

EL CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO Y LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA*

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**

I. EL AUTOBLANQUEO

1. CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO

Por autoblauqueo se entiende la conducta de quien blanquea bienes, capitales, activos o como quiera denominarse la figura del blanqueo, habiendo sido el autor (u habiendo intervenido de otra forma) en el delito previo del que proceden los capitales, bienes o activos.

Lo que se cuestiona aquí es la procedencia y posibilidad de castigar la conducta de autoblauqueo además de la previa.

2. DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA INTERNACIONAL

El Derecho comparado no es uniforme en cuanto al castigo del autoblauqueo. Así, hay países que expresamente excluyen tal castigo (Alemania anteriormente –aunque de forma peculiar, de modo que, si el hecho previo no se podía castigar por falta de culpabilidad o razones semejantes, sí podía entonces punirse el autoblauqueo, ya que este era en principio típico, aunque cubierto por una especie de causa de exclusión de la punibilidad recogida en un apartado del § 261 StGB, hoy con contenido diferente- o Austria; no de forma tan clara, Italia), mientras que otros lo admiten también de manera expresa (Bélgica o, actualmente, España). En algunos países, su legislación no se pronuncia abiertamente y parece que

cabría el castigo, aunque se discute la cuestión (Suiza y, hasta finales de 2010, España). Dado que el blanqueo de capitales posee a menudo carácter transfronterizo, estas diferencias dificultan a veces su persecución por problemas de reciprocidad.

La normativa internacional puede resumirse así: se permite o admite el castigo del autoblauqueo, si bien se contemplan reservas o excepciones en caso de que este resulte incompatible con la normativa constitucional o principios legales fundamentales del Estado correspondiente.

3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA (LO) 5/2010 Y LAS RAZONES PARA EL CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO

Como es sabido, la primera tipificación del blanqueo se produce en España a través de una modificación del CP 1944/73 llevada a cabo por la LO 1/1988, de 24 de marzo, si bien el castigo se limita a conductas de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas (art. 546 bis f CP, introducido por la citada LO), como lo hace también el art. 344 bis h) e i), introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre. Pero es el CP 1995 el que castiga con carácter general en su art. 301 distintas conductas blanqueo de bienes (así se denominó en el CP hasta la reforma de 2010) procedentes de un delito grave (posteriormente, en una

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, ahora de Economía y Competitividad, en parte con fondos FEDER), de otro (MINECO) actualmente en fase de evaluación) y, de manera algo más indirecta, en el proyecto de investigación LE066A11-1 (Junta de Castilla y León) y en otro (JCYL) para el que solicitará financiación, de los que soy investigador principal. Una versión inicial de este trabajo se presentó como ponencia invitada en el III Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela (España), 18 a 20 de julio de 2012, lo que explica algunas referencias.

** Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España).

de las reformas del año 2003, se ampliaron los tipos al suprimirse la exigencia de gravedad del delito, lo que finalmente ha evolucionado en la reforma de 2010 a la exigencia de que los bienes procedan de una “actividad delictiva”, expresión más imprecisa, con casi segura finalidad ampliatoria y muy discutible).

En relación con el autoblanqueo, parecía significativo de entrada que no se incluyera en el tenor de los tipos una aclaración como la contenida en el encubrimiento (art. 451 CP) y en la receptación de efectos procedentes de delito (art. 298 CP; en la de efectos procedentes de faltas –art. 299 CP- no se contiene esa aclaración, pero entiendo que cabe interpretar que rige también para ella) en el sentido de excluir de la responsabilidad por tales delitos a quien hubiera intervenido en el delito previo. Ante este contraste en las regulaciones y ante el silencio de la ley en los delitos de blanqueo, no es de extrañar que en la doctrina se hallaran opiniones diversas al respecto.

Para un sector, pese al silencio legal, había que entender que, si el sujeto ha intervenido en el delito en el que tienen su origen los bienes, no responderá por el de blanqueo posterior, en virtud del principio de que el autoencubrimiento es impune (con apoyo en general en la idea de la inexigibilidad, o aludiendo sin más al que el blanqueo –autoencubrimiento- es un hecho posterior copenado en la sanción del delito origen de los bienes –en la solución de un concurso de leyes o normas por relación de consunción, o apelando a una evitación de la vulneración del principio non o ne bis in idem, o incluso se apelaba en ocasiones al derecho constitucional a no declarar contra uno mismo). Algunas sentencias del Tribunal Supremo (STS) se adscribieron a esta tesis (con la excepción general de que el segundo hecho supusiera una nueva antijuricidad, un nuevo lucro y mayor), incluso la STS 637/2010, de 28 de junio, que señalaba que, aunque las cosas cambiaban con la reforma recién aprobada, como los hechos eran anteriores a la entrada en vigor de esta (e incluso a su aprobación o publicación), había que entender que

el autoblanqueo era entonces impune. Las críticas a esta opinión son las que se deducen de la exposición que sigue inmediatamente de la contraria, a las que ocasionalmente se añade alguna, a veces discutible.

Una opinión, primero minoritaria, pero después creciente, entendía que el silencio legal significaba que en este caso el sujeto respondía por blanqueo aunque hubiera intervenido en el delito origen de los bienes, a lo que se añadía que la impunidad del autoencubrimiento tiene su límite en la comisión de otro delito distinto del encubrimiento (que aquí sería el de blanqueo). Existieron también STS, antes y después del acuerdo que menciono inmediatamente, que seguían esta tesis. El acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 18 de julio de 2006 señalaba que no podía excluirse “en todo caso” el concurso real entre el delito de blanqueo y el delito previo, o sea el castigo del autoblanqueo, y que en el enjuiciamiento de esos supuestos la Sala debería constituirse con cinco magistrados. La verdad es que este acuerdo, si bien tendía a la tesis sancionadora (aparte o añadida a la del delito origen de los bienes) del autoblanqueo, no era del todo claro.

Y todavía había una opinión más que, partiendo de la primera tesis (la negadora del castigo del autoblanqueo), estimaba que, si quien intervino en el delito origen de los bienes realiza para blanquearlos un tercer delito (de carácter fiscal o monetario –si existieran-, por ejemplo), este delito ya no resultaría impune (con el fundamento también de que la impunidad del autoencubrimiento tiene su límite en la comisión de un delito distinto).

Pues bien, prescindiendo de esta última postura, en la que habría que comprobar si efectivamente el otro delito cometido para blanquear supone algo distinto o no de un encubrimiento (para lo que habría que analizar el concreto delito cometido, su naturaleza, el bien jurídico al que afecta, etc.), me pronuncié de manera provisional, que ahora confirmo, reconociendo lo arduo de la cuestión, más bien en el sen-

tido de la posibilidad y procedencia de castigar el autoblanqueo.

Entendía que apelar sin más a la idea del autoencubrimiento para acoger la impunidad propugnada por el primer sector doctrinal (inicialmente mayoritario) resultaba demasiado automático. En este sentido, tenía razón (si se explica materialmente por qué) el otro sector en que la impunidad del encubrimiento cesa cuando se comete otro delito. Esto había que entenderlo en el sentido de que se comete un delito cuyo contenido excede de un (auto)encubrimiento, es decir, se atacan otros bienes jurídicos distintos de la Administración de Justicia (cuando ocasionalmente se apelaba, sin embargo, a la Administración de Justicia como bien jurídico añadido al afectado por el delito previo se estaban ignorando precisamente las razones de no castigar aparte el autoencubrimiento, lo que resulta incorrecto), de modo que no es posible considerarlo ya copenado en el delito previo, o, si se prefiere, hace exigible una conducta distinta (exige el “sacrificio” por parte del sujeto, que debe abstenerse de la conducta lesiva de esos otros bienes jurídicos, aunque con ello pierda la ocasión de ocultar su intervención en el hecho previo).

Por otro lado, puede haber ocasiones en que la ley excepcione el principio de impunidad del autoencubrimiento tipificando expresamente una conducta de autoencubrimiento; en estos casos, la justificación material de la existencia de un tipo así dependerá de si existen razones (en el sentido visto) para la excepción. Pero no era este último el caso del blanqueo, en que no se tipificaban expresamente conductas de autoencubrimiento (tras la reforma de 2010), sino simplemente conductas que suponen encubrimiento (quizá unas más claramente que otras) de un hecho previo, por lo que se analizaba precisamente si de la punición de las mismas cabía excluir la de las autoencubridoras. Se trata por tanto, en una explicación simplificadora, de lo siguiente: se admite la impunidad (o, si se quiere, se admite que el castigo por el hecho previo abarca ya el del

autoencubrimiento) del sujeto que con una conducta posterior, que puede encajar en tenor literal de algún tipo, se limita a encubrirse (ello lo dice claramente la ley en el propio delito de encubrimiento y en el de receptación de efectos procedentes de delito) o a encubrirse “y poco más”, es decir que, aunque afecte a otros bienes jurídicos, esta afectación no tiene la suficiente relevancia como para hacerle exigible una conducta distinta al autoencubrimiento o, si se quiere, esa afectación no es suficiente para justificar un castigo añadido al que corresponde por la intervención en el hecho previo (como sucedería, por ejemplo, en la receptación de efectos procedentes de delito; y, si se quiere apurar el argumento, incluso en el delito de encubrimiento, en el que, aunque sea de modo indirecto, pueden verse afectados otros bienes jurídicos).

Pues bien: quien, habiendo intervenido en el delito origen de los bienes, los blanquea en alguna de las formas establecidas en los arts. 301 ss., ¿se limita a autoencubrirse o a autoencubrirse “y poco más”? Este es la cuestión material que los partidarios de la tesis favorable al castigo del autoblanqueo contestaban en sentido negativo (y esta es la misma reflexión que llevaba a algunos autores del otro sector a matizar –de forma quizá demasiado general– que la impunidad del autoencubrimiento en forma de blanqueo no alcanza a la comisión de “terceros” delitos).

Y, desde luego, parece que existían y existen argumentos para señalar que, pese a la proximidad al encubrimiento de las conductas del blanqueo, de lege lata se ha considerado (y parece que con razón) que el blanqueo es bastante más que un encubrimiento: sólo la comparación de las penas del encubrimiento con las del blanqueo (estas bastante más severas y cada vez más) son ya un indicativo de la diferencia en cuanto a merecimiento y necesidad de pena (en las propias valoraciones legales). Significativo es, como se ha dicho, que, siendo tan explícito el CP en el encubrimiento y en la receptación a la hora de excluir de su alcance a quienes hayan intervenido en el hecho previo,

guarde silencio al respecto en el blanqueo. Y significativo es también, por la menor vinculación de la conducta encubridora de blanqueo al hecho previo que indica, la no limitación de la pena del blanqueo a la del hecho previo (como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 respectivamente), resultando a menudo (especialmente desde que dejó de exigirse que el delito previo fuera grave) mayor la del blanqueo.

Todos ellos son datos que apuntan en el sentido de que la afectación de otros bienes jurídicos en el blanqueo era y es un dato muy importante en la concepción legal a la hora de configurar los delitos como algo que va bastante más allá del encubrimiento. Cuál sea ese otro bien jurídico excede de esta exposición y es objeto de otra en este foro. Indicaré, no obstante, que, junto a la Administración de Justicia, el bien jurídico afectado por el blanqueo y que la tipificación legal intenta proteger (aunque de modo excesivamente impreciso seguramente) es el orden socioeconómico, ya que lo que parece peculiar de las conductas de blanqueo de bienes es precisamente la introducción de esos bienes de procedencia ilícita en el flujo económico ordinario, legal, regular, escapando al control ordinario que al Estado interesa tener del mismo. No es tanto que necesariamente se lesionen intereses económicos generales (que incluso podrían mejorar: piénsese en las ofertas de determinados narcotraficantes poderosos de sanear las arcas estatales pagando la deuda externa –naturalmente con dinero procedente de las actividades delictivas- a cambio de su impunidad, o en las donaciones de ciertos mafiosos para la mejora de sus pueblos), sino que se atenta contra la regularidad de ese orden económico, poniéndose en peligro así también otros intereses relacionados con él (como, por ejemplo, la correcta exigencia de obligaciones fiscales). Si a ello unimos el dato no estrictamente derivado de los tipos legales, pero sí existente en la realidad, de la frecuencia de la relación del blanqueo con la criminalidad organizada (por ello no es gratuita la postura que cree que lo protegido es la seguridad interior del Estado

frente a ciertas formas de delincuencia organizada, sólo que, más que del bien jurídico protegido mediante los preceptos legales, se trataría de una *ratio legis* para la persecución del blanqueo), el de que los capitales blanqueados suelen ser de muy importante cuantía (dato que los tipos legales tampoco tienen en cuenta expresamente, pero que se constata empíricamente) y el de que, como en todo encubrimiento, con el blanqueo se fomenta la comisión futura de delitos importantes que interesa prevenir, podemos concluir que entender que estos delitos afectan al orden socioeconómico en sentido amplio, o sea a intereses generales supraindividuales de orden social y económico (de forma más acentuada que en la receptación, que, aunque parece atender en su configuración actual también a algunos de estos intereses, conserva tradicionalmente una mayor conexión con el patrimonio individual), no parece desacertado, sin renunciar por ello a la idea de la protección de la Administración de Justicia (que incluso podría englobarse en ese conglomerado de intereses).

Por ello, creo que se podía y se puede mantener que, en principio, la intervención en el hecho previo no excluye el castigo por blanqueo (el CP vendría a decir: comprendemos que Vd. se autoencubra, pero hágalo, si quiere, de otro modo, sin afectar de esta manera al orden socioeconómico). Ello además resultaría acorde con la consideración criminológica de que las redes de delincuencia organizada con mucha frecuencia incluyen en su entramado los propios mecanismos de blanqueo: por ejemplo, una organización dedicada al narcotráfico blanquea su dinero a través de empresas o entidades financieras “legales” propias o controladas por ella misma, de modo que puede resultar frecuente que los que dirigen el narcotráfico dirijan también el blanqueo. Naturalmente, aun defendiendo esta postura, habría que establecer excepciones a la inclusión entre de los intervinientes en el hecho previo entre los posibles sujetos activos del blanqueo (más allá de las que se deriven de la inexistencia en el caso concreto por otras circunstancias): cuando el delito previo ya suponga

la afectación (en una forma similar) de los intereses que se pretenden proteger con el castigo del delito de blanqueo, entonces ya no rigen las razones que permitían castigar por blanqueo a quien intervino en el hecho previo (podría decirse que algo similar pasa con carácter general para la receptación, en cuanto que el ataque patrimonial que pueda suponer ya estaría suficientemente castigado en el hecho previo en que intervino el receptor); cuando el autoblanqueo no pase de ser un autoencubrimiento, ya no tiene razón de ser castigarlo separadamente (no o no sólo, como a veces se ha dicho, por falta de aprovechamiento de los bienes). No es posible aquí determinar con precisión respecto de qué delitos previos sucederá esto (si es que hay más de uno).

Simplemente diré que ello parece claro en un delito, el del art. 301.2 CP, si este se interpreta como forma de encubrimiento de otras conductas de blanqueo del art. 301.1 CP (que afectan a los mismos intereses); así lo entendían por lo general quienes defendían ya el castigo del autoblanqueo con anterioridad a la reforma de 2010; en este caso, para los sujetos del art. 301.1 las conductas del art. 301.2 constituirían actos posteriores copenados o, según otra terminología, en mi opinión menos adecuada, impunes.

Aunque no tengo seguridad al respecto y lo planteo aquí como objeto de discusión, tal vez habría que excluir también del castigo del autoblanqueo el supuesto en el que los bienes procedieran de un delito fiscal cometido por el blanqueador. Sé que la cuestión es especialmente polémica, pero podría resultar que los intereses socioeconómicos protegidos en el blanqueo coincidieran en buena parte con los afectados por el delito previo contra la Hacienda Pública y, por ello, resultara impropio el castigo del autoblanqueo en este caso. Por otro lado, la comparación de penas entre ambos delitos no aclara la cuestión o tal vez la inclina en el sentido de castigar también el autoblanqueo en este caso. Si se me permite escapar un momento del tono académico de

mis reflexiones, diré que considerar ya copenado en este supuesto el autoblanqueo es, desde luego, discutible y habría que hacer además una valoración político-criminal a fondo de la conveniencia de hacerlo; pero, en todo caso, las consecuencias de esta interpretación no alcanzarían, en mi opinión, el grado de favorecimiento del blanqueo y de aliento a la defraudación tributaria como el que supone la “amnistía fiscal” concedida en España en este momento tan crítico para el país. Volviendo al tono académico, podría añadirse que las peculiaridades del delito fiscal en materia de prescripción podrían hacer que, aun sosteniendo la tesis de que el autoblanqueo es ya un hecho copenado en ese delito, resurgiera el castigo del (autoblanqueo) si el delito fiscal hubiera prescrito sin haber sido perseguido y sancionado.

Por fin, a las excepciones al castigo del autoblanqueo habrá que añadir las que mencionaré a continuación, al explicar la situación tras la reforma de 2010.

4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA POR LO 5/2010

La LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, produjo amplios e importantes cambios en CP (una reforma muy relevante, entre las ya casi innumerables que ha sufrido el texto de 1995 ... Y ahora se nos anuncia, con carácter inminente, otra, también importante. ¿Quién se acuerda de la característica, más bien exigencia, de estabilidad y permanencia de las leyes penales?). Algunos de esos cambios afectaron al delito de blanqueo, que ahora pasa a denominarse de capitales: endurecimiento de las penas, ampliación de las conductas típicas y otras. Aquí nos interesa sobre todo (aunque no sólo) la que afecta directamente al castigo del autoblanqueo.

El art. 301.1 CP reza ahora: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cual-

quier tercera persona, o realice cualquier otro acto ...” (la redacción definitiva de este inciso tiene su origen en una enmienda del Grupo Popular, pues el Proyecto decía: “por él o por terceras personas”; parece que el cambio obedecía a la pretensión de evitar la posible –desde luego, en mi opinión, no obligada– interpretación de que el blanqueador tuviera que saber concretamente qué persona cometió en delito previo). La ley se pronuncia así abiertamente por el castigo del autoblanqueo, añadido al del delito previo (igual que, fuera del ámbito penal, hace la Ley 10/2010, de 28 de abril). Dadas mis reflexiones previas y mi posición favorable al castigo separado del autoblanqueo, no tendría nada que objetar a la opción legislativa expresa en este punto; sí en otros, como la ampliación de conductas (posesión, utilización, que tal vez cupieran en alguna de las modalidades típicas ya existentes, amplias de por sí, aunque restringidas por una determinada finalidad, que ahora parece no exigirse para la posesión y la utilización, aunque volveré brevemente sobre esa cuestión), en una especie de vuelta a la regulación de los últimos años del CP anterior, aunque de manera no limitada al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, la imprecisión legislativa (“actividad delictiva”, que parece subrayar el deseo de convertir el delito de blanqueo en un tipo de recogida y hasta de sospecha –lo que a veces se maquilla con la expresión “prueba indiciaria”–), etc.

Naturalmente, deben seguir rigiendo las excepciones ya mencionadas anteriormente al castigo separado del autoblanqueo, por lo que no insistiré en ello.

No obstante, la ampliación de las conductas típicas a las de posesión y utilización (aparentemente sin ulterior finalidad) de los bienes procedentes del delito previo produce problemas y hasta perplejidad en relación con el castigo separado del autoblanqueo, como ya han señalado diversos autores e incluso mencionaba el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto (en el que, sin embargo, veía salvable el defecto respecto de

la conducta de posesión apelando a la evitación de un *bis in idem*, pero no respecto de la de utilización). En todo caso, previamente hay que hacer una matización. El tenor literal del art. 301 CP ya era muy amplio antes de la reforma y comprendía la realización de cualquier (otro) acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los intervinientes en el delito origen de los bienes a eludir las consecuencias legales de sus actos. De modo que nada se oponía a considerar típicos actos de posesión y utilización siempre que tuvieran esas finalidades. La reforma de 2010 introduce en la primera parte del precepto la mención expresa de la posesión y la utilización y, desde luego, cabría entender que las palabras que en la ley piden esas finalidades son referibles (pues la colocación o ausencia de comas en el precepto y el orden de descripción de las conductas típicas no deja cerrada la cuestión, aunque parece más bien apuntar en sentido contrario al que ahora estoy planteando como hipótesis) a todo el texto anterior del precepto, incluidas las dos nuevas conductas, con lo que la situación no habría variado en este punto y se trataría, a lo sumo, de una aclaración legal por si hubiera dudas. De esta manera se limitan desde luego las consecuencias aparentes que a continuación menciono. Pero, dejando de lado además que en la primera parte del precepto hay otras conductas, en el contexto ampliatorio de la reforma y las orientaciones político-criminales que parecen inspirarla, resulta extraño que los términos se hayan incluido a meros efectos aclaratorios, sin que supongan novedad material. El Preámbulo de la LO 5/2010 nada aclara en relación con las modificaciones relativas al blanqueo, salvo alguna mención al explicar otros temas, como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y tampoco lo hacen los materiales de la tramitación parlamentaria del Proyecto. Parece claro que la mención de las nuevas conductas intenta seguir lo que disponen los textos internacionales en la materia, si bien estos contemplan la cláusula de reserva relativa a la sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos jurídicos del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Pero, si se sigue literalmente el tenor del precepto sin entender que las finalidades se refieren a todas las conductas, resultarían punibles de forma añadida al delito previo conductas como la de quien usa para sus desplazamiento el coche del que se apodera (digamos que definitivamente), la del narcotraficante que tiene colgado en su casa el valioso cuadro con el que se le ha pagado una importante cantidad de droga, la del autor de un delito fiscal que conserva la cantidad de dinero no pagada, la de la funcionaria pública que luce la valiosa joya con que se le ha recompensado por un soborno o cohecho, la del sicario que tiene en su poder el dinero recibido por matar a otro, la del autor de un delito de tráfico de influencias que conserva en su poder el beneficio obtenido con su conducta (y por el cual ya se le ha agravado la pena del delito previo, según los arts. 428 y 429 CP), etc. Sólo se librarían del castigo, seguramente, si devuelven, tiran o destruyen inmediatamente esos bienes (suponiendo que no haya habido un momento previo de posesión), o en situaciones especiales como cuando, en un acto de ocultación, declararan falsamente en la investigación, supuesto en que el castigo sí vulneraría el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

Se ha dicho que, con ello, se castigará con mucha frecuencia el agotamiento del delito, que normalmente se ha considerado impune o copenado, que se vulnera el principio *ne o non bis in idem*, etc. Este efecto seguramente no sea buscado por el legislador, pero, aun partiendo de esa hipótesis, ese legislador debería haber medido mejor las posibles consecuencias de su cuestionable ampliación del delito de blanqueo.

Lo cierto es que en esas conductas de (nuevo) autoblanqueo (a menudo muy cuestionables incluso en relación con personas que no han intervenido en el hecho previo) no se observa la afectación relevante de ningún nuevo bien jurídico, por lo que deben ser excluidas del castigo separado del autoblanqueo, apelando, por ejemplo, a la ausencia de suficiente anti-juridicidad material, si se quiere a través del

principio de insignificancia, como ya propone algún autor. En algún supuesto, especialmente el del dinero como bien fungible, será difícil a menudo distinguir claramente cuándo hay una utilización que no añade desvalor significativo a la actividad delictiva previa (por ejemplo, el sujeto paga su compra diaria del supermercado con el dinero) y cuándo una verdadera conducta de blanqueo (por ejemplo, el sujeto compra un edificio de viviendas que destina al alquiler); aunque no es posible ofrecer aquí un criterio de manera detallada, apuntaré que habrá que observar el sentido de la acción, su similitud o no (material) con las otras conductas típicas (adquirir, convertir, transmitir, ocultar ...).

5. LA FORMA DE INTERVENCIÓN DEL AUTOBLANQUEADOR EN EL DELITO PREVIO

Como transición al breve análisis de otras cuestiones de autoría y participación relacionadas con el blanqueo, podemos plantear la de la forma de intervención del (auto)blanqueador en el delito previo.

En mi opinión, el castigo expreso (con todos los límites vistos) del autoblanqueo facilita mucho esta cuestión: el autor (directo, mediato o coautor) de un delito que blanquee los bienes procedentes de él (con los límites vistos, repito) responderá además separadamente por el delito de blanqueo de capitales.

Acabo de decir que rigen las mismas excepciones y límites que en general ya he señalado y ello podría plantear algunas dudas, entiendo que fáciles de resolver, en relación con la coautoría en el hecho previo. Así, en el ejemplo de los coautores de un delito de narcotráfico que reciben el pago en forma de unos inmuebles cuyo reparto ya han acordado, no cabe hablar de mera posesión o utilización si uno de los coautores compra un inmueble de los pertenecientes al otro coautor para usarlo; ya será blanqueo normal y no autoblanqueo (otra cosa es el juicio que merezca el castigo de una conducta así, en lo que no voy a entrar).

Otro tanto cabe decir de los partícipes (por inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el delito previo del que proceden los bienes. Cabe plantear la cuestión de si ellos han cometido el delito previo, lo que puede, desde luego, sostenerse. Pero es que, incluso si se considera que sólo el autor comete el hecho previo, no hay impedimento para castigar las conductas de esos partícipes en el hecho previo, no como autoblanqueo, sino como blanqueo de bienes procedentes de actividad delictiva de terceras personas, lo que conduce a que las consecuencias sean las mismas. En todo caso, las razones materiales que justificarían el castigo añadido por blanqueo de estos intervinientes en el hecho previo serían las mismas (con sus excepciones y límites) señaladas para el del autoblanqueo.

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. EXCLUSIONES DE LA EXPLICACIÓN

Antes que nada, advierto de que no me ocuparé aquí de cuestiones que podrían tener que ver con la autoría y la participación en el delito de blanqueo, pero que, de una u otra forma, se analizarán en otras ponencias de este evento. Así sucede con temas como la responsabilidad de abogados, asesores jurídicos y otros profesionales (en diversos sentidos, como la eventualmente derivada de su labor de asesoramiento o la que pudiera tener su origen en el cobro de honorarios con dinero o bienes “contaminados”), comisión por omisión, responsabilidad penal de personas jurídicas, relevancia de la compliance, etc.

Simplemente, respecto de los protocolos de buenas prácticas, de evitación de la responsabilidad penal o de compliance diré que, para atenuar o excluir la responsabilidad de una persona jurídica o evitar la de ciertos obligados individuales a controlar en materia de blanqueo, no bastará con la existencia formal del correspondiente protocolo, sino que habrá de demostrarse su virtualidad práctica, su implementación real y rigurosa, el control de su funcionamiento, etc.

2. CUESTIONES QUE YA NO RESULTAN PROBLEMÁTICAS

A día de hoy ya no resultan problemáticas cuestiones relacionadas con la autoría y la participación que en algún momento pudieron serlo. Citaré dos.

Cuando el CP, en su redacción originaria de 1995, exigía para que existiera delito de blanqueo que los bienes procedieran de un delito grave, se planteaba qué sucedía si la conducta blanqueadora se producía respecto de un acto previo de complicidad, de un delito cuya pena lo cualificaba de grave, pero en el que la rebaja obligatoria de pena al cómplice hacía que no se alcanzara el umbral de la gravedad. Incluso entonces, en virtud de diversos argumentos, me pronuncié a favor de que la gravedad la marcara el delito previo y no el grado de intervención en él. Una vez suprimido el requisito de gravedad del delito previo y más aún cuando ya se habla sólo de actividad delictiva, parece claro que el problema no se plantea, aunque me referiré enseguida con carácter general al grado de intervención en el hecho previo.

Por otro lado, el castigo expreso del autoblanqueo (con las excepciones y límites que conocemos) evita las dudas que anteriormente planteaban algunos supuestos en cuanto a la posibilidad de castigo como autor del delito de blanqueo a algunos de los intervinientes en el hecho previo.

3. CABE BLANQUEO RESPECTO DE CUALQUIER CONDUCTA DE INTERVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA

Como se deriva de lo señalado al mencionar el antiguo problema de si la gravedad del delito la marcaba el tipo delictivo o la forma de intervención en él, las conductas de blanqueo pueden realizarse en relación con autores o con partícipes en el delito en que tienen origen los bienes (lo que se plantea sobre todo en relación con la modalidad de ayudar al interviniente en el delito previo a eludir las consecuencias

de sus hechos –y aun en este caso no tendría sentido restringir las categorías de intervención-, pues en los demás casos la cuestión aparece desde un principio claramente como innecesaria de plantear). El propio texto de los preceptos relativos al blanqueo que se refieren de alguna manera a los intervinientes en el hecho previo no deja dudas al respecto: “el autor o el cómplice” (art. 300 CP), “persona que haya participado” (primer párrafo del art. 301.1 CP) y (de modo indirecto) “de los delitos ... o de un acto de participación en ellos” (art. 301.2 CP).

4. EL CONCEPTO DE AUTOR QUE SE DEFIENDE

Naturalmente, en este como en los demás delitos, la solución de algunos problemas de autoría y participación depende del concepto de autor que se sustente. No me detendré aquí a explicar cuál es el que mantengo yo, pues es bastante conocido y lo he fundamentado en múltiples publicaciones. Baste decir que para mí autor (de cualquier clase) es quien realiza (inmediata o mediatamente, individual o conjuntamente) el tipo legal, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos (aunque no sólo) se concreta a través del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, que tiene puntos en común, pero también divergencias notables con el mayoritario del dominio del hecho. En todo caso, trata de ser un concepto restrictivo de autor, en coherencia con las ventajas de este se predicán, y, desde luego, resulta más restrictivo que el derivado de otros criterios.

5. LA AUTORÍA Y SUS FORMAS EN EL DELITO DE BLANQUEO

Entiendo que caben todas las formas de autoría en el delito de blanqueo de capitales. No me detendré en la más evidente, la autoría inmediata individual, denominada a menudo directa.

No hay problemas para concebir supuestos de autoría mediata. Así, por ejemplo, el director

de un banco, que sabe que se trata de una transacción blanqueadora, indica a un empleado, que no lo sabe, que la realice. El director sería autor mediato de un delito de blanqueo, mientras que el empleado, que también determina objetivamente el hecho, o bien no sería responsable (sería autor inmediato sólo en un sentido naturalístico o extrajurídico) por ser invencible o difícilmente vencible su error (de tipo), o bien respondería por el tipo de blanqueo imprudente si su error era tan fácilmente vencible como para considerar su imprudencia grave, como exige ese tipo.

Otros supuestos de autoría mediata podrían derivar de la utilización de coacción o procedimiento similar (colocación en o aprovechamiento de situación de necesidad, orden vinculante no conforme a Derecho, etc.), creación o aprovechamiento de error de prohibición (en mi opinión, incluso si es vencible), etc. (en general, todos los procedimientos que fundamentan la autoría mediata, sobre los que me he pronunciado en diversos lugares).

Advertiré sólo de que, conforme a lo que he argumentado en diversas ocasiones, no bastarán para acceder a la condición de autor mediato por sí solo el mero carácter de “jefe de la banda” u organizador ni la “utilización” de los denominados aparatos organizados de poder. Tampoco observo especiales dificultades para apreciar supuestos de coautoría (que defino restrictivamente como determinación objetiva y positiva del hecho en el marco de un plan común –en sentido amplio- con división del trabajo o acumulación de esfuerzos). Así, constituiría coautoría, por ejemplo, la transferencia a una cuenta en un paraíso fiscal de una cantidad de dinero contaminado cuando la transferencia requiere la firma de dos personas que, además, son conscientes de ello.

Incluso en algunos supuestos, dada la amplitud de la redacción típica, no haría falta siquiera acudir a la figura de la coautoría, sino que se trataría de supuestos de pluriautoría, es decir, de diversas autorías individuales una al lado de otra (que se podrían encuadrar en supuestos de plena autoría accesoria, como suele denominársela o, como sería más adecuado,

autoría yuxtapuesta o paralela; de cualquier modo, especialmente en el caso de delitos dolosos, prefiero hablar de pluriautoría para evitar confusión con los supuestos que más frecuentemente se mencionan en España de autoría yuxtapuesta, paralela o accesoria, que en realidad no constituyen una categoría aparte de autoría, sino más bien constelaciones de casos que se resuelven en sede de imputación objetiva del resultado a las diversas acciones).

De entrada, me parecen más discutibles otros supuestos que la doctrina estima de coautoría, como el de quien abre con dinero “limpio” una cuenta corriente a la que otro, con el que el primero estaba acordado, transfiere dinero contaminado. En principio, el primer acto debería ser calificado, dependiendo de su esencialidad o no, de cooperación necesaria o complicidad, ambas formas de participación. Sin embargo, el tenor legal es tan amplio en algunos tipos de blanqueo (“cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito –scil. de los bienes- o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”) que permite seguramente incluir como forma de autoría (sin ni siquiera tener que recurrir a la figura de la coautoría) conductas como la acabada de señalar. Vamos a ver inmediatamente algún otro supuesto, al hilo de la participación, demostrativo de la peligrosa e indeseable tendencia del legislador español a configurar el tipo de blanqueo desde la perspectiva de un concepto unitario de autor. Por fin, las razones que con carácter general he expuesto con carácter general en otros lugares, tampoco me parece que la posición de “jefe de la banda” u organizador confiera por sí sola al sujeto la condición de coautor.

6. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO

No hay inconveniente para el castigo de las distintas formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad en España) en el delito de blanqueo, tal como recomienda la normativa internacional, con la

reserva de la compatibilidad con las constituciones y principios fundamentales de los Derechos internos.

Así, si no hay engaño, coacción, etc., será inductor de un delito de blanqueo quien convence a otro para realizar la conducta blanqueadora, o será cooperador necesario o cómplice, dependiendo del carácter esencial o no de su contribución, quien auxilia a otro en la realización de su actividad blanqueadora (supuesto distinto que a veces se plantea es el de la promesa, eficaz en la voluntad del receptor para realizar el hecho, de blanquear los bienes del delito que cometerá el otro que ya estaba dispuesto a ello; en este caso, la promesa eficaz constituirá cooperación necesaria o complicidad en el delito previo).

El problema que se plantea y que ya he apuntado antes al hablar de la coautoría es que la amplitud de algunas descripciones típicas del art. 301 CP hace que ciertas conductas que deberían ser de participación encajen directamente en ellas como autoría. Sólo una aplicación o interpretación restrictiva del tenor del precepto, no siempre posible, evita esa consecuencia. Podemos intentar observar lo acabado de decir en relación con el supuesto de la STS 303/2010, de 22 de marzo (en la que, en realidad, no se contienen argumentaciones en cuanto al tema que aquí interesa⁹³⁵, pues el recurso no se centra en él, aunque sí otras interesantes en materia sobre todo de prueba del delito de blanqueo), que confirma la que con fecha 28 de mayo de 2009 había dictado la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que sí hay referencias de interés para la cuestión que nos ocupa.

En ese caso, se condena a un sujeto como cómplice⁹³⁶ del delito de blanqueo, al parecer por portar la cartera en que se meten los cheques que recogen otro coacusado y él de una cuenta bancaria (abierta por el otro acusado, quien asimismo fue el que solicitó a la entidad bancaria disponer de la suma, por lo que esta emitió los cheques, a nombre también de este) con dinero procedente de una estafa (eso parece,

aunque en los hechos probados se habla sólo de defraudación), actuando ambos de común acuerdo y con el propósito de disponer ambos del dinero (a la salida del banco se les detiene y se recuperan los cheques y su importe). La razón de condenar al sujeto como cómplice es que el coacusado, ya fallecido, fue quien abrió la cuenta, recibió en ella el ingreso del dinero, solicitó la suma y apareció como beneficiario de los cheques, siendo su conducta de autoría, mientras que parece considerarse de menor entidad la de acompañar a ese coacusado al banco y meter o guardar los cheques en la cartera. En concreto, la sentencia de la Audiencia fundamenta así la calificación de cómplice: “En efecto, es de resaltar, que, aunque cabe inferir que era conocedor del origen delictivo del dinero y que éste fue puesto también a su disposición (véase la ya citada declaración de M. C., al folio 389), no obstante lo anterior, no podemos pasar por alto que el dinero no fue recibido en una cuenta a su nombre sino a la del otro acusado y que los cheques estaban librados también a nombre del acusado D., sin que pueda atribuirse al acusado G. más intervención material que la (de) recoger del otro acusado en mano los cheques y portarlos en su maletín; actividad ésta que, desde luego, no se puede reputar imprescindible, visto que el propio D. podía haberse llevado consigo los cheques. Se trata, por tanto, de una aportación auxiliar, que no puede merecer encaje en la autoría y sí en la mera complicidad”. El problema es que recoger los cheques, si lo hicieron ambos y de común acuerdo, es más que portar la cartera, tratándose de bienes procedentes de hechos delictivos (estafa) a sabiendas de su origen y parece que con la intención de ocultar o encubrir su origen ilícito, pues, si era para disponer del dinero, es que iba(n) a introducirlos en el circuito económico “legal”. Por ello algún autor habla en este caso de coautoría, aunque yo creo que quizá ni siquiera hiciera falta acudir a la coautoría y habría seguramente un supuesto de autoría plena (pluriautoría) también del condenado como cómplice. La calificación de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, la de cómplice, es bienintencionada y probablemente responde mate-

rialmente a la menor entidad de la aportación del sujeto frente a la de quien empezó por abrir la cuenta y recibir el dinero, continuando con todo lo demás. Pero es muy discutible que pueda sostenerse dado el tenor (y seguramente la voluntad) de la ley.

7. LA EXCLUSIÓN DEL CASTIGO DE LA PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE

Como es sabido, defiendo con carácter general la impunidad de la participación imprudente, no tanto porque considere que la excluye sin duda el art. 12 CP (cosa que no me parece evidente), sino por razones de política criminal, en concreto, la necesidad de una interpretación restrictiva derivada del carácter ampliatorio de la tipicidad que revisten los preceptos que castigan las formas de participación en la Parte general del CP, la excepcionalidad del castigo de la imprudencia en el mismo CP y la menor gravedad de las conductas imprudentes frente a las objetivamente iguales pero dolosas.

Las razones para propugnar esta interpretación restrictiva se acrecientan, en mi opinión, en relación con los delitos españoles de blanqueo, por un lado, porque, como ya he manifestado, permiten de manera discutible castigar como autoría supuestos que materialmente deberían ser de participación, por lo que, por la vía del tipo imprudente de blanqueo, que remite a la descripción general de conductas típicas, ya se van a castigar conductas imprudentes de participación como autoría, lo que es rechazable; y, en segundo lugar, porque el propio castigo del blanqueo imprudente resulta discutible (o, como mínimo, lo es la severidad con que se sanciona penalmente), de modo que ya sería claramente excesivo castigar además conductas de participación imprudente en él.

8. LA INCONVENIENCIA DE CONFIGURAR EL BLANQUEO DESDE LA PERSPECTIVA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR Y LA TENDENCIA DEL TIPO ESPAÑOL EN ESE SENTIDO

Especialmente en delitos que preocupan mu-

cho (con mayor o menor razón), más si suelen asociarse a la delincuencia organizada, existe a veces una tendencia de los legisladores a redactar de forma tan amplia los tipos que cualquier clase de intervención en ellos constituye autoría, siendo difícil apreciar supuestos de participación (igual que, por ejemplo, parece anticiparse la consumación, dejando escaso o nulo espacio a la tentativa). Es decir, que se trata de tipos formulados sobre el modelo del concepto unitario (y no restrictivo) de autor. Se piensa a menudo que así se produce una más completa persecución de las conductas delictivas y, además, se evitan incómodos problemas de distinción.

Un ejemplo de esos tipos (aunque no el único) lo tenemos en nuestro Derecho en el art. 368 CP, relativo al tráfico (en sentido amplio) de drogas, en el que literalmente se menciona como conducta de autoría la de los que "...de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas ...". Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales (a veces auténticas filigranas materialmente fundadas pero distanciadas del tenor legal) por reducir el alcance de esos términos y distinguir entre autoría y participación (afirmando la posibilidad de complicidad y la correspondiente rebaja de pena, así como de la posibilidad de diferenciar tentativa y consumación) son de todos conocidos. Sin embargo, más valdría una redacción típica más "comedida" y con espacio para el juego de los preceptos y principios generales de la autoría y la participación, en lo que aquí nos interesa, entre otras cosas para conservar las ventajas que tantas veces se predicán de un concepto restrictivo de autor y del sometimiento de la participación a la regla de la accesoriadad. Además, de hecho, la supuesta simplificación que comportan esos tipos desaparece si vemos los esfuerzos restrictivos acabados de mencionar.

Pues bien, parece ser que a un concepto unitario de autor o casi apunta la configuración del delito de blanqueo en algún ordenamiento, como el suizo (o, al menos, esa lectura hacen algunos autores). Evidentemente, por las razones acabadas de señalar, considero esa configuración una mala opción.

No diré que la regulación penal del blanqueo en nuestro CP consagra plenamente ese modelo. Sin embargo, como hemos visto al hilo de la coautoría y la participación, la (cada vez más) amplia redacción típica muestra cierta tendencia en ese sentido. Esa tendencia, por lo demás, se correspondería con la cada vez mayor alarma que, en el plano internacional y en el interno, se transmite en relación con el blanqueo (no siempre, como he apuntado anteriormente, en coherencia con otras opciones de política legislativa, fiscal en concreto), y que va conduciendo a una elevación de las penas para multitud de conductas variadas, a veces de modo indiferenciado y amplísimo, apuntando a convertir el blanqueo (o cosas que se le parecen) en un delito de recogida, si no de sospecha, como he mencionado anteriormente. A ello se une la conexión constante (y en buena medida real, pero no siempre) que se realiza entre blanqueo y delincuencia organizada. Aunque no soy muy optimista al respecto, creo que esa tendencia en materia de autoría debería revertirse. Y, desde luego, debería contenerse, en atención a los principios limitadores del *ius puniendi*, la tendencia absolutamente expansiva en la punición del blanqueo. Sin duda, el blanqueo es un hecho preocupante y grave, pero no tanto como otros en que la alarma no se desata, de modo que debe huirse de demonizaciones absolutas para buscar una persecución eficaz, no siempre ni sólo ni primero penal (no digo que no la haya), y respetuosa con los principios garantistas del Derecho penal, tan vapuleados desde hace ya algunos años en muchos aspectos y delitos.