

REFLEXIONES TÉCNICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE CAPITALS

José Manuel Gómez-Benítez
Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. Orientaciones de política criminal.
- II. La cuestión del bien jurídico protegido y sus consecuencias: los problemas del autoencubrimiento y de las conductas imprudentes.
- III. Blanqueo de capitales y delito base de defraudación fiscal.
- IV. El conocimiento del origen ilícito de los bienes y la prueba del dolo.

I. ORIENTACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Con frecuencia, la doctrina analiza el delito de lavado desde el punto de vista político criminal de su utilidad para combatir o prevenir la comisión de los delitos base, es decir de los que originan los bienes que son objeto de la conducta típica de lavado. Es razonable, en efecto, pensar que el narcotráfico, por ejemplo, pierde atractivo criminal si sus responsables prevén una difícil introducción de los capitales así obtenidos en el sistema económico.

Pero, no obstante, esta orientación político criminal simplifica en exceso el problema del lavado de capitales y no es capaz de explicar su autonomía como delito, es decir, la razón de que exista como tipo penal autónomo de los delitos base. Desde ese simple

punto de vista, en efecto, la persecución penal de la introducción de estos capitales en el sistema económico cumpliría la función de asegurar o perfeccionar las técnicas para la aplicación y ejecución de las penas, consecuencias civiles y accesorias correspondientes a los delitos origen de los bienes. El lavado de capitales sería, según esto, un problema político criminal relacionado con la elusión de las consecuencias civiles y accesorias –especialmente el comiso de los bienes– derivadas de la comisión de un delito.

Esta perspectiva político criminal, más que a un delito autónomo de lavado de capitales conduce a leyes que, como la colombiana de extinción del dominio¹, por ejemplo, faciliten el comiso de los bienes que tienen su origen en un delito, o bien que, en determinadas circunstancias, eviten los efectos civiles de su adquisición por terceros de buena fe, es decir, introducir formas legales que faciliten la ejecución de las consecuencias civiles y accesorias de la comisión de un delito de forma diferente a la tradicional de la responsabilidad civil derivada del mismo.

Analizar, por tanto, el delito de lavado de capitales desde la perspectiva político criminal de la frustración de los fines de las penas² –o, mejor dicho, de las consecuencias civiles y accesorias del delito– es abarcar solo una parte del problema político criminal de la introducción en el sistema económico de los bienes procedentes de la comisión de determinados delitos, además de implicar el uso de un instrumento legal –la tipificación del delito de lavado de capitales– mucho menos eficaz y menos coherente con el punto de partida que otros, como los ya ensayados en Derecho comparado sobre comiso y expropiación de bienes de origen ilícito.

La incoherencia político criminal no es, en absoluto, un asunto trivial, pues, como es sabido, la introducción de las valoraciones político criminales en el sistema penal no autoriza la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe permitir una interpretación político criminal razonable de los tipos penales, que empieza por orientar al intérprete sobre el bien o interés jurídico protegido y, en consecuencia, sobre la propia tipicidad de las conductas.

Por ejemplo, esta perspectiva –el lavado de capitales sirve para prevenir la comisión de los delitos base, lo que, según acaba de verse, en realidad es tanto como decir que sirve para asegurar la ejecución de las consecuencias civiles y accesorias del mismo–, además de dejar inexplicada la razón de existir de un delito autónomo, es incompatible

1 Ley 333/1996 del 19 diciembre. Sobre ésta y otras legislaciones comparadas al respecto, cfr. JAVIER ALBERTO, ZARAGOZA AGUADO, El blanqueo de bienes de origen criminal, en *Derecho penal económico*, Madrid, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, 2001, pp. 424 y ss.

2 En esta orientación debe incluirse la extendida doctrina que considera que el bien jurídico protegido por los tipos penales de lavado de capitales es la administración de justicia, es decir, la pretensión de que las penas sean ejecutadas, cuya versión más elaborada alude directamente a la frustración de la propia función preventiva de las penas (RAGUÉS y VALLÉS, “Blanqueo de capitales y negocios *standard*”, en SILVA SÁNCHEZ, (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid, 2003, pp. 146 y ss.

con la punición del lavado realizado por los propios intervinientes en los delitos base, pues es sabido que, con independencia de los delitos de quebrantamiento de condena y de las insolvencias punibles relacionadas con la frustración de los derechos de crédito de las víctimas, que son claramente inaplicables a estos casos, las conductas de autoencubrimiento son atípicas.

Reducir la tipicidad del lavado de capitales a las conductas realizadas por terceros es, ciertamente, una forma de contemplar el problema político criminal del lavado, pero no parece la más adecuada para combatir las estructuras de lavado organizadas por los propios narcotraficantes, por ejemplo, a través de sociedades y personas interpuestas.

Desde otra orientación político criminal, el lavado de capitales interesa al Derecho penal de forma autónoma o independiente del delito base. El lavado de capitales es, ante todo, un negocio que versa sobre bienes de origen delictivo, es decir, una forma de enriquecimiento ilícito³ y de poder político que hay que prevenir, tanto si su autor es el del delito base, como si lo es un tercero.

Según esto, la tipificación del delito de lavado de capitales se orienta político criminalmente a la protección de las “*bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”, tal como consta en la Convención de Viena contra el narcotráfico de 1988, que, como es sabido, introdujo, por primera vez, en la legislación internacional la figura del lavado o blanqueo de capitales.

Menos eufemísticamente puede decirse que la base político criminal de los tipos de lavado de capitales es que nuestra sociedad no puede tolerar, por un lado, que quienes generan su riqueza a través de la comisión de determinados delitos se sienten en los consejos de administración de las sociedades mercantiles mediante la compra de las acciones o participaciones que se les permita, o en los consejos de ministros o en los órganos de gestión de las administraciones públicas, y, por otro, tampoco puede tolerar que quienes sí pueden legítimamente estar en los consejos de administración o de ministros y en los órganos de gestión de las administraciones públicas se enriquezcan, precisamente, con los bienes de quienes no pueden estar en ellos por haber obtenido su riqueza a través de la comisión de determinados delitos, o faciliten su acceso a los mismos.

Esta orientación político criminal no prescinde, pues, de la necesaria relación entre los tipos de lavado de capitales y los delitos base, pero pone la distancia necesaria entre ambos para justificar la existencia autónoma de aquellos y permite desde luego

3 La tipificación de las conductas de enriquecimiento ilícito, tal como ocurre en el Código Penal colombiano, implica la aceptación de delitos de sospecha y una inversión de la carga de la prueba, por lo que, además de la inadecuada técnica legislativa, es incompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

considerar típica las conductas de lavado realizadas por los propios intervinientes en los delitos base.

Pese a su correcto punto de partida político criminal, esta perspectiva generalmente inconfesada abiertamente y camuflada bajo la fórmula genérica de la protección del orden socioeconómico, ha conducido a perversiones legales e interpretativas, que no solo han llevado a una aplicación abusiva de los tipos de lavado de capitales, sino que, además y paradójicamente, han restado eficacia a los tipos penales con relación a su interés político criminal.

La primera perversión de esta idea político criminal consiste en la ampliación de los delitos base del lavado de capitales a cualquier delito, ni siquiera grave e incluido el fraude fiscal. La segunda, relacionada con la anterior y, al igual que la anterior, basada en la inconfesada pretensión de eludir las exigencias de la prueba en Derecho procesal penal, tiene que ver con la pérdida de contornos seguros del elemento típico de que el autor actúe con conocimiento de que los bienes objeto de lavado tienen su origen en un delito. A contrarrestar ambas perversiones jurídico penales se dedican las líneas que siguen.

2. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SUS CONSECUENCIAS: LOS PROBLEMAS DEL AUTOENCUBRIMIENTO Y DE LAS CONDUCTAS IMPRUDENTES

La legislación internacional sobre estos delitos ha conseguido imponer un nivel aceptable de homogeneidad en las legislaciones nacionales. No obstante, los modelos legislativos y las interpretaciones doctrinales siguen girando en torno a dos formas de entender el motivo de su incriminación y, por tanto, el interés jurídico protegido, que conducen a conclusiones muy diferentes.

La primera lo interpreta como un delito similar o afín a los de encubrimiento y receptación –más precisamente, como conductas de favorecimiento real o personal– y, por tanto, considera que lo esencial en todos los tipos penales de blanqueo o lavado de bienes es el fin de ocultar su origen ilícito o ayudar a quienes han cometido el delito previo⁴. Para quienes así lo entienden, el delito de lavado de capitales depende de aquél del que provienen los bienes objeto de legitimación, es decir, que ambos atacan el mismo interés o bien jurídico. La consecuencia más directa, aunque no la única, de esta forma de interpretar el delito es que el autor del delito origen de los bienes –por ejemplo, el narcotráfico– no puede ser considerado autor del delito de lavado de esos

4 En los tipos penales de blanqueo de bienes no se contempla la forma de la receptación consistente en el mero aprovechamiento de los efectos del delito. Esto es, por lo demás, consecuente con la no exigencia en los tipos de blanqueo del elemento subjetivo consistente en el ánimo de lucro.

mismos bienes, tanto por impedirlo el principio de *non bis in idem*⁵, como, sobre todo, porque el denominado autoencubrimiento es impune. Otra consecuencia de esta interpretación de los tipos penales de blanqueo, que no siempre ha sido tenida en cuenta, es su incompatibilidad con la comisión imprudente.

Por el contrario, la segunda forma de entender este delito mantiene que quien lo comete ataca un bien jurídico independiente o autónomo del lesionado por el delito del que proceden los bienes; bien jurídico autónomo que suele concretarse poco, y que gira en torno al orden socioeconómico⁶. Desde esta perspectiva, pierde importancia o, mejor, carece de relevancia, hasta el punto de no formar parte de los elementos típicos, el fin de ocultar el origen ilícito o encubrir a los autores del delito, ya que las conductas típicas no se consideran de favorecimiento real o personal, sino como delitos autónomos de aquél del que traen causa los bienes objeto de blanqueo. Esta interpretación, a diferencia de la primera, hace compatible la autoría de ambos delitos, que pueden ser penados en régimen de concurso real de delitos, por tanto, y, además, hace técnicamente posible la comisión imprudente del de blanqueo de capitales.

A la vista de lo expuesto, la comprensión de todos los tipos penales de blanqueo de capitales como formas peculiares de favorecimiento real o personal no es eficaz político criminalmente, pues resulta obvia la necesidad de perseguir las conductas de lavado de capitales realizadas por el propio autor del delito origen de los bienes –aunque con frecuencia utilice personas y sociedades interpuestas–, así como de incriminar determinadas conductas gravemente imprudentes realizadas por personas con deberes específicos al respecto.

En cuanto a lo primero, es decir, al denominado autofavorecimiento, la necesidad político criminal de su punición se deduce, en primer lugar, de la propia realidad jurisprudencial, que demuestra que con mucha frecuencia los propios narcotraficantes, por ejemplo, tienen una estructura organizada para el blanqueo o lavado de los bienes procedentes del delito. Dada la preferencia de la jurisprudencia española, por ejemplo, por la comprensión de los delitos de blanqueo como formas de favorecimiento del delito previo, la mayor parte de las sentencias en España declaran la inexistencia de concurso de delitos entre ambos delitos, generalmente con el argumento de que el

5 Dada, según esto, la identidad de bienes jurídicos protegidos por ambas conductas.

6 Entre las propuestas doctrinales al respecto, se incluyen las que se refieren a la “*licitud de los bienes que circulan en el mercado*”, y, muy específicamente, las que concretan tal bien jurídico en la libre competencia en el sistema de economía de mercado (CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, p. 499; BOTTKE. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998). Otras propuestas doctrinales se refieren a la administración de justicia como bien jurídico protegido, entendido como delito que obstaculiza la persecución judicial de los delitos de los que traen causa los bienes, o bien como garante de la función preventiva de la pena (RAGUÉS y VALLÉS. *Blanqueo de capitales y negocios standard*, cit., pp. 146 y ss.)

autoencubrimiento es impune, ya que lo son por consunción todos los actos por parte del autor o partícipe de aprovechamiento de los efectos del delito cometido⁷.

Pero, además, esta necesidad político criminal se intensifica cuando, como es habitual y razonable, los delitos de receptación y encubrimiento tipificados junto al de blanqueo limitan su ámbito de aplicación a los delitos patrimoniales o socioeconómicos y, además, excluyen como autores a quienes han intervenido previamente en la comisión del delito⁸. Siendo esto así, estos tipos penales no son aplicables a la mayor parte de los casos de blanqueo y, en consecuencia, la única posibilidad de someter a enjuiciamiento por este delito a quienes han intervenido previamente en la comisión del delito origen de los bienes es incluir junto a los tipos penales de favorecimiento real o personal –que atentan contra el mismo bien jurídico del delito encubierto y de los que no pueden ser, por tanto, autores los que lo son, a su vez, de éste– otros tipos autónomos, es decir, atentatorios contra un bien jurídico independiente del delito origen de los bienes y que permiten la punición de los casos de autoencubrimiento⁹.

Un ejemplo de esta técnica mixta es el Código Penal español, ya que en el artículo 301.1 tipifica conductas de favorecimiento real o personal, que exigen, por tanto, que el autor actúe con el fin de ocultar el origen delictivo de los bienes o de ayudar a los responsables del delito base de los mismos, en tanto que el artículo 301.2 tipifica conductas de ocultación o encubrimiento realizadas sin tal finalidad¹⁰.

En este mismo sentido, un sector de la doctrina española mantiene la independencia entre los tipos de blanqueo del artículo 301.1 consistentes en adquirir, convertir o transmitir bienes de origen delictivo –que no serían, según esta doctrina, tipos de favorecimiento, porque, se dice, no incluyen la exigencia de actuar con el fin de ocultar el origen delictivo de los bienes o ayudar a los responsables del delito base– y aquellos

7 La jurisprudencia española exige, como condición para la impunidad del autoencubrimiento, que la conducta de blanqueo sea posterior a la de tráfico de drogas –ámbito delictivo más frecuente–, así como una identidad completa en la autoría de ambas conductas. Cfr. al respecto, el análisis de la jurisprudencia hecho por ZARAGOZA AGUADO. “El blanqueo de capitales de origen criminal”, cit., pp. 386-388. La impunidad del autoencubrimiento fue reconocida por la Convención del Consejo de Europa de 10 septiembre 1990, que facultó a los Estados para reconocer la inaplicabilidad de los delitos de blanqueo de capitales a los propios autores del delito base. Cfr., al respecto, VIDALES RODRÍGUEZ, *El delito de legitimación de capitales*, p. 14.

8 Por ejemplo, el art. 298 del Código Penal español: “*El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”

9 Cfr. por todos, MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ. *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 506 y ss., siguiendo a ABEL SOUTO.

10 El ámbito objetivo de aplicación de ambas clases de tipos es, en realidad, idéntico, pues es imposible imaginar una conducta de blanqueo que esté descrita en el 301.1 y no en el 301.2. La diferencia entre ambas clases de tipos no radica, pues, en la forma de la acción típica, sino en el elemento subjetivo.

otros que, dentro del propio artículo 301.1, sí lo son, consistentes en “realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones”.

Por mucho que esta interpretación pueda ser preferible desde el punto de vista político criminal, es contraria al principio de legalidad. La concordancia entre principio de legalidad e interés político criminal exigiría, pues, una reforma legislativa del artículo 301.1 del Código Penal español, ya que conforme a la letra de la ley todas las conductas típicas aparecen en ese párrafo vinculadas al fin de ocultar los bienes de origen delictivo o favorecer a los autores de los delitos base origen de los bienes. Esta vinculación se demuestra no solo gramaticalmente, sino también porque la diferenciación entre las conductas de adquirir, convertir o transformar (inc. 1.º art. 301.1), que, según se pretende, no exigirían la finalidad de ocultar el origen de los bienes o favorecer a los autores del delito base, y cualquier otra conducta (inc. 2.º art. 301.1), que sí exigiría tal finalidad, conduciría a la conclusión absurda de que entre estas últimas conductas no podrían incluirse, precisamente, las de adquirir, convertir y transmitir los bienes, pese a ser éstas las formas paradigmáticas de blanquearlos¹¹.

Por otro lado, tal y como se adelantó anteriormente, la punición de las conductas imprudentes no es coherente con el entendimiento de los tipos penales de legitimación de capitales como tipos de favorecimiento real o personal, ya que éstos implican que el autor actúa con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes o ayudar a los autores del delito del que proceden los bienes, lo que, obviamente, implica la existencia de dolo. Se puede decir, ciertamente, que es posible ocultar el origen ilícito por imprudencia, pero no que se puede actuar imprudentemente con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes o ayudar a los autores del delito previo¹².

11 Es comprensible la preocupación que muestra RAGUÉS y VALLÉS (“Blanqueo de capitales y negocios *standard*”, cit., p. 145) por la conclusión de que todos los tipos penales exigen el fin de ocultar el origen delictivo de los bienes o favorecer, pero no porque la presencia de este elemento subjetivo en todos los tipos penales haga depender la conducta delictiva de los “*deseos del sujeto activo*”, ya que ni el dolo ni los elementos subjetivos del injusto equivalen a meros deseos del sujeto activo, sino porque ello excluye la posibilidad de la comisión imprudente, tal y como este autor reconoce. Siendo cierta esta incompatibilidad entre delito imprudente y delito con elemento subjetivo del injusto, no cabe más remedio, para evitar una prohibida *interpretatio abrogans* del artículo 301.3 –blanqueo por imprudencia grave–, que remitirlo exclusivamente a las conductas de ocultamiento o encubrimiento del art. 301.2, que no prevén dicho elemento subjetivo.

12 La doctrina española dominante entiende que existen elementos subjetivos del injusto en esta clase de tipos penales, lo que excluye la posibilidad de su comisión imprudente. Sectores muy cualificados niegan también la posibilidad de su realización con dolo eventual y, aunque esto sea mucho más discutible, del dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias. Por todos, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., pp. 512-514. El argumento de GÓMEZ INIESTA (*El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona 1996, p. 51) de que las expresiones legales “para ocultar o encubrir” y “para ayudar a la persona” no implican una finalidad, sino que solo “*describen la índole de la acción*”, al igual que en el delito de encubrimiento del art. 451, es incompatible con el significado de la preposición –fin o término a que se encamina una acción– y, por tanto, con el principio

Por esta razón, los tipos penales que, como sucede con los del artículo 301.1 del Código Penal español, tipifican la realización de cualquier acto –incluidos los de adquisición, conversión y transmisión de bienes– “*para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias de sus actos*”, solo son punibles en su forma dolosa. Pese a que el artículo 301.3 no los excluye formalmente de su posible comisión imprudente, lo cierto es que estos tipos son incompatibles con la comisión imprudente, debido a sus elementos subjetivos. Esto implica que, para evitar una *interpretatio abrogans* del artículo 301.3, éste tiene que referirse, exclusivamente, a las conductas típicas del artículo 301.2, que no requieren tales elementos subjetivos¹³.

En cuanto a los tipos penales de blanqueo que no son de favorecimiento, esto es, los que no implican la exigencia de actuar con el fin de ocultar el origen delictivo de los bienes o ayudar a los autores o partícipes del delito base, la polémica suele centrarse, una vez admitida la posibilidad de su forma imprudente, en si su comisión solo es posible por determinadas personas, o bien si, por el contrario, no existe restricción legal alguna al respecto.

El asunto es de gran trascendencia para aquellas legislaciones nacionales que, como la española y la alemana, siguiendo la Convención del Consejo de Europa de 1990¹⁴, prevén la punición del lavado de capitales realizado imprudentemente.

La obligada restricción de los posibles autores de estas imprudencias tiene que ver con la consideración básica de que el deber de actuar diligentemente en este ámbito se refiere a la comprobación del origen ilícito de los bienes, por lo que solo puede imponerse a aquellas personas que tienen, precisamente, el deber legal específico de ejercer funciones de control sobre la naturaleza lícita o ilícita de los bienes en las transacciones económicas. No tiene sentido político criminal alguno imponer un deber genérico a todos los ciudadanos de vigilar el posible origen ilícito de los bienes, pues esto supondría extender la posible aplicación del Derecho penal a las más elementales transacciones

de legalidad. Por otro lado, la impunidad del lavado imprudente de capitales no tiene que ver, por tanto, con el entendimiento del encubrimiento como forma de participación criminal, ya que éste no tiene esta naturaleza jurídica. Si el encubrimiento se entendiera como forma de participación, entonces, ciertamente no sería posible la punición de su forma imprudente, no tanto porque no sea posible la participación imprudente en un delito doloso, sino porque en este caso el autor sería impune, tal como se ha expuesto anteriormente, y, en consecuencia, también lo sería el partícipe.

- 13 Tal y como se ha expuesto en las notas 7 y 8, se trata de una conclusión de contenido meramente técnico, puesto que el ámbito objetivo de aplicación de ambos párrafos del art. 301 es idéntico.
- 14 En el ámbito geográfico latinoamericano, también el art. 2.2 del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) en 1992, prevé el delito imprudente, ya que se refiere a quienes realizan las conductas típicas –adquisición, posesión, tenencia y utilización– “*a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos*”.

cotidianas. Naturalmente, esto no solo implicaría un incumplimiento flagrante de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, sino que, además, convertiría la norma penal en ineficaz, incluso desde el punto de vista simbólico, dado su inevitable incumplimiento generalizado. No cabe, pues, más interpretación racional que la de entender que las imprudencias punibles en el ámbito del blanqueo son profesionales, es decir, vinculadas a conocimientos y deberes específicos en materia de control del movimiento de bienes y capitales.

Esta perspectiva implica que los deberes de diligencia al respecto tienen que estar administrativamente regulados, esto es, tienen que identificar concretamente a las personas o entidades obligadas¹⁵ y tienen que estar sometidos al cumplimiento de protocolos precisos de actuación que permitan evitar la inseguridad jurídica, con independencia de que las reglas de la experiencia en el ámbito del control de movimiento de bienes y capitales sirvan, después, para determinar la existencia o no de la infracción del deber de cuidado y su gravedad en cada caso concreto¹⁶.

Ahora bien, además, para ser eficaz administrativa y penalmente, la normativa administrativa que soporta la comisión de estos delitos por imprudencia grave debería, por un lado, limitar los deberes de control a aquellas transacciones que por su cuantía o naturaleza sean más idóneas para legitimar capitales de origen ilícito, y, por otro lado, regular un sistema de infracciones y sanciones administrativas que permita remitir al Derecho penal solo aquellas que sean más graves, esto es, las que, en el ámbito de las negligencias, supongan una infracción grave del deber de advertir el origen ilícito de los bienes y versen sobre bienes de un valor económico significativo, que debería estar legalmente cuantificado.

Sin embargo, vista la necesaria restricción de la autoría imprudente recién señalada, sería preferible político criminalmente y técnicamente eludir la dogmática de los tipos imprudentes y acudir, en su lugar, a un tipo penal específico de simple omisión de determinados deberes específicos de control. La conveniencia político criminal de tipificar penalmente estas omisiones, o bien de mantenerlas en el ámbito sancionador administrativo, dependerá del concreto contexto sociopolítico.

15 En el marco europeo, la Directiva 91/308/CEE, que ha sido objeto de trasposición a los diferentes Estados europeos (España lo hizo a través de la Ley 19/1993) identifica los sujetos sometidos a estas obligaciones especiales que, como es sabido, no afectan solo a las entidades financieras y de crédito, sino que se extienden a determinadas actividades profesionales y empresariales especialmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo, como la promoción inmobiliaria, el juego, el comercio de joyas y de arte antigüedades o la inversión filatélica y numismática.

16 No se trata, por tanto, de crear delitos consistentes en la mera infracción de obligaciones administrativas formales—conductas que deben permanecer en el ámbito disciplinario—, por mucho que se les denomine delitos de mera actividad y peligro abstracto, sino de auténticas imprudencias profesionales.

3. BLANQUEO DE CAPITALES Y DELITO BASE DE DEFRAUDACIÓN FISCAL

La voracidad fiscal de los Estados desarrollados, especialmente de los europeos, ha impuesto un deslizamiento paulatino y perverso del delito de blanqueo desde su sentido originario estricto, es decir, desde la pretensión de perseguir penalmente la legitimación de bienes procedentes de determinadas actividades delictivas —el narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado, sobre todo— hasta la de servir como instrumento de control y recaudación fiscal¹⁷. Al amparo de la paulatina ampliación de los delitos base —los que originan los bienes objeto de las conductas de blanqueo— en la legislación internacional, se ha llegado al punto de admitir que basta para cometer el delito de blanqueo de capitales con que los bienes procedan de cualquier delito —que no tiene que ser siquiera grave—, tal como prevé el vigente artículo 301 del Código Penal español, y, además, que no es necesario que los bienes procedan de una actividad delictiva previa que se comporte como la causa o fuente de su obtención, sino que basta que éstos no hayan sido objeto de la tributación correspondiente para poder ya someterlos al régimen penal del blanqueo de capitales.

Esta forma de entender el delito de blanqueo de capitales es político criminalmente incoherente y técnicamente inconsistente, pues, como veremos, no solo ignora la razón político criminal de ser de estos delitos y convierte en delincuentes blanqueadores a una gran parte de la población, confirmando, así, por cierto, la ineficacia preventiva de estos tipos penales, sino que, además, se basa en una interpretación *contra legem* de la exigencia típica de que los bienes objeto de blanqueo tengan un origen delictivo.

Empecemos la crítica poniendo un ejemplo muy sencillo: según un reciente Proyecto de orden ministerial en España¹⁸, a los supuestos efectos de la prevención del blanqueo de capitales las entidades financieras tienen el deber de controlar la identidad de las personas que realizan operaciones de cambio de moneda de cualquier cuantía sin cargo o abono en cuenta bancaria, es decir, a través de ventanilla, y de mantener esa informa-

17 Ni siquiera la esencial Directiva 91/308/CEE sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, que dio el primer paso en el ámbito europeo hacia la desvinculación entre blanqueo y narcotráfico impuesta por la Convención de Viena de 1988, permite ampliar el blanqueo a los bienes procedentes de cualquier clase de delito, aunque abandonó el concepto de delito grave como delito base. En efecto, pese a la ampliación de los delitos base que promovió esta Directiva, mantuvo una relación de las actividades delictivas base del blanqueo referidas, específicamente, al crimen organizado. Tal y como recuerda GÓMEZ INIESTA (*El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, cit., p. 74), la Ley 19/1993, de trasposición de esa Directiva comunitaria al Derecho español, no incluyó la enmienda propuesta por el grupo parlamentario de Izquierda Unida consistente en ampliar la obligación de información sobre actividades sospechosas de delito de blanqueo a las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones fiscales.

18 Proyecto de Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, por el que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

ción en un soporte informático accesible a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales. Además, estos operadores bancarios tienen obligaciones adicionales si tales operaciones superan los 6.000 € en el plazo de treinta días.

Es obvio que los sistemas de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado, por ejemplo, no suelen incluir el cambio frecuente por ventanilla bancaria de billetes de 500 € ni siquiera repartidos en distintas oficinas bancarias. La sumisión de estas operaciones a las autoridades encargadas de la prevención del blanqueo de capitales no es más que una mera coartada formal, una cortina de humo que permite a la Administración obtener información sobre el fraude fiscal. De hecho, este Proyecto de Orden Ministerial ha surgido como reacción a los datos sobre el exceso de circulación en España de billetes de 500 € lo que se pone en relación con el fraude fiscal, especialmente en los negocios inmobiliarios. Por eso, la conclusión ha de ser que, en realidad, ese control de movimientos de dinero pretende que la Administración obtenga información sobre posibles fraudes fiscales, y no perseguir el blanqueo de bienes procedentes de delitos.

Pongamos otro ejemplo: es sabido que en muchos países, entre los que se encuentra España, una gran parte de las compraventas de viviendas por particulares se realizan mediante el pago de una parte del precio con dinero negro o “B” en metálico, que no consta reflejado en la correspondiente escritura pública de compraventa, ni, por tanto, en el registro de la propiedad. Hasta tal punto esto es así, que el hecho de hacer constar en la escritura pública de compraventa un precio inferior al pagado por el comprador y recibido por el vendedor no constituye delito de falsedad documental en España, y que la Hacienda Pública calcula por su cuenta el precio de las compraventas de viviendas a la hora de calcular la plusvalía obtenida en la venta y, por tanto, la correspondiente cuota tributaria, prescindiendo del que consta en el registro y en las escrituras públicas.

Pues bien, esta habitual conducta de admitir el pago de una parte del precio en metálico y en dinero “B” está formalmente tipificada como blanqueo, según la opinión dominante, aunque el dinero “B” pagado no proceda de una actividad delictiva que lo haya generado, sino de una previa defraudación fiscal. Se trata, según esto, de un blanqueo típico, pero, obviamente, de imposible persecución penal dada su frecuencia, ya que, además, cada acto genera, a su vez, una cadena de blanqueo, pues el vendedor que ha recibido esa parte del precio en metálico y en dinero negro no lo declara, obviamente, a la Hacienda Pública, sino que lo suele mantener en circulación en la economía sumergida, mediante la realización, por ejemplo, de otros pagos en metálico y en dinero “B”, lo que hace que quienes los reciben se conviertan automáticamente en nuevos blanqueadores del dinero.

Como puede observarse, la pérdida de la orientación político criminal originaria que sirvió de base para la criminalización de las conductas de blanqueo de capitales y su conversión en un instrumento más para la persecución del fraude fiscal, trivializa el

delito y paraliza, de paso, la eficacia del mismo frente a las conductas verdaderamente graves.

Ello no quiere decir que el dinero fiscalmente opaco busque siempre y en todo caso permanecer al margen del fisco y, por tanto, en la economía sumergida. Una gran parte del dinero negro se mantiene allí, ciertamente, pero quien ha defraudado al fisco puede pretender, también, introducir posteriormente el dinero defraudado en el sistema económico legal, es decir, legitimarlo mediante inversiones a través de personas y sociedades interpuestas, muchas veces radicadas en paraísos fiscales, que camuflan, precisamente, el origen fiscalmente opaco del dinero¹⁹. Pero, incluso en estos casos, hay que mantener que el fraude fiscal no puede ser el delito base del de blanqueo de capitales, por las siguientes razones:

La base técnica y político criminal de los tipos de blanqueo de capitales es que el elemento típico *“bienes que tienen su origen en un delito”*, especialmente en aquellas legislaciones que, como la española, no delimitan expresamente los delitos base del de blanqueo, significa que la causa de la obtención de los bienes es un delito previo, es decir, anterior a su obtención y que, por tanto, el blanqueo no tiene por objeto los bienes que, una vez obtenidos lícitamente, se sustraen simplemente al cumplimiento de sus obligaciones fiscales, porque estos bienes no *“tienen su origen en un delito”* y, además, suelen ser patrimonialmente indiferenciables de los que han sido objeto de tributación.

Lo técnico y político criminalmente decisivo para la tipicidad del blanqueo es, pues, que el origen de los bienes, esto es, la causa de su obtención, sean delitos base –el narcotráfico, el cohecho, el secuestro, la extorsión, la malversación, el terrorismo o el crimen organizado, en general, etc.– distintos del fraude fiscal, *porque el fraude fiscal en sí mismo no genera los bienes, no es el origen de los bienes, sino que, simplemente, oculta a la Hacienda Pública los bienes obtenidos lícitamente. En sentido estricto, pues, el dinero negro o “B” no procedente de delitos previos al fraude fiscal no es un bien que tenga su origen en un delito, sino un bien de procedencia u origen lícito, aunque ocultado al fisco.*

Sin embargo, los delitos de blanqueo exigen que *“los bienes tengan su origen en un delito”*. En consecuencia, no se refieren al origen fiscalmente ilícito de los bienes. La introducción en el sistema económico de dinero negro o “B” no procedente de un delito previo que haya sido, precisamente, *“el origen de los bienes”* y, por tanto, distinto por

19 Es, precisamente, esta necesidad de aflorarlo a través de inversiones hechas por personas o sociedades interpuestas, la que ha hecho que se conviertan en objeto de atención desde el punto de vista del blanqueo. No advierte esta posible dinámica GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, cit., p. 40, citando a BAJO FERNÁNDEZ

definición del fraude fiscal cometido con bienes de procedencia lícita no es técnicamente, pues, una conducta típica de lavado de capitales.

4. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN ILÍCITO DE LOS BIENES Y LA PRUEBA DEL DOLO

Al igual que los principios garantísticos del Derecho penal y procesal penal como el de legalidad y el de presunción de inocencia, la dogmática penal se ha convertido en un instrumento irrenunciable al servicio de la seguridad jurídica, porque permite hacer leyes penales de interpretación previsible, y prever, por tanto, su ulterior aplicación a los casos concretos, es decir, porque somete a determinadas reglas las fases legislativa y de aplicación de la ley penal, lo que es tanto como decir su interpretación.

Naturalmente, al no tratarse de una ciencia exacta, sino, más bien, de una técnica que puede llegar a ser bastante precisa, la eficacia de las elaboraciones dogmáticas depende, fundamentalmente, de su coherencia, es decir, de su nivel de respeto a los dogmas reconocidos por la comunidad de expertos, de su capacidad para refutarlos, en su caso, de forma no arbitraria y, por supuesto, del conocimiento de los mismos por parte de los operadores jurídicos.

Además, desde que ROXIN introdujera las valoraciones político criminales en el método dogmático, éste dejó de poder presentarse como método técnico o científico, si se prefiere, neutral. Pero ello no quiere decir que las pretensiones político criminales puedan prescindir desde entonces de los límites dogmáticos, sino que, más bien al contrario, tienen que someterse a ellos.

Vienen al caso de los delitos de blanqueo de capitales estas reflexiones previas, porque en estos delitos la pretensión político criminal de proteger “*las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”, en palabras de la Convención de Viena de 1988, frente a las conductas que hacen posible la introducción en el sistema económico del dinero procedente del delito, ha conducido no solo a la antes denunciada pérdida de sus contornos en cuanto a los delitos origen de los bienes frente a los que es verdaderamente necesario para proteger tales bases económicas, culturales y políticas de nuestra sociedad, sino también a la pérdida de la más elemental disciplina dogmática en la formulación y aplicación de los tipos penales.

Este problema de inseguridad jurídica se constata muy llamativamente a la hora de analizar el contenido del dolo en esta clase de delitos, y su prueba en el proceso penal.

Siendo, en efecto, conscientes los legisladores internacionales y nacionales y los operadores jurídicos de que uno de los principales problemas para la aplicación de los tipos penales de lavado de capitales es, precisamente, la prueba del elemento típico consistente en el conocimiento del origen delictivo de los bienes, se ha producido una

auténtica huida de la dogmática del dolo y de su prueba, que es necesario restablecer para conciliar las exigencias político criminales con las de seguridad jurídica.

El punto de partida debe ser, a mi entender, que, al igual que en los demás delitos, el elemento cognitivo del dolo no es una mera sospecha sobre la concurrencia de los elementos del tipo objetivo²⁰, ni tampoco, en el polo opuesto, exige la certeza al respecto, sino que la moderna dogmática penal lo define como conocimiento del riesgo no permitido o peligro de realización de un tipo penal implícito en la propia conducta.

La comprensión de cualquier clase de dolo, y no solo, por tanto, del dolo eventual, como dolo del peligro implícito en la propia conducta hace que sea imprescindible establecer las diferencias entre cada una de sus clases y de éstas con la imprudencia consciente con base en el nivel del peligro objetivo, por un lado, y en el del conocimiento de dicho peligro por otro, de tal manera que, por ejemplo, al dolo eventual corresponde un conocimiento no seguro del peligro, que es también, por tanto, objetivamente incierto, mientras que el dolo directo de consecuencias necesarias –en terminología más antigua denominado de segundo grado– se corresponde con un conocimiento de lo muy altamente probable –que coincide con la alta probabilidad objetiva de realizar el tipo penal–, ya que la certeza absoluta objetiva y subjetiva típica del dolo directo de primer grado es conceptualmente imposible desde la perspectiva *ex ante*, es decir, cuando todavía el delito se está realizando, y no después de haber sido consumado²¹.

Por su lado, un importante sector doctrinal, que parte del contenido de toda clase de dolo como dolo de peligro, llega a matizar, en general, es decir, con respecto a cualquier delito doloso, que el dolo exigible es siempre un dolo de peligro concreto y no meramente abstracto, ya que el conocimiento de un mero peligro abstracto es característico de la imprudencia consciente. Aplicado esto al delito de blanqueo de capitales, ello quiere decir que el dolo consiste aquí en el conocimiento del peligro concreto, no simplemente abstracto, de que los bienes tienen su origen en un delito²².

No es, por tanto, necesario para describir el dolo referido al origen delictivo de los bienes en los delitos de lavado de capitales acudir a afirmaciones incompatibles con la seguridad jurídica y con el concepto penal de dolo, como la muy frecuente en doctrina

20 Que la mera sospecha sobre el origen delictivo de los bienes no reúne los requisitos del dolo de blanquear es algo unánimemente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Cfr. ZARAGOZA AGUADO. *El blanqueo de bienes de origen criminal*, cit., p. 407; en el mismo sentido, por todos, BAJO BACIGALUPO. *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 p. 690, citando, a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo español del 11 octubre y 7 diciembre 1994.

21 Me remito al respecto a mi artículo “El concepto de dolo en la moderna dogmática penal”, en prensa para su publicación en los *Cuadernos de Derecho Judicial* que publica el Consejo General del Poder Judicial, en el que mantengo, no obstante, la necesidad de un elemento volitivo añadido.

22 En este sentido, BAJO BACIGALUPO. *Derecho penal económico*, cit., p. 690, siguiendo a STREE-SCHÖNKE SCHRÖDER, parág. 261, n.º marginal 18.

y jurisprudencia de que es suficiente el conocimiento de que los bienes “*proceden de una actividad delictiva de modo genérico*”²³, como si nuestro Derecho penal fuera de autor y no de hecho, sino aplicar directamente al delito de blanqueo de capitales el moderno concepto de dolo penal.

De ello se deducen varias consecuencias. En primer lugar, que el dolo en el delito de blanqueo de capitales siempre tiene por objeto delitos y no actividades delictivas genéricas, como origen de los bienes objeto de las conductas de blanqueo.

El hecho de que ciertos ordenamientos jurídicos como el español no precisen la naturaleza del delito base en los tipos no agravados, no excluye que el dolo deba referirse, también en estos casos, a delitos en concreto en cuanto a su naturaleza, clase o categoría, pues el dolo no consiste en conocer que los bienes objeto del blanqueo proceden de delitos en general, lo que equivale a afirmar que proceden de un “delincuente”, es decir, de alguien que se dedica a la comisión de delitos –actividad delictiva genérica incompatible con el concepto de dolo en un Derecho penal del hecho y no de autor-, sino en que los bienes “*tienen su origen en un delito*”. Esta conclusión es, por lo demás, indiscutible en los muy similares delitos de receptación propia, en los que se exige el conocimiento de que los bienes proceden no de cualquier delito, sino de delitos patrimoniales o socioeconómicos.

En consecuencia, en los tipos de blanqueo de capitales es imprescindible que el autor conozca el peligro de que los bienes proceden de uno o varios delitos de narcotráfico, corrupción, malversación, secuestro, etc., calificados como tales a nivel profano.

Existen dos argumentos contundentes, a mi entender, para fundamentar esta conclusión. En primer lugar, que el dolo de blanqueo de capitales no puede referirse en los tipos de blanqueo por favorecimiento real o personal a bienes que tienen su origen en delitos patrimoniales o socioeconómicos, ya que estos están sometidos, al menos en Derecho penal español, al ámbito punible de los delitos de receptación propia, que es delito especial con respecto al de blanqueo. En consecuencia, el autor del delito de lavado de capitales tiene que ser conocedor de que los bienes, al menos, no proceden de un delito patrimonial o socioeconómico, lo que implica la necesaria referencia de su dolo a categorías o clases concretas de delitos diferentes.

En segundo lugar, la existencia de numerosas legislaciones penales que exigen que los bienes objeto de blanqueo procedan de determinadas clases de delitos²⁴, y de otras

23 ZARAGOZA AGUADO. *El blanqueo de bienes de origen criminal*, cit., p. 408, siguiendo a la jurisprudencia española.

24 Cfr., la respecto, CATY, VIDALES RODRÍGUEZ. *El delito de legitimación de capitales*, Miami, 1998, pp. 35 y 66 y ss. La extensión, al respecto, es máxima en España, donde el artículo 301 del Código Penal se refiere, simplemente, al origen delictivo de los bienes, en general. Hasta la reforma del artículo 301 del

legislaciones que, como la española, prevén tipos agravados si los bienes proceden de los delitos de tráfico de estupefacientes, es indicativa de que el dolo del autor del delito de blanqueo, en general, tiene que comprender la clase o naturaleza del delito origen de los bienes, lo que, desde luego, es, por lo demás, indiscutible para la aplicación de los tipos agravados.

Con las precisiones que se hacen más adelante relativas a los bienes procedentes del crimen organizado, el dolo requiere, pues, el conocimiento del riesgo concreto o peligro de que exista una sentencia condenatoria, única que puede dar contenido al elemento normativo “delito” en los tipos de lavado de capitales.

La existencia de sentencia condenatoria previa es, pues, parte imprescindible de este elemento normativo y objetivo del tipo de lavado de capitales, por mucho que se quiera ignorar en la doctrina y en la jurisprudencia. La mejor demostración de que esto es así es que la prueba de que los bienes no proceden de delito alguno, es decir, de que no hay sentencia condenatoria alguna, debe implicar la absolución del supuesto blanqueador por atipicidad objetiva de su conducta. En efecto, este sería un caso de error inverso sobre el tipo penal –el autor cree estar actuando sobre bienes que tienen su origen en un delito– que solo en muy determinados supuestos conduce a una tentativa imposible punible, y más frecuentemente a un delito irreal impune.

Ello implica que la existencia de sentencia o sentencias condenatorias previas relativas a los bienes objeto de la conducta de blanqueo es un punto de referencia irrenunciable del conocimiento característico de dolo, puesto que el objeto del dolo son, siempre, todos los elementos del tipo objetivo.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, el conocimiento que define al dolo no es la certeza, sino solo el peligro o riesgo implícito en la propia conducta²⁵. Éste y no otro es, precisamente, el nivel de conocimiento exigido en el tipo de blanqueo de capitales también con respecto a la existencia de sentencia condenatoria previa. Cuando alguien conoce el peligro concreto de que los bienes tengan su origen en un delito, conoce, a la vez, el peligro concreto de que exista una sentencia condenatoria al respecto.

Dada la necesidad político criminal de incluir en estos tipos penales los bienes que tienen su origen en los delitos cometidos por organizaciones criminales, debe analizarse específicamente el contenido del dolo al respecto. Para evitar la indeterminación

Código Penal de 1995, llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, esta amplitud era extraordinaria, pero, no obstante, el origen ilícito de los bienes se limitaba a los procedentes de delitos *graves*.

25 Aunque la jurisprudencia española admite sin dificultad el dolo eventual, la doctrina mantiene una viva polémica al respecto, dada la exigencia típica de que el autor actúe a sabiendas del origen delictivo de los bienes, lo que suele interpretarse como excluyente del dolo eventual, al igual que en Alemania.

del concepto de crimen organizado, desde el punto de vista del principio de legalidad lo correcto es remitir el origen delictivo de los bienes en estos casos a aquellos que tienen su origen en los delitos cometidos por las asociaciones delictivas, tal como se definen en los propios códigos penales, como sucede en el parágrafo 261 del Código Penal alemán, que alude a las “*infracciones penales cometidas por un miembro de una asociación criminal (parágrafo 129)*”. De esta forma, el concepto indeterminado de crimen organizado es sustituido por el muy concreto de asociación ilícita delictiva.

Estas asociaciones, incluidas las terroristas, se caracterizan en Alemania y en muchos otros ordenamientos jurídicos por que sus fines o sus actividades se dirigen a la comisión de delitos, pero, no obstante, los tipos de asociación ilícita presentan muy diferentes elementos en la legislación comparada. Por ejemplo, algunos tipos del Código Penal español prescindían de la referencia a la comisión de delitos y consideraban que existen asociaciones ilícitas delictivas por su mera estructura paramilitar o por constituir banda armada o grupo terrorista, e, incluso, por emplear medios violentos o de control de la personalidad para conseguir fines lícitos. Esta extensión de los tipos penales es francamente criticable, pero, al margen de ello, lo cierto es que a los efectos del lavado de capitales deben integrarse en el elemento objetivo del tipo referido al origen delictivo de los bienes.

Los tipos de lavado de bienes del Código Penal español no siguen la correcta técnica legislativa de referirse expresamente a los bienes procedentes de las asociaciones ilícitas sino, solo y en general, a los bienes que tienen su origen en un delito. Pese a esta defectuosa descripción típica es posible, sin contravenir el principio de legalidad, concluir que los bienes que tienen su origen en una asociación delictiva de las descritas en el artículo 515 son bienes que “*tienen su origen en un delito*” (art. 301 C. Penal), a saber, precisamente, en el delito de asociación ilícita. Esta conclusión es compatible con la antes defendida necesidad de que los delitos base sean la causa u origen de los bienes objeto de lavado, pues las asociaciones ilícitas delictivas no tienen patrimonio lícito, sino que lo obtienen bien mediante la comisión de delitos (terrorismo, secuestro, extorsión, etc.), bien, en todo caso, delictivamente, pues la propia naturaleza delictiva de estas asociaciones es, precisamente, la fuente de sus ingresos ilegales.

De acuerdo con esto, el dolo del autor o partícipe del delito de lavado de capitales incluye el conocimiento del peligro (concreto) de que los bienes objeto de la conducta típica tienen su origen en una asociación ilícita delictiva, calificada ésta, obviamente, en el nivel no técnico, sino profano.

La cuestión a partir de aquí es si debe exigirse la existencia objetiva de alguna sentencia previa a la conducta de lavado que declare delictiva la asociación. La respuesta debe ser idéntica a la antes dada: el elemento objetivo “delito” referido al delito base en los tipos de lavado de capitales exige la declaración judicial de la comisión del delito, puesto que de ninguna otra forma puede concluirse legalmente que existe o ha existido un delito fuente de los bienes. El dolo, pues, deberá referirse al conocimiento del

peligro (concreto) de que exista una declaración judicial sobre la naturaleza delictiva de la asociación de la que proceden los bienes.

Con distintas argumentaciones, la mayor parte de la doctrina española comparte la pretensión de no distanciar estos delitos de las exigencias derivadas de la dogmática del dolo, aunque suele hacerlo mediante la aplicación a los delitos de blanqueo del concepto de dolo elaborado para los delitos de receptación propia. En consecuencia, doctrina y jurisprudencia no sólo coinciden en que no bastan las simples sospechas al respecto, sino además en que se exige un conocimiento del delito previo²⁶, aunque no sea detallado en cuanto a fecha, lugar, forma de comisión, autoría concreta o identificación exacta de la infracción, de acuerdo con el contenido normativo del concepto de delito en este tipo penal.

El problema técnico a partir de esta conclusión es el de la relevancia que puede tener el error sobre la naturaleza o clase de delito origen de los bienes. No se trata ya, como hasta ahora hemos analizado, de un error inverso —el sujeto cree que está lavando bienes que tienen su origen en un delito, pero no existe sentencia condenatoria previa alguna por delito—, sino del error que versa sobre la clase o naturaleza del delito origen de los bienes —el sujeto cree que está lavando bienes procedentes del narcotráfico, pero no existe sentencia condenatoria alguna por narcotráfico que vincule esos bienes con tal delito, aunque los bienes proceden de un delito diferente, por ejemplo, relativo a la corrupción, al peculado o malversación de caudales públicos.

En las legislaciones penales que restringen las conductas típicas de blanqueo de capitales a determinadas clases de delitos, este error tiene que ser considerado irrelevante, siempre que el delito origen de los bienes sea uno de los mencionados en los tipos penales. Es irrelevante, en efecto, el error consistente en la creencia de que se están lavando bienes procedentes de delitos de narcotráfico, si la prueba demuestra que se trataba de bienes procedentes de la corrupción, siempre que tanto una como otra clase de delitos estén incluidos en los tipos penales de blanqueo como delitos base, y ninguno de ellos provoque la aplicación de un tipo cualificado doloso, ya que, si fuera así, éste no podría aplicarse, por error sobre el elemento típico cualificante.

La conclusión cambia, sin embargo, radicalmente cuando el delito base no está incluido en los tipos penales de lavado de capitales que siguen la técnica de la delimitación expresa de los delitos base, ya que, en tal caso, la creencia errónea de estar blanqueando

26 PÉREZ MANZANO (*El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, 223 y 230), se refiere convincentemente y con apoyo bibliográfico y jurisprudencial a que el autor debe reconocer el hecho como punible “dentro de la categoría”, refiriéndose a la legislación que exigía que los bienes procedieran de un delito grave o a los tipos agravados como el relativo a las procedencias del narcotráfico. Algunos autores y parte de la jurisprudencia exigen el mero conocimiento de que los bienes tienen una procedencia ilícita, sin más precisiones (BAJO BACIGALUPO. *Derecho penal económico*, cit., pp. 690-691, con referencia a alguna sentencia antigua).

bienes procedentes de un delito base sí incluido, siendo así que los bienes no proceden de ninguno de los delitos base incluidos en los tipos penales de lavado de capitales, provoca la atipicidad de la conducta, por ausencia de uno de los elementos objetivos del tipo y, en su caso, por error inverso sobre el tipo (a salvo de la muy improbable y muy criticable tentativa imposible del delito de lavado de capitales).

Aplicado este razonamiento técnico a aquellas otras legislaciones que, como la española, no restringen la clase de delitos base del de blanqueo de capitales, habrá que concluir que esta clase de error es penalmente irrelevante, siempre, eso sí, que los bienes tengan su origen en algún delito, y que tales delitos base no sean los previstos en un tipo cualificado –como sucede en el Código Penal español con los delitos de narcotráfico–, ni sean patrimoniales o socioeconómicos, ya que, si lo son, la conducta es atípica como lavado de capitales, aunque pueda serlo, en su caso, como receptación propia; y siempre que los bienes no tengan su origen en una mera defraudación tributaria, por las razones analizadas en el epígrafe anterior.

Problema diferente, una vez sentado lo anterior, es el que se refiere a la prueba del conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito.

De acuerdo con los presupuestos sentados anteriormente, la prueba del dolo no tiene por objeto el conocimiento cierto, es decir, la certeza de que los bienes tienen su origen en un delito, sino de que el sujeto fue consciente al actuar del peligro (concreto) o riesgo (concreto) no permitido de que los bienes objeto de su acto de adquisición, conversión, transmisión, etc., tienen su origen en un delito. Este contenido de la prueba del dolo no se refiere, según lo antes expuesto, al dolo eventual, sino al dolo directo, ya que la prueba del dolo eventual, si es que éste se admite en este delito, solo requeriría la del conocimiento no seguro de dicho peligro concreto.

Naturalmente, la forma habitual de probar ese conocimiento es la prueba indiciaria, es decir, la prueba de cargo que se obtiene a partir de indicios probados, entre los que la jurisprudencia suele destacar una serie de actos irregulares o atípicos en el funcionamiento financiero o mercantil habitual, como el conocimiento de la utilización de identidades ficticias, la utilización de sociedades sin capacidad o sin actividad económica real, la inexistencia de actividad económica conocida, el incremento patrimonial injustificado, etc. Pero todos estos indicios no pueden prescindir de aquél o aquéllos que evidencien, siquiera por vía indiciaria, la conexión causal entre los bienes objeto de la conducta de lavado de capitales y un delito base origen de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA*

BAJO, MIGUEL Silvina, BACIGALUPO. *Derecho penal económico*, Madrid, Ceura, 2001.

BOTTKE, WILFRIED. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998.

FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.

GÓMEZ INIESTA, DIEGO, J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, Cedecs, 1996

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005

PÉREZ MANZANO, MERCEDES, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994.

RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN. “Blanqueo de capitales y negocios standard”, en SILVA SÁNCHEZ (Coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

VIDALES RODRÍGUEZ, CATY. *El delito de legitimación de capitales*, Miami, Center for the Administration of Justice, 1998.

ZARAGOZA AGUADO, JAVIER ALBERTO. “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en *Derecho penal económico*, Manuales de Formación Continuada, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

* Aunque la bibliografía española sobre blanqueo de capitales es muy extensa, solo se citan las obras que más directamente se confrontan con los específicos problemas analizados en el texto. Es, asimismo, muy valorable la doctrina de países latinoamericanos, entre la que debe resaltarse la muy valiosa de HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO, pero su uso habría requerido un estudio detallado del Derecho comparado de esos países, que supera las pretensiones de este artículo.