. Así, también será necesario mencionar y valorar qué causas y consecuencias caracterizan al fenómeno expansionista de la criminalización del blanqueo de capitales. En segundo lugar, se deslindarán los aspectos del delito de lavado de dinero que, mayoritariamente, se consideran como una expansión irrazonable del poder punitivo del Estado. En tercer lugar, se determinarán los aspectos que, de

un modo u otro, todavía resultan de dudosa aceptabilidad y que podrían mejorarse con una revisión de la técnica legislativa. En cuarto término, se delimitarán los aspectos que, mayoritariamente, se consideran necesarios de tutela jurídico-penal. Y, para cerrar, en quinto lugar, se ofrecerá un balance crítico de lo desarrollado en el texto.

2. El fenómeno de la expansión del derecho penal

¿Qué se entiende por expansión del derecho penal?² Al respecto, no existe una única y consensuada respuesta, porque las hay de contenido sesgadamente valorativo,³ que son las que abundan; las hay también, en menor medida, de contenido meramente descriptivo,⁴ y, por supuesto, las hay que asumen estas dos características en un solo concepto. Semánticamente hablando, la palabra «expansión» evoca un sentido cuantitativo de ampliación, crecimiento y extensión de algo y, por ende, también de una cierta dinamicidad y movimiento. En cuanto tal, axiológicamente, dicho proceso o fenómeno no denota valoración de ninguna índole —aunque en el mundo penal sí connota, y algo negativo—.⁵ *Per se*, la expansión de ese algo no es mala ni buena, negativa o positiva,

¹ Cfr. Demetrio Crespo, E., «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *RGDP*, 2016, núm. 26, pp. 1-19, p. 17; Abel Souto, M., «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de capitales, volumen del fenómeno y evolución del delito en España», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, pp. 137-201, pp. 137-138 [también en «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio», *LP*, 2011, núm. 79, pp. 5-32, pp. 5 y ss.]; Morillas Cueva, L., «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Foro FICP*, 2013, núm. 2, pp. 51-107, pp. 68-69; Silva Sánchez, J.M., «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2011, pp. 131-139, pp. 133 y ss.

² Críticamente, sobre el término, Prittowitz, C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1993, p. 364.

³ Son expresiones de mayor contenido negativo, por ejemplo: «puro y poco fundamentado expansionismo», «peligroso afán expansionista» y «expansionismo incontrolado». Cfr. Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 72, 83 y 92, respectivamente.

⁴ Reflejan más equilibrio y objetividad las fórmulas: «notable expansionismo», «indudable carácter expansionista», «excesivo expansionismo», «línea expansionista» y «expansionismo punitivo». Cfr. Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 65, 69, 71, 80, 86 y 88, respectivamente. También la expresión «indiscutible expansión». Cfr. Corcoy Bidasolo, M., «Expansión del derecho penal y garantías constitucionales», *RDF*, 2012, núm. 8, pp. 45-76, p. 73.

⁵ Algunas otras expresiones son más censurantes como por ejemplo: por su amplitud tipológica lo llama «monstruo jurídico» Muñoz Conde, F., «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2009, pp. 157-174, p. 173; y «agujero negro» Fabián Caparrós, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 378-382; por entender que el blanqueo es necesario más que pernicioso lo denomina «desatinado delito» Bajo Fernández, M., «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Bacigalupo Saggese, S. y Bajo Fernández, M. (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 11-20, p. 18; en virtud del autoblanqueo y la mera detentación de bienes provenientes de un delito se refiere a una «expansión dudosamente constitucional» Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 68; y a una «deriva inequívocamente expansiva» debido al crecimiento, reforma tras reforma, Terradillos Basoco, J. M., «El delito de blanqueo de capitales en Derecho español», en Cervini, R., Cesano, J. D., y Terradillos Basoco, J. M., *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España*, Buenos Aires, Alveroni Ediciones, 2008, pp. 203-265, p. 261. Respecto del tipo imprudente, lo denomina

detestable o deseable;⁶ lo será en alguno de estos sentidos solo en la medida en que se la contraste con determinados principios, objetivos o funciones.

Actualmente, el marco teórico del fenómeno de la expansión punitiva se encuentra en medio de la confrontación de dos claras tendencias filosófico-políticas: por un lado, el derecho penal de la libertad y, por el otro, el derecho penal de la seguridad. A pesar de que el mayor enfrentamiento ideológico se produce entre los defensores de la libertad y los de la seguridad, también entre las versiones liberales existen resonadas disquisiciones, sobre todo en relación con los límites del derecho penal en la protección de nuevos intereses sociales. Dentro del llamado derecho penal de la libertad se ubican las corrientes liberales y garantistas, desde las más clásicas a las más modernas. La versión clásica suele identificarse con el derecho penal liberal (el de la Escuela de Frankfurt⁷ y el garantismo italiano)⁸ y, la versión moderna, con el derecho penal socioliberal o de los nuevos riesgos.⁹ En contrapartida, dentro del derecho penal de la seguridad se enrolan las posturas mixtas, políticamente socioliberales y económicamente neoliberales que dan como resultado tendencias de corte peligroso; de un derecho penal de autor y del no-ciudadano (léase, enemigo) cuyas metas político-criminales se revelan como alarmistas y de mera inocuización del sujeto que delinque.

El tradicional derecho penal de la libertad se ha caracterizado por defender una intervención penal de mínimos, exclusivamente sobre los bienes jurídicos

más personales y elementales de los individuos (vida, integridad física y sexual, libertad, patrimonio), considerando que cualquier otra ampliación hacia bienes jurídicos colectivos o supraindividuales resultaba infractora del principio de la *ultima ratio* del derecho penal. Esta concepción entiende la expansión como un proceso de intervención desmedida e injustificada del *ius puniendi* sobre las libertades del ciudadano. Por el contrario, los defensores de la modernización (actualización) del objeto de tutela del derecho penal de la libertad cuestionan que, verdaderamente, una ampliación punitiva sobre las nuevas formas de criminalidad tenga que ser entendida como infractora de la *ultima ratio penal*,¹⁰ máxime cuando desde dicha ampliación se solventan los problemas de legitimidad del que carece el derecho penal, que solo se dirige al ciudadano de los grupos sociales marginados económicamente¹¹ o a los ciudadanos presentes excluyendo a las generaciones futuras.

Por su parte, los partidarios de una política criminal securitaria refuerzan el ideal del derecho penal como solucionador de la criminalidad más grave e, incluso, de la nueva criminalidad porque como premisa asumen la tutela de la seguridad ciudadana por sobre la libertad.¹² Para abordar la problemática delictiva, estos planteamientos suelen encomiarse a construir un discurso (justificado en varias razones) de los enemigos (internos y externos), que se han de excluir del trato razonable del ordenamiento jurídico.

En este trabajo se defenderá una postura que entiende necesaria la maduración del objeto de protección

«extravagante», «pretendido y errático delito» y «artificio jurídico» por entender que el blanqueo es esencialmente doloso, Cobo del Rosal, M., «El extravagante delito de blanqueo de capitales imprudente», *E&J*, 2005, pp. 52-57, pp. 53-54 y 56-57. En Alemania se ha empleado una terminología de contenido similar: la «criminalización de cobertura total» (flächendeckende Kriminalisierung). Cfr: Kargl, W., «Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *NJ*, 2001, núm. 2, pp. 57-63, p. 60.

⁶ Sobre las alternativas razonable e irrazonable de la expansión, véase Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2011, pp. 12, 192. A ello podría acompañarse la opinión (en el marco del delito de blanqueo) de Gómez Benítez, M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales», *DPC*, 2006, v. 27, núm. 82, pp. 63-82, p. 64, para quien existiría una política criminal razonable y otra arbitraria, que hay que evitar.

⁷ Cfr: Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 33 y ss.

⁸ Cfr: Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Terradillos Basoco (trad. del apartado), Madrid, Trotta, 1995, p. 477.

⁹ Cfr: Diez Ripollés, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, BdeF, 2007; Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁰ Cfr: Diez Ripollés, J. L., *op. cit.*, p. 102, manifiesta, que el alegato «del garantismo se ha servido [...] de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos».

¹¹ Cfr: Gracia Martín, L., *op. cit.*, pp. 173 y ss., 185 y ss. Similar Gil Nobajas, S., «Globalización e inseguridad ciudadana: algunas repercusiones en el marco de las últimas reformas del Código penal español», *CENIPEC*, 2011, núm. 30, pp. 133-169, pp. 166, *passim*.

¹² Acertada la defensa por la diferencia entre el derecho penal de la seguridad y el derecho penal de los nuevos riesgos en Diez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, 2005, núm. 7, pp. 1-37, pp. 5 y ss.

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

penal,¹³ referida a las nuevas formas de lesividad, pero sin abandonar las formalidades del derecho penal en el respeto por las garantías y libertades del ciudadano.¹⁴ Esto es así porque se entiende que una política que asume un *versus* entre la expansión y la mínima intervención no admite términos medios ni matices de ninguna naturaleza, según los tipos y sanciones penales. Este modo último de comprender el proceso de la expansión del derecho penal resulta bastante parcial y, aunque bienintencionado, impide, desde el inicio, un examen objetivo del fenómeno en las distintas manifestaciones de la ley penal, a la vez que conduce a una valoración global desencajada y desproporcionada de dicho fenómeno.

2.1. La expansión penal y el lavado de dinero

Para deslindar qué aspectos de la expansión del derecho penal en materia de blanqueo de capitales han de ser objeto de valor positivo, por razonables, y qué aspectos descartables, primeramente, habremos de *desdemonizar* el concepto de la expansión, esto es, no atribuirle desvalor alguno hasta que no hayamos determinado el marco referencial de principios y objetivos dentro del cual vamos a contemplar dicho fenómeno. Una aclaración de esta naturaleza es necesaria teniendo en cuenta que el debate sobre la expansión se mueve, al menos, en tres niveles diferentes. En primer lugar, el nivel del fenómeno de la expansión del derecho penal en general; en segundo lugar, el nivel de la expansión del derecho penal económico y, para finalizar, en tercer lugar, el nivel de la expansión del derecho penal en el lavado de dinero. En este sentido, no puede desconocerse que, en muchas ocasiones, las críticas dirigidas al fenómeno de la expansión punitiva en general cuando aterrizan en la discusión sobre un determinado delito suelen matizarse o, por el contrario, en otras ocasiones suelen agudizarse.

La mayoría de los códigos penales del sistema iberoamericano-germánico se enmarcan dentro de un modelo socioliberal y democrático de Estado de Derecho y dentro de un modelo comunitario de Estados Occidentales que se combinan inevitablemente con una filosofía económica neoliberal. Esto ofrece como resultado una plataforma político-criminal diversa, que vincula tanto a los Estados como a los operadores jurídicos y somete sin mayores alternativas a los ciudadanos. Presente entre los mandatos internacionales y las necesidades sociales a escala mundial se encuentra la demanda de prevención de nuevas formas de criminalidad que si bien para regularlas no se debería desestructurar la plataforma valorativa de cada Estado soberano, sí sería conveniente adecuarlas a este nuevo reclamo de protección y tutela jurídico-penal. Los principios rectores o limitadores del *ius puniendi* se encontrarían ante este nuevo escenario social necesitados de una urgente contemporización. Dentro de estas nuevas formas lesivas se encontrarían la criminalidad ambiental, económica, política, financiera, que no solo estadísticamente, sino también a nivel estructural suelen perpetrarse por un determinado sector social: la clase funcional y empresaria que detenta el poder político y económico.¹⁵

Ante el fenómeno de la expansión penal en materia económica, dos son las extremas posturas que pueden asumirse y una tercera intermedia, en donde, a su vez, se detectan otras dos posibles alternativas. Las posturas extremas se basan o en el rechazo absoluto de la expansión desde los postulados clásicos del derecho penal liberal o desde el fomento de la intervención punitiva desde las premisas de un derecho penal securitario. Por el contrario, como alternativas intermedias se encuentran dos tendencias: la primera, que acepta la intervención penal de tutela de los nuevos intereses económicos desde la férrea vigencia de los principios de un derecho penal garantista y, la segunda, que aun cuando acepta dicha tutela penal, lo hace desde la propuesta de una vigencia flexible de las garantías sustantivas y procesales del ciudadano a

¹³ Lo que no puede negarse es que el derecho penal se va renovando y ampliando al igual que el resto de las ramas jurídicas. Para Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 46, este fenómeno «no lo podremos evitar». Ya, hace tiempo, Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik, 'moderner' Gefährdungsdelikte*, Berlin, Duncker y Humblot, 2000, p. 30, se refirió a la expansión como un hecho innegable; Kindhäuser, U., «Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft», *Universitas*, 1992, núm. 3, pp. 227-235, p. 227, se refirió a la desenfadada expansión penal.

¹⁴ En los términos de «un discurso abierto a una 'expansión moderada'», Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 196.

¹⁵ Cfr. Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 70-71.

cambio de una respuesta penal desprovista de la pena de prisión.

Desde diferentes sectores de un modelo de Estado garantista se ha manifestado que la actual expansión punitiva en materia de lavado de dinero es propia de un Estado securitario,¹⁶ políticamente opuesto al garantismo y al derecho penal liberal¹⁷ y, por ende, una forma de Estado incompatible con nuestra tradición jurídica. Desde esta consideración existiría un desacuerdo axiológico entre el modelo de Estado social y democrático de derecho y la actual regulación penal del lavado de dinero, toda vez que se habría pasado de la protección por el ideal de la libertad a la salvaguarda por el ideal de la seguridad. En los hechos concretos sería la política de seguridad impuesta primordialmente por Europa y las agencias de la gobernanza global, la principal responsable de haber conducido a las políticas domésticas a reforzar la seguridad, opción nada bien acogida por los críticos a este modelo de Estado.¹⁸ Con planteamientos matizados, por el contrario, se manifiestan quienes defienden una sensata intervención penal en materia de

lavado de dinero, sobre todo en relación con aquellas manifestaciones provenientes de la criminalidad organizada y de los estratos sociales económicamente más fuertes —sin que ello comporte el retorno a un derecho penal de autor—;¹⁹ hechos que, por su envergadura e intensidad, resultan a la postre de mayor daño que los delitos patrimoniales de bagatela.²⁰ Desde estos sectores se alega que la defensa por la intervención penal ante nuevos fenómenos delictivos no significa el abandono de las ideas de garantismo y libertad. Por el contrario, los propulsores de la modernización del derecho penal son a la vez escuderos de un derecho penal del garantismo, solo que, entendido de forma más dinámica y permeable a las realidades sociales cambiantes;²¹ en una sociedad que materializa sus necesidades más allá de la individualidad de cada agente.²² Un garantismo por empático que sea con las nuevas demandas no ha de entenderse como menos racional o acientífico, sino como una opción político-criminal rigurosamente adaptable a las nuevas necesidades sin caer en la irracionalidad y pura subjetividad.²³ Evidentemente, desde un examen

¹⁶ Cfr. Faraldo Cabana, P., «La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: ¿un tratamiento similar para dos fenómenos distintos?», en Neves Cruz, J., Cardoso, C., y Lamas Leite, A., Faria, R. (coords.), *Infrações económicas e financeiras. Estudos de criminologia e Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 421-435, p. 429 (se refiere a un «discurso securitario»); Böhm, M. L., «Políticas de seguridad y neoliberalismo», en Fernández Steinko, A. (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid, CIS, 2013, pp. 307-334, pp. 307 y ss.

¹⁷ Cfr. Lascuraín Sánchez, J. A., «Securitarismo vs. garantismo», *Almacén D Derecho*, 22 de septiembre de 2015, sin paginación (disponible en: www.almacenderecho.org/secrutarismo-vs-garantismo/, consultado el 15 de marzo de 2017); Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁸ Sobre la influencia europea, véase Böhm, M. L., *op. cit.*, p. 312; Gil Nobajas, S., *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁹ A esto se refiere Silva Sánchez, J. M., *op. cit.*, p. 201, cuando defiende la objetiva intervención punitiva del Estado en las libertades ciudadanas según tipos de hechos y no según clases de sujetos. En especial Tiedemann, K., «El concepto de Derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico», *RChD*, 1983, v. 10, pp. 59-68, pp. 60, 63, hace hincapié en la manera de comisión y en la actividad que se realiza (*corporate crime, occupational crime*) y no en el perfil del sujeto que la realiza.

²⁰ Rescata esta idea Schünemann, B., «Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Baza, L. (trad.), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 49-69, p. 55, no tanto cuestionando el merecimiento de protección penal de la propiedad privada, sino poniendo en evidencia la cuestión de la igualdad (y con ello de la justicia) en la prohibición penal, puesto que por un lado se prohíbe la lesión de la propiedad como punto de arranque en la lucha contra la peligrosidad social, pero al mismo tiempo se deja escapar del radio penal la peligrosidad social de la adquisición y uso de la propiedad. También Gracia Martín, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'», *RECPC*, 2005, núm. 7, pp. 1-43, p. 19. En relación con la crítica a la expansión del derecho penal económico se revela crítico Terradillos Basoco, J. M., «Derecho penal económico. Lineamientos de política penal», *IUS*, 2015, núm. 35, pp. 7-36, p. 18.

²¹ Contundente y acertado en este sentido Diez Ripollés, J. L., *op. cit.*, pp. 101-102, para quien «pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables lo ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales».

²² También Gracia Martín, L., *op. cit.*, pp. 32, 52, 127 y ss., 197-200, alega por la reconfiguración del derecho penal ante la criminalidad de lo que él denomina las clases poderosas [también en «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos», *InDret Penal*, 2016, núm. 3, pp. 1-131]. Similar García-Pablos de Molina, A., *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, 5.ª ed. (2012), 3.ª reimpr., v. 1, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, pp. 206 y ss. Desde hace tiempo Roxin, C., «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad», en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Gómez Rivero, C. (trad.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 57-94, pp. 89 y ss., apuesta por un moderno derecho penal mínimo, reducido desde la dogmática.

²³ Cfr. Schünemann, B., *op. cit.*, pp. 68-69, destacando una vez más, que la lucha contra la criminalidad debe asumirse desde la igualdad y se debe castigar, tanto el cuchillazo en el bar, como la corrupción del funcionario. También Terradillos Basoco, J. M., «Globalización,

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

riguroso de la normativa penal sobre blanqueo de capitales, habrá que determinar en qué medida la expansión punitiva se revela como razonable y ajustada a los principios del *ius puniendi* y, por el contrario, en qué medida no.

Hace algunos años viene señalándose que el actual modelo de Estado, que subyace a las nuevas formas jurídicas de neutralizar la criminalidad económica se denomina «Estado regulatorio», dando lugar a un derecho penal regulatorio. Este modelo de Estado se caracterizaría «formalmente por la delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes [...] integradas por expertos. Así pues, [serían] tales agencias regulatorias —el ‘poder técnico’— las que [pasarían] a decidir sobre qué y cómo sancionar».²⁴ A decir verdad y teniendo en cuenta esta última característica, el denominado Estado regulatorio no sería un paradigma filosófico-político a contraponer a los modelos securitario y garantista (clásico y moderno) de Estado,²⁵ sino una forma de ejecución posible de estos modelos (porque se trataría, en esencia, de modelos de gobierno antes que de Estado). En otras palabras, tanto un Estado securitario como un Estado garantista podrían hacer uso de esta técnica regulatoria de las prohibiciones penales; el primero garantizando indirectamente la prestación de seguridad (Estado securitario-garante) y el segundo garantizando indirectamente la prestación de libertad (Estado garantista-garante).²⁶

2.2. Causas y consecuencias de la expansión del lavado de dinero

Reiteradas veces se ha manifestado que una de las principales causas de la expansión del fenómeno punitivo en las sociedades occidentales actuales resulta

ser el fenómeno de la globalización, que con efectos claramente multiplicadores avanza sin medidas en todas las dimensiones de la vida comunitaria. Esta especie de integración general se caracteriza por la jerarquía y predominio de las políticas económicas fuertes por sobre las débiles, cuyo efecto inmediato deriva en el sometimiento de los mercados y, mediadamente, en el sometimiento de los mismos Estados. El motor de la globalización responde, en buena medida, a la transformación de las estructuras sociales a escala mundial. El modelo antropológico actual de la conocida sociedad del riesgo no se corresponde ya con el modelo antropológico de sociedades pasadas, de las preindustriales y las lejanas al síndrome del peligro tecnológico. El modelo que se avizora, aún en proceso de definición, se identifica con un individuo cada vez menos averso al riesgo y, por el contrario, más resiliente, que se suma a la masificación de las demandas sociales de protección, le aquejen o no directamente a él, porque como sujeto de consumo que se ha vuelto vive casi mecánicamente en la inercia de una desigualdad que genera la misma sociedad de masa.²⁷ Por otro lado, la presencia penal cada vez más sentida sobre los asuntos sociales ha despertado un curioso interés por el recurso a la pena en muchas de las demandas no cumplidas. Esta especie de representación intersubjetiva del rol represivo del Estado,²⁸ mayormente distorsionada, ha comenzado por trivializar dicha función, reclamando su presencia no solo ante los riesgos reales de lesión a nuevos intereses sociales, sino también ante riesgos idealizados de lesión.

A escala económica, el derecho penal se ha visto transformado por los efectos de la desregulación de la economía de mercado de los países económicamente más influyentes. Dicha desregulación significativo, en algunos aspectos, la delegación del control y

administrativización y expansión del derecho penal económico», *NFP*, 2006, núm. 70, pp. 86-115, p. 90, señala que «las propuestas tendientes a minimizar los efectos de una imparable huida al derecho penal no se deberían dirigir a reforzar los tradicionales límites *al ius puniendi* [sino] a la búsqueda de nuevas alternativas; que, por lo demás, deberían partir de un dato obvio: la dimensión transnacional de la delincuencia socioeconómica —la globalización del crimen— exige una respuesta penal de dimensión similar».

²⁴ Véase Silva Sánchez, J.M., «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret Penal*, 2015, núm. 2, pp. 1-4, p. 1.

²⁵ En todo caso, el contrapunto del Estado regulatorio (de garantía o garante) sería el Estado intervencionista o prestacional. *Cfr.*: Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 1.

²⁶ *Cfr.*: Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 1. En el Estado regulatorio las prestaciones [se entiende, de las obligatorias para el Estado] son realizadas «por quienes están en mejores condiciones [...] de llevarlas a cabo: terceros privados. Así, la delegación tiene lugar no solo a agencias estatales sino también al sector privado o bien a una cooperación entre ambos, de modo que lo característico del nuevo modelo de Estado es tanto la regulación técnica como, sobre todo, su conocida variante de la autorregulación regulada».

²⁷ Véase la descripción de Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 18-19, 24, *passim*; García-Pablos de Molina, A., *op. cit.*, p. 211.

²⁸ *Cfr.*: Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 7.

seguimiento de las leyes del mercado en manos de agencias no estatales, privadas si se quiere,²⁹ que ha permitido la expansión de numerosos espacios de libertad económica ya existentes, así como la creación de nuevos espacios.³⁰ En otras palabras, la desregulación económica generó más libertad y concentración de poder en quienes detentan la propiedad del capital, y ello conspira, inevitablemente, contra la igualdad de oportunidades en el juego social.³¹ Esto último condujo a la polarización socioeconómica y al desespere incontrolable por la obtención de recursos, siendo inevitable, con el transcurrir del tiempo, la reificación en el proceso de reconocimiento intersubjetivo;³² esto es, ante la precarización y la desigualdad en las condiciones económicas de las personas, estas se han visto en la natural necesidad de mercantilizar dimensiones más abstractas de su ser (imagen, contactos sociales, estatus civil, carácter y personalidad, etc.), alterando con ello la esencia de la dignidad humana.³³ Para neutralizar el sentimiento objetivo de que no se tienen recursos, pero tampoco dignidad, el ser social actual —desde hace ya algunas décadas— se ha posicionado en el reclamo a un retorno por el reconocimiento intersubjetivo basado en el ser persona; en la dignidad

humana, en resumidas cuentas. Dentro de este escenario económicamente desigual, el quehacer de la normativa penal parece resultar ineludible,³⁴ sobre todo en materia de lavado de dinero, que es desde la cual se puede neutralizar —en sus justas cantidades— la criminalidad económica más grave.³⁵

Los modos y las dosis en que el derecho penal habría de intervenir en los asuntos económicos de la sociedad resultan hasta hoy en día muy discutidos. Desde la versión liberal clásica, se entiende que el derecho penal no ha de intervenir en materia económica (estando para ello el Derecho administrativo sancionador con penas interdictivas y pecuniarias);³⁶ por el contrario, las versiones más modernas pretenden readaptar el papel del derecho penal en la economía y, como se ha visto, una de ellas lo hace desde los postulados del derecho penal *de siempre*³⁷, mientras que la otra apela a una especie de Derecho de intervención (*Interventionsrecht*)³⁸ o derecho penal de segunda velocidad.³⁹ En cualquier caso, sea cual fuera la versión que se acoja, lo que resulta de común a todas ellas es que las estructuras fenomenológicas y normativas de la nueva criminalidad no podrían ser abordadas coherentemente desde las formas tradi-

²⁹ Lo que se menciona supra sobre el Estado regulatorio. Sobre las formas privadas de control del riesgo, véase sobre los programas de cumplimiento Blanco Cordero, I., «Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica», EGUZKILORE, 2009, núm. 23, pp. 117-138.

³⁰ Sobre la desregulación económica en la expansión del derecho penal, véase Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, pp. 92, 94.

³¹ La acumulación y aumento de poder genera el desplazamiento del control, tanto el externo como el interno. El auténtico poder —en sentido bruto, no jurídico— es el que no cuenta con límites.

³² Sobre el concepto de reificación (cosificación) de la persona en la era del capitalismo y las sociedades actuales, véase Honneth, A., *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Calderón, G. (trad.), Buenos Aires, Katz, 2007, pp. 25, 27, *passim*.

³³ Paralelamente, parecería ser, que el reclamo de la igualdad social se ha desplazado desde las tesis de la redistribución igualitaria de la riqueza a las tesis del reconocimiento intersubjetivo, esto es, una especie de redistribución igualitaria de la dignidad humana (se invierte la premisa: corolario de la protección de la dignidad humana sería una distribución justa de la riqueza, y no al revés, corolario de la distribución de la riqueza sería la posesión de la dignidad). Sobre este tema, en especial, la obra de Fraser, N. y Honneth, A., *¿Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, Golb, J., Ingram, J. y Wilke, C. (trads.), New York, Verso, 2003.

³⁴ En la filosofía política, sobre la necesaria transformación del Derecho ante las nuevas necesidades sociales y reclamos de un reconocimiento intersubjetivo del ser persona (aunque se trate de un reconocimiento especialmente basado en la identidad cultural y étnica, la premisa es aplicable a todas las formas de reconocimiento), véase Habermas, J., «Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat», en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 237-276; Honneth, A., *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

³⁵ Indudablemente, la actual política-criminal que subyace al delito de lavado de dinero a escala mundial no es la originaria del tráfico de estupefacientes, sino que se ha ampliado a todo tipo de actividad delictiva.

³⁶ Cfr. Hassemer, W., «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Scholler, H. y Philipps, L. (eds.), *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker y Müller, 1989, pp. 85-94, p. 93.

³⁷ Cfr. Tiedemann, K., *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³⁸ Hassemer, W., «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, 1992, pp. 378-383, concede la intervención penal (desde un derecho de intervención), si fuera el caso, pero solo a través de una versión desinflada de sus funciones tradicionales (como a través de la supresión del recurso a la pena de prisión).

³⁹ Esta propuesta se caracteriza, entre otras cosas, por flexibilizar prudentemente las reglas de imputación y los principios político-criminales, para adaptarlos a las nuevas formas de criminalidad económica. A cambio, la respuesta penal se limitaría a una sanción pecuniaria, no privativa de libertad. Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 178 y ss.

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

cionales del delito, las cuales habrían de readaptarse en muchos supuestos.⁴⁰

Como consecuencias negativas de la expansión de la intervención punitiva en el blanqueo de capitales pueden mencionarse tres principales. Una primera consecuencia se produce en el plano sustantivo: algunos aspectos de la normativa penal sobre el lavado de dinero lesionan el principio de subsidiaridad⁴¹ y de mínima intervención penal, vulnerando la concepción de un derecho penal de las garantías.⁴² Una segunda consecuencia se desarrolla en el plano simbólico: el amplio tipo penal del lavado de dinero se ha convertido, para algunos autores, en «un representante genuino del derecho penal del enemigo».⁴³ De hecho, se castigan con penas excesivas y desproporcionadas conductas evidentemente alejadas de la puesta en peligro del bien jurídico.⁴⁴ Y, una tercera consecuencia, se presenta en el plano adjetivo o procesal: la aplicación del tipo penal de blanqueo de capitales, en la práctica judicial, propende a la reducción de las garantías del acusado del delito.⁴⁵

Como se podrá observar en los siguientes epígrafes, la evolución legislativa penal en materia de lavado de dinero fluctúa entre una política criminal de lo esperado y justificable y una de lo inesperado e infundado.⁴⁶ Tres dimensiones del mismo fenómeno pueden describirse: la primera, compuesta del núcleo periférico de lo irrazonable; la segunda, que contiene el núcleo satelital de lo dudoso y, la tercera, compuesta por el núcleo duro de lo razonable.

3. Aspectos de una expansión irrazonable del lavado de dinero

Algunos de los motivos que se atribuyen al legislador penal como propulsores de la extensión del tipo penal del lavado de dinero se deben, justamente, a motivos no político-criminales, sino más bien, a razones de índole electoralista o de investigación desmedida del Estado sobre las riquezas individuales.⁴⁷ Cuando estos son los motivos que impulsan la normativa penal, entonces, ya desde un inicio, toda intervención

⁴⁰ Cfr. Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, p. 90; Gimbernat Ordeig, E., «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)», *ADPCP*, 1999, v. 52, pp. 51-71, pp. 52 y ss., 62 y ss., 71, para quien las estructuras dogmáticas tradicionales, que permanentemente se están perfeccionando, pueden asimilar los nuevos fenómenos criminales y ofrecer soluciones conforme con la justicia y con la seguridad jurídica. Similar Silva Sánchez, J.M., «Teoría del delito y derecho penal económico empresarial», en *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 1-53, pp. 3 y ss., para quien los supuestos del derecho penal económico no cuestionan el sistema de la teoría del delito, que siempre ha contemplado —en su construcción— el equilibrio entre el pensamiento sistemático y el tópic; aunque si la tensionan.

⁴¹ Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138; Castro Moreno, A., «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez De Linares, M. A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 407-422, pp. 407 y ss., 417 y ss.

⁴² Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138; Corcoy Bidasolo, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 153-174, p. 161.

⁴³ Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

⁴⁴ Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵ Cfr. Muñoz Conde, F., «El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 375-376, p. 376; invirtiendo la carga probatoria del dolo y operando con presunciones de dolo, indica Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 408-409. Sobre las implicancias procesales en el debate alemán Kargl, W., *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁴⁶ Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 52, que se refiere al delito de blanqueo de capitales como un fenómeno que se ubica entre un expansionismo justificado y peligrosamente desmesurado.

⁴⁷ Véase Díaz y García Conlledo, M., «¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?», en Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 609-633, p. 615; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *Las excusas absolutivas en Derecho español: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, p. 174, señala: «el delito, con su nueva configuración, termina convirtiéndose en herramienta para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas, incluyéndose no solo las exorbitantes, sino también las más insignificantes» [de hecho, se refiere expresamente a esto en «Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal», *RDP*, 2012, núm. 37, pp. 9-41, pp. 13 y ss., 20]; similar Bajo Fernández, M., «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, EDERSA, 1993, pp. 135-149, p. 148. Ya antes Gómez Benítez, J.M., *op. cit.*, pp. 72, 73-74, dio a entender que la intención del legislador con el blanqueo es

punitiva en desmedro de las libertades civiles ha de tacharse de irracional. Esta especie de degeneración de la función punitiva del Estado, que pretende soluciones y respuestas meramente simbólicas para tranquilizar a la opinión pública, sería una auténtica expansión irrazonable del derecho penal.⁴⁸ Esto es, cualquier ampliación del tipo penal del blanqueo de capitales con propósitos no penalmente funcionales ha de considerarse como algo desdeñable y abusivo.⁴⁹

Ejemplos ofrecidos por la doctrina de una expansión irrazonable serían:

(a) La inyección insignificante de dinero ilícito en el curso legal de la economía: se entiende que esta carece de entidad lesiva suficiente como para desestabilizar el bien jurídico que protege (orden socioeconómico).⁵⁰ Por aplicación del principio de insignificancia o de irrelevancia penal, quedarían excluidos de la tipicidad penal los comportamientos que, cuadrando formalmente en los verbos típicos del art. 400 bis del Código Penal Federal de México, carecieran de valor materialmente suficiente.⁵¹ Aunque lo problemático sigue siendo dónde establecer el límite cuantitativo entre lo insignificante y lo penalmente lesivo. Con los criterios de exclusión de la imputación objetiva se ha avanzado considerablemente en la

delimitación material de los comportamientos penalmente irrelevantes. A ellos habrá que seguir apelando en la interpretación del amplio tipo objetivo del lavado de dinero, que en la legislación mexicana recibe el nombre especial de «operaciones con recursos de procedencia ilícita».

Dos cuestiones pueden resultar polémicas en este punto, que aquí solo se pueden mencionar. La primera, referida a los efectos lesivos ocasionados por la ubicuidad y acumulación del lavado de pequeñas cantidades de dinero.⁵² La segunda, relativa a los límites de la efectiva prevención del blanqueo de capitales a través del completo aislamiento del autor del delito previo (*Isolierung der Vortäter*), denegándole los bienes más elementales que podrían prestarle terceros.⁵³

Como solución posible al problema del límite cuantitativo se propone delimitar la amplitud objetiva del tipo a través de una interpretación sistemática (ya no solo teleológica) del precepto penal, en conjunto con el tipo penal contra el patrimonio por excelencia: el robo. Dentro del Título XXII del Código Penal, que regula los delitos en contra de las personas en su patrimonio, el Capítulo I versa sobre el delito de robo,⁵⁴

descubrir el fraude fiscal; una especie de intención encubierta. Por su parte, para Varela Castro, L., «Últimas líneas jurisprudenciales en sede de blanqueo. Conclusiones», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 387-388, p. 387, la expansión del blanqueo de capitales se sustenta en un argumento *sociotecnológico* del derecho penal, convertido en un *instrumento* político, a la vez que quiebra los valores y principios constitucionales. Y para Ferré Olivé, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2009, pp. 247-261, pp. 248-249, a nivel europeo existe una desmedida tendencia a instrumentalizar el delito de blanqueo de capitales para la persecución de delitos como la corrupción, el tráfico de drogas, el terrorismo y el fraude fiscal.

⁴⁸ A esto se refiere Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 6-7, cuando describe que es bastante frecuente que la «expansión del derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (... declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)».

⁴⁹ Para un considerable sector de la doctrina española el tipo penal del blanqueo de capitales se encuentra desbordado (en los términos de la expansión), porque contempla comportamientos que no se justifican como necesarios de tutela penal. *Cfr.* Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Ganancias criminales y ganancias no declaradas (el desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)», en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez De Linares, M. A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 601-642, pp. 602, 639 y ss. Lo comparte Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

⁵⁰ *Cfr.* Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 78; Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 12-13.

⁵¹ Respecto de la legislación española (art. 301 CP), *cfr.* Aránquez Sánchez, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 248.

⁵² Este *item* suele neutralizarse desde la invocación del principio de responsabilidad por el hecho propio.

⁵³ *Cfr.* Barton, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *StV*, 1993, núm. 3, pp. 156-163, pp. 160 y ss. De otra opinión Arzt, G., «Geldwäscherei. Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *NStZ*, 1990, núm. 1, pp. 1-5, p. 4, para quien el derecho penal no puede prevenir el blanqueo de dinero empleando las infracciones de bagatela para obligar a los terceros a no ayudar al delincuente. Crítico también Kargl, W., *op. cit.*, p. 63, quien considera que esta teoría atentaría contra el principio de la dignidad humana.

⁵⁴ Una propuesta similar se puede hacer en relación con el delito de blanqueo de capitales (art. 301) y el hurto (art. 234) en la legislación penal española: dentro del Título XIII del Código penal, que regula los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

que en su art. 370 establece que cuando el robo exceda de 500 (quinientas) veces el salario, la sanción será de 4 a 10 años de prisión (más multa).⁵⁵ Teniendo en cuenta que el delito de lavado de dinero trae aparejada una pena de prisión similar a esta modalidad del robo que se extiende de 5 a 10 años de prisión, lo lógico y axiológicamente coherente sería que lo penalmente relevante en materia de lavado de dinero fuera en concordancia con los montos relativos para determinar la magnitud de la pena del robo (esto es, el superior a 500 veces el salario). Si el legislador ha considerado que solo la modalidad del robo superior a 500 veces el salario merece una escala penal de 4 a 10 años de prisión,⁵⁶ similar a la escala penal de 5 a 10 años de prisión del lavado de dinero, entonces, no podrían por un argumento *a maiore ad minus* castigarse penalmente como actos de lavado de dinero cuantías inferiores a 500 veces el salario.⁵⁷ En todo caso, aunque los marcos penales de los delitos de robo y de blanqueo de capitales no se corresponden desde un punto de vista cuantitativo, no obstante sí parecerían corresponderse en lo cualitativo del reproche penal. Abonan este argumento, otras modalidades de robo que poseen el mismo elemento cuantitativo del tipo penal del art. 370 y que contemplan marcos penales similares a este y al lavado de dinero. Por un lado, se encuentra el art. 368 bis señala que castiga con pena de 3 a 10 años de prisión (más multa) «al que después

de la ejecución del robo y sin haber participado en este, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia cuando el valor de estos sea superior a 500 veces el salario».

Con este tipo penal, el legislador está sancionando comportamientos delictivos de un auténtico lavado de capitales, pero dentro de la modalidad específica del robo.⁵⁸ Y, por otro lado, se halla el art. 368 ter que reprime con una pena de 6 a 13 años de prisión (más multa) «al que comercialice de forma habitual objetos robados a sabiendas de esta circunstancia» cuando el valor de aquellos sea superior a 500 veces el salario. Con este delito el legislador va más allá de una simple penalización de hechos de lavado de dinero, como lo son los actos de comercialización. En este tipo penal el legislador concentra el núcleo del reproche penal en el acto de habitualización en sí del comercio de bienes robados que superen 500 veces el salario.

(b) Los verbos típicos de adquirir, custodiar, poseer, dar, recibir, traspasar, transportar o transferir: la incorporación de estos verbos como conductas específicas de «operaciones con recursos de procedencia ilícita» del art. 400 bis, puede conducir a criminalizar comportamientos propios de la actividad comercial, así como también conductas socialmente adecuadas de la vida cotidiana,⁵⁹ máxime cuando, por ejemplo, desde la posesión de los bienes de procedencia delictiva no

delito de hurto del art. 234 prevé la pena de prisión para cuando la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros (y la pena de multa para cuando no). Teniendo en cuenta que el blanqueo de capitales, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, trae aparejada una pena de prisión, lo lógico y axiológicamente coherente sería que lo penalmente relevante en materia de blanqueo se limitara también a los montos superiores a 400 euros. En este sentido, si el legislador español ha entendido que solo las cuantías superiores a 400 euros afectan a un bien jurídico individual como el patrimonio, no podrían por un argumento *a maiore ad minus* cuantías inferiores afectar a un bien jurídico supra-individual como lo es el orden socioeconómico.

⁵⁵ En relación con el art. 369 bis del CP: para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este título, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en que se cometió el delito.

⁵⁶ La exclusiva consideración de la suma superior a 500 veces el salario, como límite mínimo del lavado de dinero responde a la *ratio* económica del delito de robo, que es la única que puede relacionarse con el bien jurídico que tutela el lavado de dinero: el orden socioeconómico.

⁵⁷ Como sucedería con las otras modalidades de robo reguladas también en el art. 370 del CP: cuando el valor de lo robado no excediera de 100 veces el salario se impondrá hasta 2 años de prisión (y multa). Cuando excediera de 100 veces el salario, pero no de 500, la sanción será de 2 a 4 años de prisión (y multa).

⁵⁸ Los verbos típicos del art. 368 bis (*posea, enajene, adquiera y reciba*) se encuentran también previstos en el tipo penal del art. 400 bis. La única diferencia existente es el verbo típico *trafique* que se contempla en el art. 368 bis, pero no en el art. 400 bis (aunque este contempla otros verbos similares).

⁵⁹ Cfr: Del Carpio Delgado, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, 2011, núm. 15, pp. 1-28, pp. 27-28, p. 17. Sobre la problemática de las conductas social y profesionalmente adecuadas en relación con el blanqueo, véase, entre otros Pérez Manzano, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 169-206; Ragués i Vallès, R., «Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en Silva Sánchez, J.M. (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica-empresarial, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 128-161; Blanco Cordero, I. «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, 1997, v. 50, pp. 263-291.

resulte indiscutible que se trata de actos de simulación del origen de los bienes, en cuyo supuesto, sí que podría configurarse el blanqueo de capitales.⁶⁰ Lo irracional de estas modalidades de comisión, que se deriva de una interpretación literal y amplia del tipo, suele contrarrestarse desde una interpretación restrictiva y teleológica de la norma, impidiendo que conductas de insignificante trascendencia para los fines del derecho penal se conviertan en delitos.⁶¹

A pesar de lo manifestado, parecería ser, que existirían algunas razones por las cuales el legislador ha tipificado como conductas de lavado de dinero la adquisición, posesión y verbos similares de los bienes procedentes de un delito. La principal de estas razones tendría que ver con la tendencia político-criminal cada vez más agresiva que se asume a nivel internacional en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción. De la mano de lo anterior, una segunda razón tendría que ver con el impedimento dogmático que se podría plantear permitiendo una laguna típica a través de la figura del dolo *subsequens*. Sin la presencia de los verbos mencionados, podría pasar, que el sujeto adquiriera o recibiera bienes de procedencia ilícita sin conocimiento, pero que en el transcurso del hecho descubriera o se le informara acerca de dicha procedencia. La defensa, que en esos supuestos podría presentarse, sería que por el principio de simultaneidad no procede castigar por un dolo subsiguiente al momento de los hechos, como la adquisición del bien delictivo (sin perjuicio de la posible imputación extraordinaria a título de desconocimiento provocado).⁶² Sin embargo, con la amplia gama de verbos típicos

que contemplan casi todas las modalidades *criminales*, el dolo *subsequens* de la adquisición se convertiría en un dolo típico en el mismo momento en que el sujeto tomara conocimiento de la procedencia ilícita y poseyera o custodiara el bien delictivo.⁶³

(c) El marco penal del lavado de dinero que tutela un bien jurídico supraindividual resulta en su límite superior desproporcionado en comparación con otros tipos penales que protegen bienes personalísimos como la vida (art. 307). Así, mientras que el lavado de dinero se castiga con una pena de 5 a 15 años de prisión, el homicidio intencional simple se reprime con una pena de 12 a 24 años de prisión. En la franja común que se extiende de los 13 a los 15 años de prisión, el delito de blanqueo de capitales desbordaría el sentido de la necesidad y merecimiento de pena, teniendo en cuenta el objeto de tutela.⁶⁴ Si de por sí la doctrina cuestiona la viabilidad de la protección penal en relación con bienes jurídicos colectivos, con mayor razón se podría cuestionar el marco penal de un delito que tutela un bien jurídico supraindividual desde un pronunciado adelantamiento de las barreras punitivas: castigando severamente actos de auténtico peligro y no de lesión.

(d) En la dimensión de la praxis judicial, el recurso desmedido e indiscriminado de la prueba indiciaria, conduce a infringir las garantías procesales del acusado: la doctrina hace tiempo denuncia que algunos tribunales emplean «prácticamente, los mismos elementos indiciarios para extraer dos conclusiones diferenciadas, una en el plano de la tipicidad objetiva y, la otra, en el plano de la tipicidad subjetiva».⁶⁵ Luego, a partir de los mismos indicios se concluye tanto sobre

⁶⁰ En la regulación penal española, *cf.*: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal*, 18 de febrero de 2009, p. 120.

⁶¹ En España el problema se agudiza por la presencia del tipo penal de blanqueo imprudente. *Cf.*: del Carpio Delgado, J., «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret Penal*, 2016, núm. 4, pp. 1-45, pp. 27 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, (2012), p. 21, nota al pie 18; Castro Moreno, A., «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización den el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», *LL*, de 5 de noviembre de 2009, pp. 1-6.

⁶² Sobre el tema, véase Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2015, pp. 840 y ss.

⁶³ Sobre el dolo *subsequens* en el blanqueo, véase Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 804 y ss.

⁶⁴ La misma crítica se presenta en relación con el blanqueo imprudente en la legislación española. *Cf.*: García-Pablos de Molina, A., *op. cit.*, p. 218; Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 109; afecta al principio de intervención mínima para Fabián Caparrós, E., «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *RGDP*, 2011, núm. 16, pp. 1-33, p. 26. Se refiere a una penología desproporcionada entre el homicidio imprudente y el blanqueo imprudente, Queralt Jiménez, J. J., *derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed. revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, 1.ª ed. en Tirant lo Blanch, Valencia (recurso electrónico), 2015, p. 1302. De forma general, Martínez-Buján Pérez, C., *derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 5.ª ed. adaptada a la LO 1/2015, 2016, pp. 393 y ss., 395 y ss., cuestiona la introducción de la imprudencia en el derecho penal económico y, en concreto, respecto del blanqueo imprudente.

⁶⁵ *Cf.*: Gallejo Soler, J. I., «Art. 301», en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, pp. 1027-1035, pp. 1032 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 68. Sobre la prueba indiciaria en la ignorancia deliberada en el blanqueo, Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 847 y ss.

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

la acreditación del origen criminal de los bienes como sobre la adscripción de la modalidad del dolo.⁶⁶

4. Aspectos de una expansión aún dudosa del lavado de dinero

Otros aspectos del lavado de dinero presentan, por el contrario, aristas todavía ambiguas, que, seguramente, desde el plano formal, podrían subsanarse con una revisión profunda de la técnica legislativa y, desde el plano material, podrían resolverse desde una interpretación teleológica de la letra penal. A continuación se mencionan algunos de estos aspectos y se toma partido por la tesis que se entiende correcta de asumir al respecto.

(a) El autolavado: la posibilidad de ser juzgado en sede penal por autoblanqueo ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina.⁶⁷ Los principales argumentos en contra se relacionan con la vulneración al principio del *ne bis in idem*, al entender el autoblanqueo como un acto copenado,⁶⁸ o el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, al entenderse como un autoencubrimiento impune.⁶⁹

El principio del *ne bis in idem* contiene un doble estándar: por un lado, la prohibición de punición

múltiple y, por el otro, la prohibición de juzgamiento múltiple. La primera, referida desde un concepto jurídico-penal de hecho, al aspecto sustantivo de la valoración del hecho y, la segunda, por el contrario, referida desde un concepto procesal de hecho, al aspecto operativo de la persecución penal del mismo.⁷⁰ Según esta doble faceta del principio, se aprecia que una dimensión de la crítica al autolavado estaría orientada desde el estándar de la prohibición de punición múltiple,⁷¹ como una especie de doble valoración del contenido de injusto de lo que se entiende como *un mismo hecho sustantivo*.⁷² Y, en este punto, reside, a mi criterio, lo cuestionable de la crítica. Cuando el legislador tipificó el autoblanqueo como un delito con antijuridicidad propia, lo hizo con total independencia de la consideración de lo que la doctrina denomina agotamiento irrelevante del delito precedente.⁷³ En el autolavado no se daría una razón de doble valoración prohibida, sino, en todo caso, una errónea interpretación de la *ratio essendi* del delito: el legislador le ha otorgado (por una razón político-criminal determinada), a algunos aspectos del agotamiento económico de una actividad delictiva, la categoría de tipo penal autónomo, por entender que reúne un suficiente contenido de injusto como para lesionar un bien jurídico diferente al subyacente: el orden socioeconómico en

⁶⁶ La causa del empleo de los mismos criterios indiciarios puede deberse, también, a una tendencia a la objetivación —cada vez más— del elemento subjetivo del dolo.

⁶⁷ Cfr: Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 134, que ve una expansión irrazonable en el autoblanqueo; Gutiérrez Rodríguez, M., «Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, 2015, núm. 24, pp. 1-22, pp. 19 y ss.

⁶⁸ Cfr: Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *El Autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, pp. 39 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, pp. 616 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 65, 67; Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, pp. 22 y ss., 25 y ss.; Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 2000, pp. 390 y ss.

⁶⁹ Cfr: De la Mata, N. J., «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», *RGDP*, 2016, núm. 26, pp. 1-43, p. 10; Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *op. cit.*, pp. 43 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 67; Molina Fernández, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito», en Bacigalupo Saggese, S. y Bajo Fernández, M. (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 91-123, pp. 122-123; Ferré Olivé, J. C., *op. cit.*, pp. 260-261.

⁷⁰ Cfr: Mañalich, J. P., «El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio», *PC*, 2014, v. 9, núm. 18, pp. 543-563, pp. 547-548 y ss., 551 y ss.

⁷¹ También es posible cuestionar el autoblanqueo desde la prohibición del juzgamiento múltiple, máxime cuando al tratarse de un delito autónomo es posible tanto la sucesión como simultaneidad de procesos. Sobre esta prohibición Mañalich, J. P., *op. cit.*, pp. 551 y ss.

⁷² Cfr: Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 549: «la prohibición de punición múltiple opera al modo de una 'prohibición de doble valoración', orientada a evitar que un mismo aspecto del correspondiente objeto de juzgamiento sea considerado más de una vez en la fundamentación de la sanción».

⁷³ Cfr: Demetrio Crespo, E., *op. cit.*, pp. 10-11, 14 y s. En relación con el delito fiscal en España, Bacigalupo Zapater, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 13, 17, 25, 30 y ss., entiende que por el principio de consunción (art. 8.3 CP) la aplicación del art. 301 CP resulta excluida por cuanto el delito fiscal ya comprende todo el desvalor de la conducta. Similar Gutiérrez Rodríguez, M., *op. cit.*, pp. 8-10, 20.

su conjunto o en alguna de sus manifestaciones.^{74/75} En otras palabras, no se trataría de que el legislador haya valorado dos veces el mismo hecho, sino que interpretó, antes de la tipificación, un hecho ideal posible (por ejemplo, el narcotráfico consumado y agotado en toda su extensión) como dos hechos independientes, con significaciones delictivas distintas: el narcotráfico consumado, por un lado, y el agotamiento económico del mismo, por el otro (lavado de dinero). Por esta razón, si, a su vez, el fundamento de la prohibición de punición múltiple se encuentra en la prohibición de exceso, como corolario del principio de proporcionalidad,⁷⁶ entonces, con mayor razón no podría sostenerse que la sanción del autoblanqueo resulta desproporcionada en comparación con el delito precedente, toda vez que los objetos de protección de la norma de sanción de los tipos penales difieren sustancialmente.⁷⁷

No obstante, lo dicho, lo que sí podría plantear serias dudas acerca de la doble valoración de un mismo hecho es el aspecto del agotamiento en determinados delitos, que consisten en poseer y utilizar los bienes que fueron objeto del ilícito⁷⁸ (como el robo de una moto o la estafa de una joya), pero, no así, si se los emplea para adquirir

otros bienes. En todo caso, esta problemática no es posible ensayarla en este trabajo.

En cuanto al principio *nemo tenetur* se ha defendido que existe un derecho fundamental de las personas de guardar silencio y de no declarar contra sus propios intereses, esto es, nadie está obligado a autoincriminarse; máxime cuando desconoce acerca del alcance de sus derechos y, al ser sorprendido *in flagranti delicto*, pueda involuntariamente autoincrimarse.⁷⁹ En este sentido, el Estado no podría exigir esta especie de autodenuncia penal, so pena de convertirlo en una autolesión inexigible e ilegítima.⁸⁰ Según qué fundamento se asuma, el autolavado podría no constituir un autoencubrimiento impune,⁸¹ en la medida en que la conducta del sujeto revelara de modo objetivo la lesión del bien jurídico protegido por el lavado de dinero y a la vez revelara objetivamente, no la voluntad de ocultación de un supuesto hecho delictivo anterior, sino la inviabilidad de su argumento expreso o silencioso sobre la procedencia lícita de los bienes.⁸² En estos supuestos, el mismo autor podría, en concurso,⁸³ por ejemplo, cometer tanto una estafa como un blanqueo de capitales al mismo tiempo.

(b) La naturaleza de delito autónomo: también se ha cuestionado que la autonomía del lavado de dinero

⁷⁴ Cuestiona que se lesione dos veces el orden socioeconómico en el delito de defraudación fiscal y blanqueo de capitales, De la Mata, N. J., *op. cit.*, p. 10.

⁷⁵ Las referencias bibliográficas en este punto son inabarcables de una sola vez. A modo de ejemplo, se refieren al orden socioeconómico, Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, pp. 14 y ss. En Alemania Kargl, W., *op. cit.*, p. 60 (*Volkswirtschaft*); Bottke, W., «Teleologie and Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *wistra*, 1995, núm. 4, pp. 87-91 y 121-130, p. 124 (legal funcionamiento de la competencia de mercado).

⁷⁶ Cfr. Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 548.

⁷⁷ Sin embargo, puede suceder que a nivel legislativo exista un problema de proporcionalidad general, pero ello no puede ser identificado con el *ne bis in idem*. Cfr. Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 549.

⁷⁸ Sobre este tema, en particular Gutiérrez Rodríguez, M., *op. cit.*, pp. 6 y ss. (para quien, además de infringirse el principio del *ne bis in idem*, se invierte injustamente la carga de la prueba); en general Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, pp. 22 y ss., 25 y ss.

⁷⁹ Cfr. Roxin, C., «La protección de la persona en el Derecho procesal alemán», en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, García Cantizano, M. del C. (trad.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 121-158, pp. 125 y ss., 131 y ss., 134.

⁸⁰ Cfr. Polaino-Orts, M., «Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte general», en Ambos, K., Coria, C. y Malarino, E. (coords.), *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, Lima, Jurista Editores, 2015, pp. 249-288, pp. 273-274, para quien el conocimiento del origen ilícito de los bienes genera una especie de deber de «compliance personal», que contraría el derecho de no declarar contra sí mismo.

⁸¹ Cfr. Terradillos Basoco, J.M., *op. cit.*, p. 242.

⁸² El art. 400 bis del CP establece que se entenderá por productos derivados de una actividad ilícita cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente de la comisión de algún delito y *no pueda acreditarse su legítima procedencia*. Respecto de este último elemento del tipo, Aguilar López, M. A., «El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia», *RJF*, núm. 18, 2004, pp. 1-30, p. 29, sostiene que el mismo no lesiona el principio constitucional de la presunción de inocencia del acusado por cuanto, si bien el legislador ha previsto de que los recursos serán entendidos como de procedencia ilícita cuando existan fundados indicios de su ilicitud y al mismo tiempo no pueda acreditarse su legítima procedencia, ello no significa ni que el Ministerio Público quede exento de su función probatoria ni que el acusado haya de demostrar su inocencia. Por el contrario, el tipo penal solo se refiere a la forma que tiene el acusado de adoptar su defensa frente a las pruebas aportadas por el Ministerio Público.

⁸³ Cfr. Terradillos Basoco, J.M., *op. cit.*, p. 242.

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

se presta para que en la práctica los tribunales puedan juzgar y condenar por blanqueo, aun respecto de aquellos delitos previos que no han sido sometidos a un proceso o condena penal.⁸⁴

Desde las dos razones que pueden presentarse a favor de la autonomía del blanqueo de capitales⁸⁵ se responde a esta crítica. La primera razón, de índole dogmática, entiende que el lavado de dinero no se encuentra concebido ni como una forma de encubrimiento ni como una de participación, sino como un acto típico de cierre o agotamiento del delito anterior, que lesiona un bien jurídico diferente a través de la incorporación de las ganancias ilícitas al tráfico legal.⁸⁶ De un modo muy provisorio, podría sostenerse que, así como existen excepcionalmente actos preparatorios punibles, *existirían* actos conclusivos (de agotamiento) punibles, cuya aplicabilidad y ubicación sistemática, todavía, tendría que ser revisada.⁸⁷ El agotamiento punible consistiría en la introducción de los activos ilícitos al curso legal de la economía. Y, una segunda razón político-criminal, desde la cual el

castigo del lavado de dinero persigue fines bien distintos de los que persiguen las finalidades de los delitos previos. Es decir, el ámbito de protección de la norma del blanqueo de capitales estaría orientado a evitar conductas lesivas de un bien jurídico colectivo, allende los especiales bienes jurídicos tutelados por los delitos subyacentes.⁸⁸

(c) El delito previo conexo: que el lavado de dinero se ha convertido en una especie de macodelito porque el legislador ha criminalizado cada vez más supuestos bajo este fenómeno es una cuestión no solo jurídicamente indiscutida, sino también a nivel social. Descriptivamente, podríamos decir que el blanqueo de capitales ha ampliado sus márgenes de prohibición penal y, con ello, la intervención represiva a costa de las libertades ciudadanas. Pero, todavía habrá que someter a consideración las razones de dicha ampliación y a partir de allí constatar su legitimidad. De modo resumido y cronológico, el lavado de dinero se ha expandido desde el tipo fiscal a cualquier recurso proveniente de una *actividad ilícita*,⁸⁹ lo que significa

⁸⁴ La autonomía del delito presenta en la práctica algunos inconvenientes, que habrían de resolverse a nivel procesal y no desde la crítica a su naturaleza autónoma. En sentido crítico, algunos autores entienden que el blanqueo de capitales se ha terminado por convertir en un delito de sospecha (*Verdachtsstrafe*) o de presunción de culpabilidad. Cfr: Cortés Bechiarelli, E., «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento europeo y del Consejo», *AFD*, 2003, v. 21, pp. 153-185, pp. 156-157. Sobre todo, en aquellas ocasiones en que los tribunales no exigen una real conexión (ni condena) con el delito previo. En este sentido ABEL SOUTO, M., *ob. cit.*, p. 146; DÍAZ y GARCÍA CONILLO, M., «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 281-299, pp. 288 (delito de sospecha que «a veces se maquilla con la expresión 'prueba indiciaria'») y 299. En el delito de sospecha se entiende, que la aplicación del tipo penal admite en la práctica la relajación de las exigencias probatorias de alguno de los elementos del tipo, sobre todo de los relativos al tipo subjetivo, atentando contra el principio de la presunción de inocencia. Sobre los problemas que presenta el blanqueo en relación con la presunción de inocencia (*Unschuldsvermutung*) en el ordenamiento alemán, Kargl, W., *op. cit.*, p. 62; Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996, pp. 341-342.

⁸⁵ Por la similitud estructural, podrían considerarse aquí algunas de las razones a favor de la receptación como delito autónomo, a las que refiere de la Mata, N. J., *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código penal*, Madrid, CPMJ, 1989, pp. 16-18 (añadiendo razones técnicas, de principio y procesales).

⁸⁶ Con ello, en el blanqueo de capitales regiría el principio de accesoriedad típica limitada mínima, esto es, la que solo precisa de una base objetiva para su castigo. Cfr: Muñoz Conde, F., *Derecho penal, Parte especial*, 20.ª ed. completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, p. 447.

⁸⁷ Una propuesta en este sentido, que concibe el blanqueo de capitales como una *norma de flaqueo invertida*, en Varela, L., «El blanqueo de capitales como norma de flaqueo invertida (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica)», *RP*, núm. 40, 2017, pp. 236-249, pp. 244 y ss.

⁸⁸ Incluso, dada la autonomía del blanqueo frente al delito precedente, podría suceder que el blanqueo resulte como calificación alternativa respecto del delito anterior, en los casos en que este último no pueda llegar a probarse (como el narcotráfico), pero sí aquel. Cfr: Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 448.

⁸⁹ El art. 400 bis del CP establece lo que debe entenderse por productos derivados de una actividad ilícita: a efectos de este capítulo se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En España, algunos autores entienden que el concepto de actividad delictiva presenta un campo de aplicación ingente, puesto que podrían darse supuestos de blanqueo respecto de hechos ya prescritos. Cfr: De la Mata, N. J., *op. cit.*, pp. 8 y ss. (en especial relación con el delito de defraudación tributaria); Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *op. cit.*, p. 33; así como lo que se denomina receptación del blanqueo en Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 67.

que el lavado de dinero se realiza respecto de cualquier tipo de delito⁹⁰ como en relación con cualquier bien de origen ilícito.⁹¹ Si observamos dicha ampliación desde los mandatos europeos en la materia, el lavado de dinero se ha expandido desde la receptación con ánimo de lucro a la omisión al deber de declarar la cuota fiscal (delitos que consisten en el aprovechamiento de las ganancias). Esta clase de expansión del tipo penal merece una crítica contundente. A través del blanqueo de capitales no puede perseguirse todo tipo de criminalidad porque desde el refrán popular «el que mucho abarca poco aprieta» se advierte muy rápidamente el fracaso político-jurídico al que se conduce a la lucha contra la auténtica criminalidad (la organizada), desperdiciando recursos y esfuerzos en la persecución de infracciones menores. En este sentido, el blanqueo de capitales solo habría de quedar penalmente conectado con determinados delitos graves (corrupción, narcotráfico, terrorismo, entre otros).⁹²

(d) En la legislación española, por ejemplo, se contempla el blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave (que merece alguna consideración teniendo en cuenta la tendencia internacional de

ampliar la criminalización del lavado de dinero): el legislador ha incluido este tipo penal, quizá pensando en otra cosa,⁹³ pero lo cierto es que, el mismo, ha resistido hasta las más duras críticas de la doctrina desde su introducción.⁹⁴ Entre las críticas más comunes se encuentran las siguientes: la modalidad imprudente está prevista como un tipo de recogida (*Auffangtatbestand*) para cuando no puede probarse el dolo;⁹⁵ se infringe el principio de intervención mínima al castigar desde la modalidad imprudente hechos no penalmente relevantes;⁹⁶ el tipo penal al no discriminar quiénes pueden cometer blanqueo por imprudencia, admite una interpretación amplia, que termina convirtiendo a cualquier ciudadano común en una especie de funcionario asistente del Estado encargado de realizar la actividad oficial de prevención del lavado de activos;⁹⁷ la norma de cuidado del tipo penal ha de complementarse no solo con la normativa administrativa respectiva en relación con determinados sujetos obligados, sino con determinadas disposiciones provenientes de organismos internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI),

⁹⁰ En México se pasó del lavado de dinero como infracción de tipo fiscal a cualquier delito, primordialmente para perseguir la delincuencia organizada. Cfr. Ojeda Bohórquez, R., «Análisis dogmático del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita», en *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán: 50 años de vida académica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pp. 471-482, pp. 472 y ss. En España se pasó del narcotráfico, luego un delito grave y actualmente en relación con cualquier delito (grave o no). Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 143; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, (2014), p. 176; Choclán Montalvo, J.A., «¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?», *BICAM*, ejemplar: *Blanqueo de capitales*, 2007, núm. 37, pp. 159-174, p. 159.

⁹¹ No solo es la relación con una actividad delictiva determinada, sino que el tipo se conforma con el origen ilícito de los bienes. Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 133.

⁹² Crítico también en relación con la amplitud de lo que denomina «infracciones criminales nodrizas» Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 52.

⁹³ Cfr. sobre las primeras razones, véase Fabián Caparrós, E., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas», *ADPCP*, 1993, t. 46, núm. 2, pp. 585-628.

⁹⁴ Entre las más duras críticas figura la de Cobo del Rosal, M., *op. cit.*, pp. 52-53. Una crítica matizada en Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, p. 417, quien expresamente sostiene que no apoya de modo alguno el art. 301.3 pero, no obstante, ofrece un modo restrictivo de interpretar el tipo penal; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1996*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 126-127.

⁹⁵ Cfr. Cortés Bechiarelli, E., *op. cit.*, p. 179, concibe la modalidad imprudente como una sospecha de dolo. También Blanco Cordero, I., *op. cit.*, *passim*; Abel Souto, M., *op. cit.*, pp. 139, 146; Díaz y García Conlledo, M., *op. cit.*, pp. 288 y 299; Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, pp. 27-28, 31; Fernández Teruelo, J., «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2011, pp. 111-129, p. 118; Ferré Olivé, J. C., *op. cit.*, p. 260; Choclán Montalvo, J. A., *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 81; Gómez Iniesta, D., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, CEDECS, 1996, p. 66. En Alemania, entre otros, Glaser, R., *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, München, Herbert Utz, 2009, pp. 62, 78; Schramm, E., «Zum Verhältnis von (gewerbsmäßiger) Hehlerei (§§ 259, 260 StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *wistra*, 2008, núm. 7, pp. 245-249, p. 248; Werner, G., *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*, Freiburg im Breisgau, Iuscrim, 1996, p. 246.

⁹⁶ Cfr. Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, p. 7; Arias Holguín, D., *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 125; Bajo Fernández, M., *op. cit.*, p. 18; Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, p. 341.

⁹⁷ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 134 y ss., 213h. En Alemania Kargl, W., *op. cit.*, p. 60, se refiere a un deber general para toda la población, que le exige actuar como un órgano colaborador (*Hilfsorgane*) de la autoridad investigadora del Estado.

¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

que escapan al control parlamentario español;⁹⁸ entre otras críticas.⁹⁹

A favor de la criminalización del tipo imprudente, podrían ensayarse los siguientes argumentos: aun cuando el tipo penal se encuentre pensado para salvar las dificultades probatorias que se presentan en la práctica respecto del dolo, ello no es óbice para seguir exigiendo un fundamento, no solo formal de infracción al deber de cuidado, sino también material, en la imprudencia.¹⁰⁰ Con sensatez, no resulta compartible, que desde la imprudencia se hayan decidido resolver los *supuestos* problemas de la prueba del dolo,¹⁰¹ porque tan difícil es probar el dolo como la imprudencia; máxime cuando desde hace tiempo la jurisprudencia viene trabajando con un concepto de dolo cada vez más objetivo, que le permite salvar cuestiones probatorias. Así también, el principio de intervención mínima tiene que ir adaptándose a las nuevas formas de criminalidad y a las nuevas formas en que, intersubjetivamente, se perciben como criminal determinadas conductas, antes toleradas o no del todo conocidas. En conexión con el lavado de dinero imprudente se presenta la crítica del blanqueo como delito común. En cuanto a ello podría sostenerse que una política-criminal que solo se oriente a exigir determinados deberes de cuidado a sujetos obligados por la normativa administrativa infringiría en dos aspectos el principio de igualdad. Por un lado, respecto del ciudadano común, porque llegado el caso podría ser castigado por un dolo eventual, mientras que el sujeto obligado (que cuenta a su favor con normas de cuidado expresas y determinadas, así como una infraestructura institucional preparada al efecto) recibiría tan solo una pena por imprudencia. Pero, también, y por el otro, respecto del sujeto obligado, porque su ámbito de libertad se restringiría a través de las normas de cuidado a la

vez que disminuiría el margen de error en la comisión del delito, generando con el devenir del tiempo, una presunción de vencibilidad ya ante la mera infracción formal de determinados deberes.¹⁰²

5. Aspectos de una expansión razonable del lavado de dinero

Una política criminal razonable en materia de blanqueo de capitales se erige como una respuesta institucional necesaria a demandas sociales merecidas. Algunos ejemplos, de qué aspectos del blanqueo se justificaría insoslayablemente tutelar por el derecho penal, y que conformarían el núcleo duro de la prohibición, son los siguientes:

- a) El ingreso masivo a la economía regular de capital proveniente de actividades delictivas: a diferencia de la inyección insignificante, el blanqueo de ingentes cantidades de dinero de procedencia ilícita provoca una fuerte y sentida desestabilización del orden socioeconómico (entendiéndose dicha desestabilización como la lesión a dicho bien),¹⁰³ con todos los efectos perniciosos para los bienes jurídicos personales que le subyacen.
- b) Cualquier conducta que comporte el ingreso de elevadas cantidades ilícitas al tráfico legal: resultan las más comunes, por su naturaleza operativa, las de administrar y convertir el capital en lícito, así como las de traspasar o transferir, por cuanto sus efectos lesivos se revelan con mayor inmediatez, que los de mera adquisición, posesión y ocultamiento, que hasta que no se los coloca en movimiento, configuran una mera

⁹⁸ Cfr. Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 68-69.

⁹⁹ Cfr. Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 417 y ss., 419-420, quien cuestiona, por anormal, esta «especie de participación imprudente al buen fin de un hecho criminal ajeno», que es el tipo del art. 301.3.

¹⁰⁰ Respecto de la regulación alemana Lampe, E.J., «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)», *EPC*, Abel Souto, M. (trad.), 1997, núm. 20, pp. 103-148, pp. 133-134 y ss.

¹⁰¹ En todo caso, como lo advierte Blanco Cordero, I., *op. cit.*, p. 868, si el blanqueo fuera solo doloso se presentaría un problema de elusión de la prueba respecto de los sujetos obligados por la normativa administrativa, por cuanto bastaría con alegar el desconocimiento como para dejar impune la conducta.

¹⁰² Algunos autores dan cabida al blanqueo imprudente solo en la medida en que el tipo penal se interprete como un delito especial. Cfr. Bermejo, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 327, 326; Gallego Soler, J. I., *op. cit.*, p. 1030; Polaino-Orts, M., *op. cit.*, p. 264; Gómez Benítez, M., *op. cit.*, pp. 67, 70, 71; Blanco Cordero, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*, Granada, Comares, 1999, pp. 5, 185-186, 198-199.

¹⁰³ Para Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 12, sobre todo respecto del delito de narcotráfico.

- y alejada amenaza de lesión al orden socioeconómico.
- c) Delitos previos conexos: las actividades delictivas más graves, como los son el narcotráfico, la corrupción, el tráfico de personas, el terrorismo, entre otros.
 - d) Modalidad dolosa: sin duda, los delitos dolosos son el paradigma de las conductas delictivas más dañosas, dado el estado de conocimiento que el sujeto tiene en relación con el deber de evitar la realización de los elementos del tipo penal. En este sentido, el conocimiento del deber y de su dimensión de desvalor social lo coloca en una situación de fácil observancia del deber, porque tanto puede evitar sin demasiado margen de error la conducta prohibida, como realizarla a consciencia. Por el contrario, el sujeto imprudente, el que obra bajo una creencia errónea vencible, se encuentra en una situación de difícil observancia del deber en el momento de los hechos. De allí que su castigo penal merezca un fundamento bien convincente y solo limitado a supuestos excepcionalmente graves.
 - e) Delito común y especial: el lavado de dinero habría de perseguirse quién quiera que fuere el sujeto que realice el acto de operar con recursos de procedencia ilícita; esto es, ya sea como sujeto garante de alguna actividad comercial o financiera determinada o como ciudadano que realiza alguna transacción económica equis.¹⁰⁴

6. Balance crítico final

Ante el actual escenario de nuevas libertades y nuevos riesgos han de proponerse nuevas reacciones y respuestas desde lo penal, siempre que el objeto a tutelar justifique su intervención, y parece ser que el orden socioeconómico sí lo hace. La consideración de la

nueva criminalidad económica no significa un abandono de los principios limitadores del Derecho a castigar del Estado, sino, por el contrario, significa —o al menos pretende significar— un «perfeccionamiento del cambio de tendencia del derecho penal»,¹⁰⁵ basado en la igualdad de trato y protección, y orientado a responder más eficientemente —y no solo más efectivamente— «ante las amenazas específicas de la sociedad industrial postmoderna».¹⁰⁶ Pero, en cualquier caso, la modernización del derecho penal en materia económica no debe enfocarse como algo reivindicativo contra los poderosos, ricos o capitalistas, es decir, como algo atinente a la distribución social de la riqueza, sino más bien, como un despertar por el sentido del reconocimiento intersubjetivo de igualdad y justicia social, que hace tiempo la sociedad reclama. Como algo, entonces, atinente a la dignidad humana.¹⁰⁷ En este sentido, la denominada expansión del tipo penal de lavado de dinero no es una cuestión baladí. Para las libertades civiles supone no solo aumentar las posibilidades de cometer el delito, sino también, según la normativa actual, conlleva la necesidad de reforzar las medidas de diligencia en el trato económico. Por su parte, para los juristas supone la reconsideración de ciertos temas, dados algunas veces por cerrados, así como supone un mayor esfuerzo de reflexión en la interpretación y aplicación de la norma penal.¹⁰⁸ En este sentido y para finalizar con ejemplos, aunque muchas transacciones cotidianas pudieran incluirse formalmente en el tipo de blanqueo, ni la *ratio legis* ni la del sentido común contemplan, entre sus menesteres, actividades socialmente habituales (*sozial üblichen Tätigkeiten*), como lo son la conducta del panadero que vende pan al narcotraficante, o los honorarios del médico que lo asistió, o el del taxista que lo trasladó;¹⁰⁹ así tampoco contemplan entre sus finalidades, las conductas de familiares (hijos, esposos), que —sin participación delictiva alguna— conviven con el funcionario que malversó o el empresario que cometió un acto de corrupción.

¹⁰⁴ De hecho, el art. 400 bis del CP se refiere a cualquier persona que por sí o por interpósita persona realice alguna de las conductas tipificadas como lavado de dinero. El tipo penal habrá de complementarse con lo indicado por la Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de 2012.

¹⁰⁵ Cfr: Schünemann, B., *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁶ Cfr: Schünemann, B., *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁷ De allí, que en este trabajo se rechace continuar con el lenguaje semánticamente cargado de contenido confrontativo, como el de derecho penal de la clase alta, de los cuellos blancos y el de derecho penal de la clase baja, de las botas negras; porque, a lo único a lo que conducen estas fórmulas es a tergiversar el mensaje de lo que se necesita transmitir y a resentir sensibilidades en un sentido y otro.

¹⁰⁸ Cfr: Kargl, W., *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁹ De estos ejemplos Kargl, W., *op. cit.*, p. 60.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES