

Blanqueo de capitales. Evolución del delito subyacente*

SOLEDAD GARCÍA LÓPEZ
Agencia Estatal de Administración Tributaria

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. DEFINICIÓN LEGAL DE BLANQUEO DE CAPITALS.—3. CLASES DE DELITOS PREVIOS SUBYACENTES.—4. EL PROBLEMA DE DELITO PREVIO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4.1. Delitos previos cometidos en el extranjero. 4.2. La prueba del delito subyacente.

Palabras clave: Fiscalidad Financiera, Blanqueo de capitales, delito subyacente al blanqueo de capitales.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, el blanqueo de dinero o de capitales ha sido practicado por todo aquél que obtenía beneficios económicos de actividades ilícitas (secuestradores, ladrones de bancos, narcotraficantes o defraudadores fiscales). Parece consustancial al beneficio económico derivado de dichas actividades el que fuera ocultado, pues el descubrimiento de la ganancia podría conectar al delincuente con el delito.

Al parecer, la expresión "blanqueo de capitales" fue empleada por primera vez en el ámbito judicial en Estados Unidos en el año 1982, en un caso de comiso de dinero procedente de la cocaína colombiana, y la expresión procedía de la jerga del hampa. El origen del concepto —lavado de dinero— se remonta, por otra parte, a la utilización por parte de organizaciones mafiosas, sobretudo en Estados Unidos, de cadenas de lavanderías automáticas para colocar y ocultar fondos de origen ilícito.

Hay incluso quien diferencia entre "lavado de dinero", que implicaría al existencia de "dinero sucio", decir, procedente de un delito, de "blanqueo de dinero", que derivaría de la existencia de "dinero negro", es decir que no ha cumplido las correspondientes obligaciones fiscales.

En cualquier caso, la historia del concepto de blanqueo de capitales tiene su origen en el ámbito

del tráfico de drogas, de ahí que en principio tanto al doctrina como la legislación concibieran el blanqueo de capitales sólo de los productos procedentes del delito de narcotráfico y relacionados con las drogas.

El origen de la atención prestada en los años 80 al blanqueo de capitales proviene sobre todo del tráfico de drogas, y de la lucha contra el mismo, y de los enormes beneficios que genera. A los problemas que se observan por el abuso de drogas, se añade que su tráfico da lugar a cuantiosas ganancias que posibilitan a los narcotraficantes, por una parte la compra de nueva maquinaria más sofisticada con la que incrementar su actividad, por otra, la compra de funcionarios, corrompiendo así la economía y las estructuras políticas y administrativas de los países en los que opera.

Esto ha evolucionado, y ahora se entiende por blanqueo de capitales el precedente también de otros delitos, pero es necesario siempre para que se conciba la comisión de un delito de blanqueo de capitales el que exista un delito previo, un delito subyacente, quedando fuera del concepto, por lo tanto, otra serie de bienes de origen ilícito pero no delictivo.

En cualquier caso, en la actualidad el problema de la lucha contra el blanqueo de capitales no se centra exclusivamente en los bienes originados en el tráfico de drogas sino que va más allá y se refiere a todas aquellas actividades criminales que producen cuantiosas ganancias.

* Trabajo presentado al II Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Financiera celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2006.



Esta evolución se refleja también en los instrumentos internacionales que ha tratado de esta materia. Así, mientras la Convención de la ONU sobre drogas, Convenio de Viena, se plantea el tema desde el punto de vista de la lucha contra el tráfico de drogas, la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo de capitales de 1990, contempla el blanqueo en la comisión de delitos de todo tipo, ampliando, respecto de la Convención de la ONU, el ámbito de punición del blanqueo de capitales a las conductas que recaigan sobre los beneficios económicos procedentes de cualquier delito.

En definitiva, junto al concepto de blanqueo de capitales, ha ido evolucionando, ampliándose, la determinación del delito previo o subyacente del que habrían de provenir los bienes blanqueados, pero esta evolución no sólo se manifiesta en que la figura delictiva se amplía desde el narcotráfico al resto de los delitos, sino también en los requisitos que las leyes, la doctrina y al jurisprudencia van a precisar de ese delito previo como para que cumpla su función de presupuesto del de blanqueo de capitales.

2. DEFINICIÓN LEGAL DE BLANQUEO DE CAPITALES

Aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones de blanqueo de capitales, se puede acudir a la definición que del blanqueo hace la Ley 13/1993, de 28 de diciembre que, en su artículo 1. 2 señala: "a los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada que hoy se conforma, en la nueva redacción, como procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito) o de participación de las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como al ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos, o del a propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados. Esta definición, en definitiva, es la del Código Penal.

La evolución de la tipificación de la figura del blanqueo de capitales en el Derecho penal español, parte de la LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas.

Esta Ley incorpora un nuevo precepto al entonces vigente Código Penal, el artículo 546 bis f), para sancionar las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias del tráfico ilegal de drogas, que dispone:

"El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro medio se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueran de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contempladas en el artículo 344 bis e) de este Código."

En su exposición de motivos, la LO 1/1998 indica: "sin lugar a duda alguna, se ha abierto en el contexto internacional la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas con el mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico. La reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta criminal actividad debe deparar los más positivos logros en la difícil lucha contra el tráfico de drogas...", y así comienza la persecución penal en España del blanqueo de capitales.

Posteriormente, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incorpora una tipificación sustancialmente diferente.

"Artículo 301. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que hay participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, *a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.*

3. Si los hechos se realizaran por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al tripleo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubieren sido cometidos, total o parcialmente en el extranjero."

Finalmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal da nueva redacción al apartado I del artículo 301, y añade un apartado 5.

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

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

5. Si el culpable hubiere obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código."

3. CLASES DE DELITOS PREVIOS SUBYACENTES

Para que los bienes objeto de blanqueo procedan de un delito previo es necesario que éste se haya cometido con anterioridad. En derecho comparado es generalmente admitido que el blanqueo de capitales ha de recaer sobre objetos originados en un delito previo. Pero en este punto surge la duda de qué cuáles de delitos son aptos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados.

Como se ha dicho anteriormente, el delito de blanqueo de capitales surge inicialmente en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, por la gran cantidad de ganancias que de ellos se obtienen. Por eso el Convenio de Viena, el primero en la materia, restringe el blanqueo de capitales exclusivamente, a los bienes procedentes de delitos relativos a las drogas tóxicas o estupefacientes.

La evolución más reciente del delito de blanqueo de capitales tiende a incluir como delitos previos otras actuaciones delictivas también generadoras de enormes beneficios. El ejemplo más destacado a nivel internacional es la Convención del Consejo de Europa de 1990, que no restringe el ámbito de los bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todas las infracciones penales, esto es, a todo tipo de delitos. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida en que "el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada o el terrorismo).

El análisis de la doctrina y de la normativa extranjera refleja la existencia de diversos modelos para clasificar los delitos previos. Por un lado, está el modelo de catálogo o listado de delitos y, por otro, el modelo consistente en indicar una categoría específica de delitos o todos los delitos en general, que es el más extendido y hacia el que parecen dirigirse la mayoría de las legislaciones.

El primero de ellos, empleado entre otras por la normativa derogada en España, hace un listado de delitos cuya comisión previa al blanqueo de capitales es una condición previa para que pueda realizarse. Un problema de este modelo es, en consecuencia, que las conductas delictivas no incluidas en el listado quedan impunes, lo que podría hacer necesario una continua revisión del catálogo.

El segundo modelo es el vigente en España hasta... remite a una categoría concreta de delitos, los "delitos graves", y plantea el problema de que los delitos que no son considerados como tales, aunque generen importantes beneficios no van a quedar contemplados o abarcados.

Un tercer modelo, que impera en la actualidad en España, pasa por desechar el recurso a la mención o relación de determinadas conductas previas, para mencionar exclusivamente el origen delictivo de los bienes de cuyo blanqueo se trata. Así se evitan lagunas que puedan resultar de la remisión a determinados delitos, ya sea en forma de catálogo, ya a una clase de ellos como los de carácter grave,

que podrían reorientar la criminalidad organizada hacia otras actividades delictivas generadoras de grandes ganancias pero no subsumidas en los delitos de referencia.

De esta forma, la procedencia delictiva de los bienes jugaría el papel desempeñado hasta la actualidad por el delito previo. Quedarían abarcados como objetos del delito de blanqueo de capitales todos los bienes que tuvieran su origen en un hecho típico y antijurídico, indiferentemente del tipo de delito del que procedieran, si procedieran de uno o varios delitos o si estos fueran de escasa entidad.

4. EL PROBLEMA DE DELITO PREVIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El artículo 301 del Código penal español, exige, para que exista blanqueo de capitales, que los bienes procedan de un "delito". Será, por lo tanto, importante, determinar las condiciones de perfección del delito previo del cual proceden los bienes que se blanquean.

Pues bien, en la doctrina española, predomina la interpretación de que el delito de blanqueo se comete desde el momento en que se inicia la ocultación, lo que permite la investigación del mismo con técnicas propias de la investigación contra la delincuencia organizada. No habría que esperar a la consumación del delito para entender que se está incurriendo en delito de blanqueo. Bastaría con que el hecho previo típico y antijurídico, se encontrase en grado de tentativa. De la misma forma se puede incurrir en delito de blanqueo al blanquear la ganancia de un delito prescrito.

La normativa española relativa al blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito. Pero el Código penal no exige que este delito sea "completo", esto es, que exista constancia de la realización de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Expresamente, el artículo 300 viene a determinar la accesoriidad limitada del delito de blanqueo respecto del delito subyacente, al establecer que "las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena."

Todo lo anterior lleva a concebir al delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo e independiente del delito subyacente, que no requiere la identificación de un acto delictivo concreto como antecedente (ver STS 10/1/2000), ni la

previa condena del delito del que proceden los bienes (STS 29/09/2001).

4.1. Delitos previos cometidos en el extranjero

El delito de blanqueo de capitales es un delito de marcado carácter internacional, dado que el reciclado de los bienes procedentes del delito es frecuentemente realizado en un país distinto a aquel donde se cometió el delito previo. Es no sólo posible sino muy frecuente que el delito subyacente que da origen a los bienes haya sido cometido en un país y el delito de blanqueo en otro diferente, lo cual puede plantear, a la hora de enjuiciar el delito de blanqueo de capitales, diferentes problemas.

Tratando de hacer frente a algunos de estos problemas, la normativa internacional ha ido regulando mecanismos de cooperación internacional, fundamentalmente la llamada asistencia judicial recíproca. Entre otros, el Convenio de Viena y posteriormente el Convenio del Consejo de Europa realizan una detallada regulación de tales mecanismos, fundamentalmente tendentes a facilitar la información y a proporcionar elementos de prueba, de acuerdo siempre con el derecho interno del Estado requerido.

Diversas legislaciones extranjeras –por ejemplo la alemana y la suiza– han dado cabida a un cláusula que declara punible el blanqueo de capitales procedentes de un delito cometido en el extranjero.

La normativa española, en cualquier caso, solventa de forma expresa esta cuestión al establecer el número 4 del artículo 301 del CP que:

"4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubieren sido cometidos, total o parcialmente en el extranjero."

Se entiende que incluir este precepto en el Código Penal era necesario, dado que es frecuente que el blanqueo de capitales no se realice en el mismo país en que se cometió el delito subyacente, y además así nuestro Código Penal incorporó las recomendaciones internacionales en materia de blanqueo de capitales relativas a los delitos previos cometidos en el extranjero. Sin embargo, esta regulación no aclara todos los interrogantes que se suscitan.

Por una parte, no indica nada el Código Penal sobre si el delito previo ha de ser sancionado con pena o no en el lugar de la comisión. Esta es una exigencia recogida en el derecho comparado que el Código español silencia.

La interpretación gramatical permite afirmar que es indiferente que el hecho previo se encuen-

tre o no sancionado en el extranjero. Ello permitiría sancionar penalmente a quien blanquea bienes en España procedentes de actuaciones lícitas en otro país, pero constitutivas en España de delito

Pero cabría también, por otra parte, interpretar, de forma más lógica, que para que exista en delito de blanqueo de capitales tipificado en el Código Penal español, es preciso que el delito subyacente se encuentre también sancionado penalmente en el lugar de realización del mismo; es el denominado principio de "doble incriminación", en virtud del cual el delito previo ha de ser punible tanto en el lugar de ejecución como en España.

Una de las cuestiones más interesantes que se plantean con relación a este tema, es el relativo a la *calificación jurídica del delito subyacente cometido en el extranjero*, es decir, si la misma debe hacerse con base en la normativa penal del país de comisión del delito o del país de realización del blanqueo.

Y la cuestión resulta más difícil de resolver si la normativa del país donde se comete el blanqueo exige, como lo hacía hasta la LO 15/2003 el artículo 301 del CP que el delito del que procedencia de los bienes sea un delito grave, pues entonces surgiría la cuestión de, en caso de cometerse el delito en el extranjero, dónde habría de ser considerado grave el mismo, si en el territorio nacional donde se realiza y se juzga el blanqueo o en el lugar de comisión del delito, es decir, la determinación de la normativa con base en la cual ha de realizarse la calificación jurídica del delito previo cometido en el extranjero, si la calificación del delito –grave entonces– habría de hacerse de acuerdo con el derecho del lugar de comisión o de acuerdo con el derecho penal español. Si se opta por la primera de las soluciones se produciría una extensión material del Derecho penal nacional, posibilidad que la mayoría de la doctrina rechaza, considerando mayoritariamente que la calificación del hecho previo ha de hacerse de acuerdo con la legislación nacional donde se cometió el delito de blanqueo de capitales.

Es indiferente que el blanqueo de capitales se encuentre sancionado penalmente o no en el país donde se ejecuta el delito previo.

Otra cuestión que surge es la relativa a si de ha de exigir que la conducta constitutiva del delito previo resulte punible en concreto, o bien es suficiente con que resulte punible en abstracto.

Una parte de la doctrina entiende que la mayor garantía es entender el principio de doble incriminación en el sentido de que el hecho previo sea sancionado en concreto en ambas legislaciones; esto es, no sería suficiente con que la acción se encontrase tipificada penalmente como delito, sino

que sería preciso analizar todas las circunstancias del caso concreto y determinar si concurre alguna causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Desde esta perspectiva el hecho previo ha de ser punible conforme a la legislación de ambos Estados.

Sin embargo otro sector de la doctrina, más actualmente, entiende que es suficiente que el delito previo sea típico y antijurídico en ambas legislaciones, siendo indiferente si concurren o no causas de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad.

La jurisprudencia del TS, con relación a estas cuestiones, es clara al determinar (STS 19/12/2003) que "técnicamente no se requiere para la punición del blanqueo de capitales la condena por el delito origen, de donde procede el dinero". En efecto, el párrafo cuarto del artículo 301 determina que "el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero". Igualmente se reconoce que "la tendencia que hasta el momento impera en la doctrina y en la jurisprudencia se inclina por entender que el elemento del delito (grave) de origen no se tiene que aparejar a la existencia de una sentencia firme condenatoria, estableciéndose, por tanto, un criterio de accesibilidad mínima para la aplicación del delito de blanqueo", afirmación que compartimos.

Por último, hay que aclarar que hechos que pese a ser constitutivos de delito conforme a la legislación extranjera, sean impunes según el Derecho penal español (por ejemplo, delitos políticos) no pueden ser considerados delitos previos del posterior blanqueo de capitales. El artículo 301 apartado 4 del Código penal se refiere al culpable, que ha de serlo de los hechos penados en los números anteriores, los cuales exigen que los bienes procedan de un delito. Lo contrario, vulneraría la Constitución al configurar una ley pena len blanco que remitiría a acciones punibles en el extranjero.

4.2. La prueba del delito subyacente

Para finalizar, resulta interesante hacer una mención a la prueba del delito previo. La presunción de inocencia requiere probar que los bienes supuestamente blanqueados proceden de un delito previo. Parece obvio que resultará en consecuencia necesario probar tanto la existencia de un delito previo como que los bienes blanqueados proceden del mismo.

El problema de la prueba del hecho previo tendrá una solución sencilla en los casos en que exista una sentencia que declare la existencia de un hecho previo y antijurídico. Pero ni la doctrina ni la juris-

prudencia en la actualidad consideran necesaria una sentencia previa que declare la presencia de un delito.

El TS, en sentencia de 19 de diciembre de 2003, establece que "técnicamente no se requiere para la punición del blanqueo de capitales la condena por el delito de origen, de donde procede el dinero. En efecto, el párrafo cuarto del artículo 301 determina que "el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que proviene los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero". Igualmente se reconoce que "la tendencia que hasta el momento impera en al doctrina y en al jurisprudencial se inclina por entender que el elemento del delito grave de origen no se tiene que aparejar a la existencia de una sentencia firme condenatoria, estableciéndose, pro tanto, un criterio de accesoriadad mínima para la aplicación del delito de blanqueo", afirmación que compartimos. "Es por otro lado, doctrina jurisprudencial pacífica que no se exige un conocimiento preciso y detallado del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal, junto a que la determinación de delito grave, como elemento normativo del tipo, debe verificarse con la legisla-

ción española, sin entrar a descender a un completo enjuiciamiento del mismo..."

Añade la misma STS que, "en el blanqueo de capitales se trata de criminalizar aquellas conductas que persiguen ocultar el origen ilícito de los bienes, a sabiendas de que proceden de una delito para cerrar el circuito de aprovechamiento por razones de política criminal. La problemática de estos delitos suele radicar en al acreditación de la procedencia y la conexión del sujeto pasivo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación; b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas; c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiere dicha vinculación, y d) inexistencia de negocios o actividades ilícitas que justifiquen ese aumento patrimonial". (Sentencias del TS de 23/5/1997 y 15/4/1998, entre otras.)