

DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DERECHO COMPARADO

Diana HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El objeto material del delito de lavado de dinero*. III. *La conducta típica del delito de lavado de dinero*. IV. *El sujeto activo del delito de lavado de dinero*.
V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Al contexto jurídico-penal cubano le ha sido incorporada una nueva tipología: el lavado de dinero. El surgimiento del delito de lavado de dinero no ha tenido en nuestro país características similares a las acaecidas en el entorno europeo, donde, en general, la regulación penal antecedió a la administrativa a partir del apremio internacional por penalizar tales actos. En Cuba primó la apreciación de la relevancia de las graves consecuencias que trae consigo la ocurrencia de este tipo penal, con independencia de la existencia de normas administrativas que fueron adoptadas previamente, pero que resultaban insuficientes para coartar y castigar la ejecución de tan graves conductas.

Por tal razón, a raíz de las regulaciones contenidas en la ley núm. 87 del 16 de febrero de 1999, se estableció el delito de lavado de dinero de la forma que sigue:

Artículo 346. 1. El que adquiera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con conocimiento o debiendo conocer, o suponer razonablemente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de armas o de personas, o relacionados con el crimen organizado, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

2. En igual sanción incurre el que encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, debiendo conocer o suponer razonablemente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los delitos referidos en el apartado anterior.

3. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometan por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

4. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

5. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.

Sin embargo, hasta la fecha no se constata que tal articulado tenga una extendida aplicación. Muchas dificultades conspiran en ese sentido, y van desde la insuficiente información que tienen muchos de los funcionarios encargados de detectar la ocurrencia de actos de lavado de dinero, hasta conflictos de leyes con las regulaciones de otros países. De ahí la importancia de tomar conciencia a escala internacional sobre la necesidad de profundizar en el estudio de este delito, buscar la mayor homogeneidad en esta regulación penal, así como trabajar por aunar esfuerzos conjuntos y realizar labores coordinadas para combatir el ilícito.

II. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

1. *El objeto del delito en la legislación internacional*

El objeto material es la cosa sobre la que recae la acción delictiva.

Pauta importante a tener en cuenta al analizar el objeto del delito de lavado de dinero, lo son las regulaciones internacionales que rigen en la materia, las que en general han trazado los lineamientos básicos sobre los que han de ser, y de hecho han sido, estructuradas las normativas nacionales.

Si bien la Convención de Viena en su artículo 30., al referirse al delito, toma el concepto de bienes como objeto material¹ con el fin de no dar lugar a dudas en cuanto a la cabal comprensión de ese término, establece que no solamente se considerarán como tales “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporiales, muebles o raíces, tangibles e intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”,² sino que, además, se refiere a los productos, que serán “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito”,³ que estará enlazado de cualquier manera al tráfico de drogas.

Con un parecer más abarcador, el Convenio del Consejo de Europa admitirá como producto “todo provecho económico derivado de delito”.⁴ Como se aprecia, en esa definición no circunscribe el beneficio únicamente al obtenido como resultado de la realización de delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, sino que, con un criterio muy adecuado, lo amplía a genéricas infracciones penales, en correspondencia con su objeto de regulación. Tómese en cuenta para ello el título que le preside, vinculado al “blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos”. Por su parte, también la Ley Modelo sobre Blanqueo, Decomiso y Cooperación Internacional, en lo relativo al producto del delito, acoge un amplio concepto muy similar al antes descrito.⁵

¹ De la Convención de Viena, artículo 3.1. Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente:

b. i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

² Artículo 10., inciso *q*, de la Convención de Viena.

³ Artículo 10., inciso *p*, de la Convención de Viena.

⁴ Artículo 10., inciso *a*, del Convenio de Europa.

⁵ Plantea que se entenderá por producto del delito a “todo bien o ventaja económica obtenidos directa o indirectamente de la comisión... de uno o varios delitos”. Artículo 1.1.2, inciso *a, ii*, de la Ley Modelo sobre Blanqueo, Decomiso y Cooperación Interna-

En la Convención de Viena claramente se refleja que no solamente están comprendidos los bienes que directamente provengan de la ejecución delictiva, sino que también se incluyen aquellos que ya han sufrido ciertas alteraciones,⁶ precisando de ese modo las posibilidades de punición, al intentar que no queden exentas de responsabilidad penal posibles conductas infractoras, amparadas en las sucesivas y características modificaciones que se le realizaron a los bienes, al punto que, si un Estado alegare la distancia existente entre el bien y el delito como argumento para no proceder, se plantea la posibilidad de cancelar la cooperación internacional.⁷ Al establecer la Convención de Viena una disposición de este tipo, queda manifiestamente explícita la intención de que los países signatarios actúen con severidad y seriedad al regular el delito, así como al aplicar la legislación, de manera tal que la redacción del tipo no constituya un mero acto formal y realmente se convierta en un eficaz instrumento en el combate de esta dañina manifestación delictiva.

La relevancia de adoptar un criterio genérico tiene grandes implicaciones prácticas. Este delito puede ser cometido de muchas formas,⁸ implicando diferentes procederes e instrumentos. Los objetos producto de él, por tanto, pueden provenir de los delitos de drogas u otros,⁹ y los métodos utilizados son disímiles y cada vez más sofisticados. Ello comina a utilizar términos amplios,¹⁰ suficientemente abarcadores de todas las

cional en lo relativo al producto del delito, realizada por un grupo de expertos internacionales que se reunió en Viena en marzo de 1999, compuesto por magistrados especializados en delincuencia financiera, representantes de servicios de información financiera, banqueros e investigadores financieros, como parte de la instrumentación del Programa Mundial de las Naciones Unidas contra el blanqueo de dinero.

⁶ Como ya se apuntó, en el artículo 1o., inciso *p*, del Convenio de Viena. Sobre el tema, Carpio Delgado, Juan del, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 106 y 107.

⁷ Según *Rapport Explicatif* examinado por Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 209, nota 23.

⁸ Con el fin de solamente brindar un ejemplo, la abuela de un capo que apenas sabía escribir, y tenía 90 años, centralizó operaciones de lavado por un valor de aproximadamente 150 mil millones de dólares. Garzón, Baltasar, "El delito de blanqueo de capitales en la legislación española", *Drogas, desarrollo y Estado de derecho*, Bilbao, Editorial Universidad de Deusto, 1995, p. 138.

⁹ Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, COLEX, 1998, p. 386.

¹⁰ Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, pp. 47 y 48.

posibles formas en que se pueden presentar para de esta manera no ser excluyentes, ya que de serlo se favorece a los delincuentes, al brindarle a los lavadores la posibilidad de escudarse en lagunas jurídicas, lo bastantes como para justificar sus ilícitos procederes.

2. *El objeto material del delito en el Código Penal cubano*

A. *El objeto material del artículo 346 del Código Penal cubano*

El artículo 346.1 de la legislación penal cubana establece: “el que adquiera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos... que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas o de personas, o relacionados con el crimen organizado...”, de lo que se desprende que, para la legislación cubana, constituyen objeto material del delito de lavado de dinero los recursos, los bienes y los derechos (que estén vinculados al crimen organizado). Al parecer, el legislador ha tratado de ser lo suficientemente prolijo con relación a los posibles objetos en que pueda recaer el delito,¹¹ con el marcado propósito de impedir que cualquier acto vinculado a las formas en que ocurre el lavado de dinero pueda quedar impune gracias a una omisión legislativa. Sin embargo, como se verá más adelante, consideramos que el término de bienes hubiera resultado suficiente para contener con amplitud todas las posibles variantes del objeto material del delito, aunque el legislador decidió, no obstante, ser más explicativo y demostrar que con tal relación no quedaría ningún resquicio que englobar.

B. *El término “recursos”*

El primer vocablo que sirve para designar el objeto material es el de “recursos”, el cual es un concepto muy afín al de bienes, al extremo que

¹¹ En Italia ha sucedido algo similar, ya que de la anterior legislación, que se refería al objeto del delito como “dinero o valor”, estableció modificaciones al extenderlo como “dinero, bienes o cualquier utilidad”, con lo que se comprenden bienes inmobiliarios, inmateriales y los créditos. Zanchetti, Mario, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 395 y 396. También Mazzacuva, Nicola, “Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del riciclaggio”, *Verso un nuovo Codice Penale, itinerari, problemi, prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 390. Con igual opinión, en Perú se habla de “bienes o ganancias”. Prado Saldarriaga, Víctor R., *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima, IDEMSA, 1994, pp. 66-68.

en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* se le define como: “*bienes, medios de subsistencia*”; comprendiendo, por tanto, todos los activos y riqueza en general de que se disponga, e importando siempre la presencia de un valor material intrínseco.¹²

C. El término “derechos”

En el caso de los derechos, ha sido reconocido por la doctrina que este concepto está implícito dentro del término de bienes, que abarcará cualquier beneficio no sólo corporal, sino también incorporeal,¹³ siempre que tenga un reflejo económico. El legislador cubano, con una clara preocupación por la insoslayable punición de esta conducta, ha reflejado la terminología que se analiza como exponente de su nítido pensar.

D. El término “bienes”

El concepto de bienes ha sido tratado tanto por las legislaciones como por la doctrina. Punto culminante de estas últimas lo constituyen las normas internacionales, como, por ejemplo, la Convención de Viena, que no solamente lo reflejó sino que, además, lo definió como los activos de cualquier tipo, y los derechos sobre dichos activos, comprendiendo de esta forma tanto el concepto de bienes como el de derechos.

La doctrina coincidente con ese concepto¹⁴ valora la importancia de recoger un criterio lo suficientemente extenso que incluya todos los posibles beneficios de carácter económico susceptibles de ser objeto del delito.

¹² Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 94 y ss.

¹³ Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, p. 391; Volk, Klaus, “Aspetti dogmatici e politico-criminali della nuova legge tedesca anti-riciclaggio (p. 261 StGB)”, *Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 340-342, donde remarca que puede tratarse lo mismo de una cosa o de un derecho.

¹⁴ Vidales Rodríguez, Catalina, *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 108 y 109; Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1352; Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, *cit.*, nota 10, pp. 47 y 48; Zaragoza Aguado, Javier Alberto *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1998, p. 1421; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 94; Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 213.

to,¹⁵ por lo que al referirse a los bienes se engloban las disímiles formas que el objeto material puede adoptar. De este modo, hasta se consideran como bienes el precio¹⁶ y la recompensa,¹⁷ la promesa¹⁸ o también los beneficios,¹⁹ así como la utilidad o ganancia.²⁰

3. *Los bienes han de tener su origen en un delito previamente cometido*

Característica esencial del delito de lavado de dinero es su conexión con un injusto anterior. Precisamente, la punibilidad de esta conducta se fundamenta en que han sido obtenidos recursos de carácter ilícito que requieren ser legalizados. De una forma u otra, las legislaciones han recogido este requisito esencial, basados en que la condición de “bienes” no es ilimitada, sino que está delimitada por su procedencia ilegal.

Por tal razón, las diferentes formulaciones del delito de lavado de dinero hacen especial referencia a la presencia de un ilícito anterior, sólo que todos los países no lo han regulado de igual manera. Las fórmulas adoptadas pueden ser diversas: o bien referirse expresamente a los delitos que se considera darán lugar al lavado de dinero, o simplemente dejar una brecha más amplia señalando únicamente que se trata de delitos (o de un grupo extenso de ellos).

¹⁵ “Sobre esta amplitud es posible pensar que trata de evitar los posibles defectos y lagunas en el plano aplicativo y comprender la adopción de cualquier técnica o maniobra afinada realizada por la criminalidad organizada en las diversas modalidades de blanqueo”. Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, cit., nota 10, pp. 47 y 48.

¹⁶ Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, pp. 400, 403 y 404.

¹⁷ Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., nota 9, p. 391; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 97 y 98.

¹⁸ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 97 y 98.

¹⁹ Azzali, G., “Diritto penale dell’offesa e riciclaggio”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, nueva serie, año XXXVI, 1993, pp. 422 y ss.

²⁰ Romeral Moraleda, Antonio y García Blázquez, Manuel, *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Granada, Comares, 1993, p. 228; Zaragoza Aguado, J. A., “Blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, *El encubrimiento, la recepción y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, CGPJ, febrero de 1994, pp. 119 y 121; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 94 y 100-102; Díez Ripollés, José Luis, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, *Actualidad Penal*, núm. 32, 5-11 de septiembre de 1994, p. 591; Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, p. 403.

Cuba se encuentra en el primero de los esquemas, al señalar que los bienes han de proceder “directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas o de personas o relacionados con el crimen organizado”. Con esa relación se suma a otras naciones que igualmente declaran expresamente cuáles serán los delitos que originarán bienes susceptibles de ser lavados,²¹ y, en sentido contrario, cuáles no. Sin dudas, esta enumeración tiene la desventaja de que facilita a los blanqueadores conocer cuáles son las conductas que pueden resultar punibles y adaptar sus mecanismos para desenvolverse dentro de aquellas en las que no recibirán castigo. Por otra parte, y tomando en cuenta la enorme ductilidad de esta figura, siempre surgirán nuevas formas que ayuden a su ejecución, obligando al legislador a actualizarse continuamente, inconvenientes que han conllevado a que este tipo de formulación haya sido criticado en pos de la adopción de uno menos estricto.²²

Con ese otro criterio, algunas legislaciones (entre las que se encuentran la de Austria, Inglaterra y Suiza) han adoptado un sistema amplio²³ que facilite englobar el mayor número de delitos. Ello, sin embargo, no siempre es considerado suficiente. Por ejemplo, para el caso de España, que como sabemos incluye todos los delitos de carácter grave, la doctrina ha remarcado que aun esa clasificación permite que queden impunes algunas formas que, sin reunir estas características, dan lugar a cuantiosos bienes susceptibles de ser lavados, por lo que proponen que la regulación jurídica adopte una expresión simple y llana como bienes “de procedencia delictiva” o sencillamente “de delitos”.²⁴

²¹ Como, por ejemplo, Estados Unidos, Alemania, Canadá, Dinamarca y Grecia. Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 226. Sobre Alemania, Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 121.

²² Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, p. 386.

²³ Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 227. Sobre Inglaterra e Italia, Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 120.

²⁴ Fabián Caparrós, Eduardo A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLVI, fascículo II, mayo-agosto de 1993, p. 614; Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, pp. 215, 229 y 230; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 122; Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, pp. 385 y 386. Llegándose a la necesaria conclusión de que entonces “habría que plantearse

También se ha expresado que circunscribir el blanqueo a determinados delitos puede permitir la simple defensa de los lavadores, planteando que, aun reconociendo éstos que la procedencia de los bienes era ilícita (por ejemplo, los autores presumían que se trataba de un delito, por ejemplo, de hurto), no conocían la real y *grave* fuente del blanqueo.²⁵

Sin embargo, autores como Gómez Iniesta no consideran correcto considerar algo tan vasto como los delitos graves, pues lo interioriza como una expresión muy general, interesando que

...junto a la misma... deberían haberse introducido, junto a la categoría genérica de delitos graves, determinadas clases de hechos, un catálogo no meramente ejemplificativo, suficientemente indicativo de la gravedad, perfectamente perfilados y que particularmente presentan peligrosidad y frecuencia, que sirvan al intérprete aplicador de la norma de parámetros de valor y que orienten su labor investigadora; entre otros: tráfico de armas, prostitución, terrorismo, etcétera.²⁶

Con ese parecer, dicho autor se aparta de la mayoría de los estudiosos de su país, que desde etapas tempranas se pronunciaron por un concepto amplio sobre la ilicitud de los bienes, aun cuando el delito estaba sólo vinculado al tráfico de drogas,²⁷ interesando que se ampliara el diapasón a cualquier infracción penal, con independencia de su naturaleza.²⁸ Con-

igualmente qué sentido pudiera tener el mantenimiento de la recepción clásica". Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, nota 20, p. 611.

²⁵ Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, pp. 387, 393 y 394.

²⁶ Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, *cit.*, nota 10, pp. 46 y 47, lo reafirma en la p. 65.

²⁷ Fabián Caparrós, Eduardo A., "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...", *op. cit.*, nota 24, pp. 614 y 615.

²⁸ Díez Ripollés planteaba: "Debe abandonarse la técnica de utilizar determinadas conductas delictivas previas como delitos de referencia, por más que en los últimos tiempos se registre una incorporación de nuevas infracciones. Será suficiente con el origen delictivo de los bienes económicos que se intentan introducir en el tráfico legal. Tal procedencia criminal del bien sustituye a la infracción en la que se obtiene como criterio de conexión". Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, nota 20, p. 610; Ruiz Vadillo, Enrique, "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 15 de julio de 1992, pp. 4283 y 4291; Fabián Caparrós, Eduardo A., "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...", *op. cit.*, nota 24, p. 613.

formes, igualmente, se han mostrado los autores cuando en el Proyecto de Código Penal español de 1992 se propuso el término “delito grave”, así como cuando finalmente se adoptó.²⁹

En general se acepta que el delito previo se haya consumado o esté en grado de tentativa, quizá porque se considera que en el encubrimiento el acto encubierto no tiene por qué estar consumado, ya que puede ser encubierto el delito en grado de tentativa,³⁰ y por eso para el delito de blanqueo de capitales se acepta la tentativa.³¹

Por tanto, en el lavado de dinero deberá admitirse que sea irrelevante que el bien manchado haya tenido su fuente en “conductas delictivas consumadas o ejecutadas imperfectamente de autores o partícipes”,³² existiendo una separación, al no haber subsidiariedad, entre el delito previo y el de blanqueo de capitales.³³

4. Instrumentos de prueba del delito previo al de lavado de dinero

Otro de los problemas que se plantean con relación al delito inicial consiste en los mecanismos de prueba que habrán de concretar si efectivamente ocurrió o no. Indiscutiblemente, la existencia de una sentencia declarando probado el delito constituye un elemento de prueba muy poderoso,³⁴ pero ello no es tan fácil de obtener ni muy probable de lograr.

Ocurre también, en ocasiones, que hasta la misma legislación nacional dificulta la obtención de pruebas, como ocurre en Holanda.³⁵ Evitando

²⁹ Serrano González de Murillo, José Luis, “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, *La Ley. Actualidad*, Madrid, Editorial La Ley-Actualidad, 1998, p. 1724.

³⁰ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Encubrimiento y recepción*, Barcelona, Bosch, 1955, p. 207; Gómez Pavón, Pilar, *El encubrimiento, artículos 17 y 18 del Código Penal*, Trivium, 1988, pp. 21 y 22.

³¹ Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, pp. 240 y 242.

³² Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, nota 20, p. 610.

³³ *Ibidem*, p. 610; Ruiz Vadillo, Enrique, *op. cit.*, nota 28, pp. 4283 y 4291; Fabián Caparrós, Eduardo A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...”, *op. cit.*, nota 24, p. 613.

³⁴ Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, p. 385.

³⁵ Sobre la dificultad de obtención de pruebas incriminadoras en Holanda, Vervaele, J. A. E., “La actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas en Holanda”, *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 374, donde se remarca que con las características del sistema

impunidades, la doctrina en España ha admitido que “en cuanto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, ha de ser previo o simultáneo... no exigiéndose un conocimiento pormenorizado o minucioso, pero sí consistente en algo más que sospechas y que, salvo casos excepcionales en que el culpable los confiese voluntariamente, deberá inferirse de actos externos”.³⁶

Ahora bien, la discusión acerca de la prueba se complica cuando los bienes tienen su origen en un acto delictivo ocurrido en un país distinto al del lavado de dinero, pues cabe preguntarse si será necesaria la presencia de una sentencia extranjera. Por otra parte, habría que analizar qué tipo de fundamentos serán suficientes para entender que el delito previo ha ocurrido. Lo cierto es que se demandará cada vez más de la imprescindible cooperación internacional para dar salida a este tipo de situaciones.³⁷

Para estos casos, cada territorio habrá de dar solución a la compleja problemática que se le plantea. Sin duda, resultará un dilema extraordinariamente difícil que puede tener muchas variantes, aún más si el supuesto origen ha ocurrido en alguno de los países del *Common Law*, los cuales tienen un mecanismo conocido como *plea bargaining* en virtud del cual la fiscalía admite ciertas ventajas para el inculpado a cambio de que acepte su culpabilidad,³⁸ de lo que se desprende que, aun contando

probatorio holandés, de hecho, “resulta imposible” demostrar que los fondos son de procedencia ilícita.

³⁶ Escudero Moratalla, J. F. et al., *Delitos societarios. De la recepción y contra la hacienda pública, artículos 290 al 310 del Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 245. En cuanto a la jurisprudencia, STS de 23 de mayo de 1997 (ponente Conde-Pumpido Tourón) y STS de 7 de diciembre de 1996 (ponente Delgado García) citadas por Zaragoza Aguado, Javier Alberto et al., *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, cit., nota 14, pp. 1422 y 1423.

³⁷ Cassano, Margherita, “L’assistenza giudiziaria internazionale e i profili procesuali”, *Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente*, cit., nota 13, pp. 195 y ss.; Kopp, Pierre, “Dinero de la droga y lavado financiero”, *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 145, septiembre-octubre de 1996, p. 88; Cadenas Cortina, Cristina, “Problemas de penalidad en los delitos de recepción y blanqueo de dinero”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 56, 1995, p. 403; Serrano González de Murillo, José Luis, “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, op. cit., nota 29, p. 1721; Ruiz Vadillo, Enrique, op. cit., nota 28, pp. 4279 y 4280.

³⁸ Puede presentarse en dos formas principales: en una de ellas, “el imputado admite su responsabilidad a cambio de que el fiscal formule una recomendación al juez sobre la imposición de una pena leve o mínima por el hecho supuestamente cometido —o no imponga penas a cumplir consecutivamente en el caso del concurso real—”, a lo que se le

con una sentencia de tal territorio, sería insuficiente como prueba, toda vez que ésta, en la gran mayoría de los casos,³⁹ no reflejará la verdadera infracción penal. Es irrefutable admitir que la prueba más contundente para mostrar el hecho previo sería una sentencia condenatoria donde quedasen probados fehacientemente los actos que se exigen, pero ello constituirá una aspiración difícil de concretar, pudiendo entonces los operadores jurídicos apoyarse en otras pruebas e indicios para considerar la procedencia ilícita de los bienes.⁴⁰

Por tanto, corresponderá a los operadores jurídicos trazar pautas y delimitar el ámbito de aplicación de la ley, que estará sujeto a muchas condicionantes, importando, además, principios elementales de derecho penal como el de presunción de inocencia, proporcionalidad, debido proceso, etcétera. Coincidimos con aquellos autores que consideran que no será imprescindible la existencia de una sentencia anterior para demostrar que han ocurrido ciertos hechos.⁴¹

llama *sentence bargain*, o también puede que el fiscal haga la acusación “por un hecho distinto, más leve que aquel supuestamente cometido —o imputa menor cantidad de hechos que los supuestamente cometidos, cuando se trata de la sospecha de un concurso real—”. Bovino, Alberto, “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”, *Revista Pena y Estado, Ministerio Público*, Buenos Aires, año 2, núm. 2, 1997, p. 67.

³⁹ Por mencionar un ejemplo, se plantea que en los Estados Unidos el 90% de todas las condenas son pronunciadas con arreglo al *plea bargaining*. Bovino, Alberto, *idem*.

⁴⁰ Inclusive para los mismos órganos jurisdiccionales el problema de la prueba para demostrar la ejecución del delito se convierte por momentos en un asunto bastante complejo. Por ejemplo, para admitir que una de las partes tenía conocimiento del hecho delictivo previo, el Tribunal Supremo español expuso que “ha de acudirse a las conductas de los dos encartados, al conocimiento que tengan el uno del otro y al grado de las relaciones que guarden entre sí”. Sentencia del 27 de diciembre de 1993 (citada por Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido *et al.*, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, t. II: *Artículos 138 a 385*, Madrid, Trivium, 1997, p. 3089), y en una sentencia más reciente vinculada al tráfico de drogas consideró que “los indicios más determinantes han de consistir en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o grupos relacionados con las mismas” (sentencia del 23 de mayo de 1997 citada por Zaragoza Aguado, Javier Alberto *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, *cit.*, nota 14, p. 1422).

⁴¹ “La presencia o no de un hecho previo no puede depender exclusivamente de la existencia de una sentencia extranjera”. Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 255.

5. *El principio de doble incriminación en el lavado de dinero*

Otro de los requisitos que asimila la doctrina estriba en que cuando el delito previo ocurra en el extranjero, sea un delito sancionado también en el país de origen de los bienes. Es decir, que la conducta previa ha de ser punible tanto en el territorio donde se originaron los bienes como en aquel a donde han sido encauzados, haciéndose aplicable el principio de doble incriminación,⁴² es decir, que el acto debe ser considerado como delito tanto en el país de lavado como en el país en el que tuvieron su origen los productos del crimen.

Por ejemplo, Cuba considera como delito previo el tráfico ilegal de drogas, pero si en nuestro país un ciudadano holandés comercia con dinero fruto de la venta de la marihuana, no se le debe sancionar por el delito de lavado de dinero, porque en Holanda no se considera ese acto como delito. Por tanto, el hecho será entendido como ilícito en Cuba, pero no en Holanda, por lo que no ocurre el principio de doble incriminación, impidiendo la punición del sujeto por esta tipicidad delictiva.

De igual forma, como por ejemplo en España, está penado con pena grave el tráfico ilegal de mano de obra;⁴³ éste es un delito susceptible de originar bienes que pueden ser objeto de lavado. Sin embargo, ese dinero puede ser traído a Cuba y ser utilizado sin que quepa un proceso por blanqueo, porque ni esa tipicidad forma parte de las conductas ilícitas previas que regula el artículo 346 ni tampoco existe ese delito en el Código Penal cubano.

Ahora bien, en el caso de Cuba se da una problemática muy peculiar. Nuestro Código Penal no tiene expresamente recogido el delito de tráfico ilícito de armas. Esta conducta pudiera subsumirse (con sus peculiaridades)

Véase, también, Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., nota 9, p. 385.

⁴² Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 249.

⁴³ Artículo 312 del Código Penal español: 1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

des) en delitos como terrorismo,⁴⁴ ayuda al enemigo,⁴⁵ mercenarismo,⁴⁶ otros actos contra la seguridad del Estado,⁴⁷ o en portación y tenencia ilegal de armas y explosivos,⁴⁸ pero propiamente no está preceptuado como un delito en particular, limitación que crea no pocas dificultades, pues vender, suministrar o facilitar armas no implica propiamente ejecutar la acción de “traficar” éstas.

Por otra parte, excluyendo el delito de portación y tenencia ilegal de armas, el resto de los delitos mencionados está incluido dentro del título de los delitos contra la seguridad del Estado, de lo que se colige que salvo que el tráfico de armas se logre vincular al delito organizado o a un propósito relacionado contra la seguridad del Estado, puede quedar impune. De ahí que al aplicar el principio de doble incriminación⁴⁹ cabría preguntarse hasta qué punto sería el criterio de exigencia para con ese delito, y si la modalidad que deberá corresponderse con la cubana habrá de estar también ubicada dentro de los delitos contra la seguridad del Estado. En nuestra opinión, tal exigencia sería en extremo exagerada. Consideramos que basta que exista la tipicidad en el territorio de donde

⁴⁴ Artículo 106. El que, con el fin de afectar la seguridad del Estado, fabrique, facilite, venda, transporte, remita, introduzca en el país o tenga en su poder, en cualquier forma o lugar, materias, sustancias o instrumentos inflamables, explosivos, asfixiantes, tóxicos, o agentes químicos o biológicos, o cualquier otro elemento de cuya combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita...

⁴⁵ Artículo 94.1. El que... b) suministre al enemigo caudales, armas, municiones, embarcaciones, aeronaves, efectos, provisiones u otros medios idóneos o eficaces para hostilizar al Estado cubano; f) favorezca el progreso de las armas enemigas de cualquier otro modo no especificado en los incisos anteriores. 2. En igual sanción incurre el que cometa cualquiera de los hechos previstos en el apartado anterior contra un Estado extranjero aliado del estado cubano, en el caso de hallarse realizando acciones militares contra un enemigo común.

⁴⁶ Artículo 119.1. El que, con el fin de obtener el pago de un sueldo u otro tipo de retribución material, se incorpore a formaciones militares integradas total o parcialmente por individuos que no son ciudadanos del Estado en cuyo territorio se proponen actuar... 2. En igual sanción incurre el que colabore o ejecute cualquier otro hecho encaminado directa o indirectamente a lograr el objetivo señalado en el apartado anterior.

⁴⁷ Artículo 124.2. El que... preste ayuda o suministre provisiones a los grupos o elementos descritos en el apartado anterior, o favorezca de cualquier otro modo sus operaciones...

⁴⁸ Artículo 211.2. Si el hecho consiste en fabricar, vender o de cualquier modo facilitar a otro un arma de fuego, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

⁴⁹ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 149-151.

proviene los bienes sin que sea necesaria una absoluta identidad del ilícito, como tampoco del bien jurídico protegido por el delito, para valorar como suficiente el principio de doble incriminación. La finalidad de la creación del precepto que castiga el lavado de dinero estriba, ante todo, en que hace punibles las conductas generadoras de riquezas fruto del tráfico de armas, y no en encontrar el mayor número de requerimientos para que ello no ocurra.

Legislaciones como la española, la canadiense, la colombiana, la alemana y la suiza⁵⁰ recogen en el articulado correspondiente a esta tipicidad la sancionabilidad del lavado de aquellos bienes surgidos en un delito ocurrido en un país diferente,⁵¹ lo que incluye tanto cuando el delito previo ha sido cometido totalmente en el extranjero, como cuando su comisión lo ha sido sólo en parte.⁵² Sin embargo, nuestra normativa no ha tenido esa positiva⁵³ previsibilidad, aunque del espíritu de la ley se puede considerar que están incluidos los bienes obtenidos ilícitamente en el ex-

⁵⁰ *España*. Artículo 301.4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provienen los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Canadá. Sección 462. Será reo de una infracción el que —del modo que sea— utilice... bienes... que han sido obtenidos... directa o indirectamente... b) de una acción u omisión acontecida más allá del territorio canadiense que hubiera constituido en Canadá una infracción en materia de drogas.

Colombia. Artículo 247A. 1. El lavado de activos será punible aun cuando el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Alemania. StGB, artículo 261.8. Entre los bienes citados en los párrafos (1), (2) y (5) se entenderán comprendidos aquellos que proceden de hechos cometidos fuera del ámbito territorial de vigencia de esta ley, en tanto los referidos hechos también estén penados en el lugar de su comisión.

Suiza. Artículo 305 bis (3). El reo de blanqueo podrá ser castigado asimismo en aquellos casos en los que la infracción a partir de la cual se hayan obtenido los valores patrimoniales haya sido cometida en el extranjero, siempre que tal infracción también se encuentre castigada en el Estado en el cual se haya cometido.

⁵¹ “Precisamente las conductas punibles de blanqueo nacieron como exigencia de una política criminal supranacional”. Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1352.

⁵² Vives Antón, T. S. *et al.*, *Derecho penal, parte especial*, 2a. ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 519; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 141 y ss.

⁵³ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 143; Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, *cit.*, nota 51, p. 1352.

tranjero, siempre que lo sean por alguna de las modalidades que prevé el artículo 346.

Además, atendiendo a una interpretación teleológica, es decir, conforme a los fines que persigue la ley, queda claro que el delito en la mayor parte de los casos quedaría impune si no se sancionaran los bienes surgidos de actos ilícitos ocurridos en el extranjero, pues de lo contrario la regulación puede considerarse letra muerta, si se toma en cuenta que en el país no puede señalarse como existente una criminalidad organizada vinculada a delitos graves y de carácter internacional, como lo son el tráfico de drogas, de armas, etcétera.

Por otra parte, y reafirmando esa idea, el mismo Código Penal en su artículo 5.3 señala como caso extremo, la aplicabilidad de la ley cubana a

...los extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión. Este último requisito no es exigible si el acto constituye un delito contra los intereses fundamentales, políticos o económicos de la República, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales.

Por tanto, si de acuerdo con las regulaciones penales cubanas se puede sancionar por delitos tipificados en el Código Penal a extranjeros que cometen delitos en el extranjero,⁵⁴ de sobra se entenderá que podrán resultar sancionados aquellos que realizan actos de lavado de dinero con bienes ilícitos procedentes de un delito cometido en otras jurisdicciones. No obstante ello, consideramos que no resultaría ocioso señalar que constituiría un elemento muy previsor que en la regulación penal cubana esta

⁵⁴ En los Estados Unidos, por su parte, se estableció que tenían “jurisdicción penal propia en el caso de actos en contra de sus ciudadanos o territorio ocurridos fuera de los límites territoriales del país. Así, un colombiano que intenta introducir cocaína en Estados Unidos, será culpable de un delito y crimen americano incluso aunque no haya puesto un pie en el país”.

Véase Blum, J. A., “Soberanía y justicia: la utilización de la ley por parte de las organizaciones criminales internacionales. Algunas propuestas de solución”, *Drogas, desarrollo y Estado de derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, p. 244.

posibilidad quedara recogida expresamente como lo está en otros territorios, lo cual perfeccionaría nuestra regulación.⁵⁵

6. *Admisibilidad de la punición de los bienes sustitutivos*

La importancia de aceptar los bienes sustitutivos ha llevado a la doctrina española a realzar la ventaja que ha reportado tener en el artículo actual que pena al delito la expresión “que tengan su origen” (refiriéndose a los bienes) y no la que antes tenían refrendada: “que procedan”,⁵⁶ debido a que esta última inclina a pensar que se refiere únicamente a aquellos recursos que son obtenidos directamente del delito previo, y excluye, por tanto, a los que han recibido modificaciones.

La legislación penal cubana no acoge esta moderna formulación, y permanece fiel a la antes expuesta cuando plasma, al referirse a los bienes, “que proceden”, pero salva cualquier duda que pudiera existir al consignar que esa procedencia puede ser tanto directa como indirecta de actos ilícitos,⁵⁷ pudiéndose plantear, además, que la diferenciación semántica entre ambas expresiones es muy sutil, al extremo que otras legislaciones, como por ejemplo la italiana, contienen una expresión similar y admiten la punibilidad de los bienes sustitutivos,⁵⁸ como mismo la tiene y la entiende la del Reino Unido.⁵⁹

Por último, debe remarcarse que esta forma de considerar la posibilidad de bienes sustitutivos está en consonancia con los instrumentos internacionales, como por ejemplo la Convención de Viena, que admite las posibles transformaciones de éstos para distanciar su procedencia ilícita.⁶⁰

⁵⁵ Como ocurre en España, por ejemplo. Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 149; Zaragoza Aguado, Javier Alberto *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, *cit.*, nota 14, p. 1426.

⁵⁶ Vidales Rodríguez, Catalina, *op. cit.*, nota 14, p. 109.

⁵⁷ Como mismo hacen las legislaciones británica y canadiense. Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, pp. 410-417.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 398-404.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 410.

⁶⁰ Entendiendo por tales los “obtenidos o derivados, *directa o indirectamente*” de las actividades de tráfico de drogas y tráfico de precursores (artículo 1o., inciso p, de la Convención de Viena). Sobre el tema, Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, *cit.*, nota 9, p. 390; Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 106.

III. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

En el artículo 3.1, c, i, de la Convención de Viena se propone la represión de las conductas de “adquisición”, “posesión” y “utilización” de los bienes.⁶¹

De ahí que coincidamos con la propuesta de la Convención de Viena de represión de las conductas de “adquisición” y “posesión”, no así con la de “utilización”, que también es incluida en dicho artículo, pero que sabiamente no fue contemplada en nuestra legislación, ya que sería extralimitado hacer uso de sanciones penales por meras conductas carentes de peligrosidad social, como, por ejemplo, que un sujeto reciba prestado un ordenador, una casa en una zona de verano, o un vehículo, etcétera, de otro que participa en delitos graves. Como tampoco la mera recepción de una cosa ha de ser constitutiva de actos ilícitos de blanqueo.⁶²

Otra de las posibles conductas típicas es la de la conversión. De acuerdo con el diccionario, el término convertir significa “mudar o volver una cosa en otra”.⁶³ Gómez Iniesta ha llegado a considerar muy acertada la inclusión de esta modalidad en el delito español,⁶⁴ la cual recogen también las legislaciones, entre otras, de Bélgica,⁶⁵ Canadá,⁶⁶ Luxemburgo,⁶⁷

⁶¹ Artículo 3.1 de la Convención de Viena: “Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente:

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

⁶² Volk, Klaus, *op. cit.*, nota 13, p. 340.

⁶³ Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 310.

⁶⁴ Gómez Iniesta, Diego J., “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español”, *op. cit.*, p. 151.

⁶⁵ Artículo 505 del Código Penal de Bélgica: “Serán castigados... 3o. Quienes conviertan o transfieran...

⁶⁶ Sección 462 (31) del Código de Canadá: (1) Será reo... el que... utilice, retire, envíe o libre a una persona o a un lugar, transporte, altere o enajene bienes o sus correspondientes rendimientos... con la intención de ocultarlos o de convertirlos.

⁶⁷ Artículo 8-1 de la Ley sobre la Venta de Medicamentos y la Lucha contra la Toxicomanía de Luxemburgo: “Serán castigados... quienes deliberadamente... participen en cualquier operación de emplazamiento, encubrimiento o conversión del producto de alguna de las infracciones citadas”.

Portugal,⁶⁸ Suecia,⁶⁹ Venezuela,⁷⁰ etcétera. La conversión comportará en consecuencia un cambio, una transformación,⁷¹ una variación⁷² o mutación;⁷³ serán los actos por medio de los cuales se modifican los bienes fruto del delito transformándolos de forma tal que adquieren una naturaleza diferente o sustancialmente distinta a la que poseían inicialmente.⁷⁴

Sin embargo, no hemos de concluir sin dejar de hacer un somero análisis sobre un punto en el que no hay un criterio definido en la doctrina ni en la legislación, que es el lugar de encuadrabilidad de una conducta tan típica de blanqueo como lo es el realizar depósitos bancarios de procedencia ilegal. Esta acción puede quedar recogida dentro de la conducta típica de “conversión”, debido a que el dinero líquido pasa a constituir una cuenta bancaria, pero esa misma conducta podrá verse como de “adquisición”, ya que se adquiere una cuenta bancaria que reporta ganancias; o también pudiera ser entendida como una acción de “transferencia”, porque se traspasa a la institución bancaria una serie de activos de los que ésta tiene la disponibilidad temporal a cambio de su custodia.

Precisamente por encontrarse esos recursos monetarios hasta cierto punto ocultos (y mucho más si se tratara de cuentas numeradas o cifra-

⁶⁸ Artículo 23.1 del decreto-ley relativo a la lucha contra el tráfico y el consumo de estupefacientes de Portugal: “El que... a) Convierta... alguna operación de conversión o transferencia...”.

⁶⁹ Artículo 60. del Código Penal sueco: “Todo aquel que... 4. Participe en el transporte, transferencia, conversión o adopte cualquier otra medida sobre los bienes...”.

⁷⁰ Artículo 37 de la Ley Orgánica sobre Estupefacientes y Psicotrópicos venezolana: “El que... 2. Convierta haberes mediante dinero, títulos, acciones, valores...”.

⁷¹ Para Romeral Moraleda, convertir es cambiar, transformar o permutar una cosa. Romeral Moraleda, Antonio y García Blázquez, Manuel, *op. cit.*, nota 20, p. 216.

⁷² Como expresa Conde-Pumpido, conversión es igual a transformación, transmutación. Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido *et al.*, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, *cit.*, nota 40, p. 3086.

⁷³ Álvarez Pastor expresa que convertir implica una transformación o mutación, y ello exige una acción directa sobre el bien; por ejemplo, cambiar pesetas por dólares. Álvarez Pastor, Daniel y Eguidazu Palacios, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 276.

⁷⁴ Zaragoza Aguado, J. A., “Blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, *op. cit.*, nota 20, p. 126; Fabián Caparrós, Eduardo A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992”, *op. cit.*, nota 24, pp. 605, 614 y 615; Azzali, G., *op. cit.*, nota 19, pp. 431 y ss.; Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, *cit.*, nota 10, p. 48; Romeral Moraleda, Antonio y García Blázquez, Manuel, *op. cit.*, nota 20, p. 217.

das), pudiera ser tipificada como la modalidad de “encubrimiento” que refleja el apartado 2 del artículo que pena el lavado, y en la medida en que tal conducta logre desvirtuar el origen ilícito de los bienes monetarios,⁷⁵ pudiera valorarse como la que se pena para cuando el sujeto “impida” la determinación real del origen de éstos,⁷⁶ es decir, que esta acción puede ser encuadrada en cualquiera de las modalidades típicas que recoge el artículo 346.

La misma legislación internacional comparada muestra la dificultad de encontrar un justo acomodo a esta acción, y por eso no es coherente al regularla. Por ejemplo, la regulación venezolana enlaza la conversión con la “adquisición”,⁷⁷ y la legislación panameña iguala los depósitos bancarios a las transferencias dentro de un amplio rubro que denomina “transacciones bancarias”,⁷⁸ por lo que quedaría enmarcada la acción de depósito bancario dentro de “transferir”. En fin, no existe un criterio único sobre el particular.

Parte de la doctrina se ha inclinado por considerar los depósitos bancarios como “conversión”,⁷⁹ y por otra se pronuncia porque la conducta del cajero que acepta esos recursos monetarios es de “adquisición”,⁸⁰ por lo que, siguiendo esta forma de considerarlo, el que los deposita debería ser imputado de “transferencia”.

A nuestro entender, las variantes de conversión o transferencia pueden ser la solución más viable para encuadrar los depósitos bancarios de di-

⁷⁵ Colombo, Gherardo, *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, p. 85.

⁷⁶ Según establece el apartado 2 del artículo 346 del Código Penal cubano.

⁷⁷ Artículo 37.2 de la Ley Orgánica sobre Estupefacientes y Psicotrópicos venezolana: “Al que convierta haberes mediante dinero, títulos, acciones, valores, derechos reales o personales, bienes muebles o inmuebles que hubiesen sido adquiridos producto de las fases o actividades ilícitas establecidas...”.

⁷⁸ Artículo 263, inciso D, del Código Penal de Panamá: “transacciones bancarias son aquellas que se realizan en o desde la República de Panamá, tales como depósitos...”.

⁷⁹ Es convertir “el ingreso en una cuenta corriente (convirtiendo el dinero en efectivo en un crédito contra la cuenta corriente)”. Álvarez Pastor, Daniel y Eguidazu Palacios, Fernando, *op. cit.*, nota 73, p. 276. Sobre el tema, también Juana del Carpio, aunque aclara que si se realiza una transferencia bancaria deberá calificarse por transferencia. Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 180.

⁸⁰ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 175.

nero sucio en una legislación como la nuestra, que contempla ambos verbos rectores. Tomando en cuenta todas las dificultades que genera el justo enmarcamiento de esta acción, y aunque la conducta puede ser punible con la regulación jurídico-penal existente, se considera que resultaría muy oportuno que se incluyeran en nuestro Código Penal, al normar esta tipología delictiva, verbos más precisos y abarcadores de esta actividad bancaria, como por ejemplo “resguardar” o “custodiar”, presentes en la legislación colombiana.⁸¹ Como también pudiera ser utilizando simplemente el verbo “depositar”, a fin de abarcar adecuadamente una conducta cuyos trazos no pueden ser claramente delimitados con las modalidades ya apuntadas.⁸²

IV. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Las principales complejidades en cuanto a este tipo penal se presentan cuando se analiza que el delito de lavado de dinero exige que los bienes que sean objeto de blanqueo hayan sido el producto de un acto ilícito. De esta forma, no puede concebirse el blanqueo sin un hecho delictivo inicial e independiente del de lavado.

Este simple requisito legal plantea ciertas problemáticas en el momento de analizar cómo habrá de considerarse el sujeto activo. La doctrina no tiene discrepancias cuando son diferentes los ejecutores de ese primer delito y los que cometan el blanqueo, ya que sería sancionado cada autor por el delito que hubiera cometido.

Pero si los recursos ilícitos han surgido de un acto delictivo perpetrado por la misma persona que posteriormente lava los bienes, es decir, cuando los sujetos de ambos delitos coinciden, ya que quien comete el delito previo es el mismo que después blanquea los fondos (lo que ocurre con frecuencia), aparecen opiniones discordantes en cuanto a si ese individuo debe ser castigado o no.

⁸¹ Artículo 247A del Código Penal de Colombia.

⁸² En Italia “sustituir” comprende el depósito bancario, ya que siendo el dinero un bien fungible, al depositarse una suma se logra restituir el equivalente. Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, p. 361 (el artículo 648 bis establece: “...el que sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas...”).

1. *La impunidad basada en disposiciones legales del sujeto activo que cometió el ilícito inicial y ejecutó posteriormente actos de lavado de dinero*

Parte de la doctrina se ha pronunciado en favor de la no punición del lavado ejecutado por la misma persona que generó los bienes,⁸³ en tanto las regulaciones jurídicas de esta figura en varios países coinciden en ese parecer. Algunos Estados, como Suecia,⁸⁴ Italia⁸⁵ y Dinamarca,⁸⁶ se han inclinado por recoger en sus disposiciones jurídicas de forma expresa la imposibilidad de que el autor del delito previo y del blanqueo coincidan, excluyendo de esa manera como posibles sujetos activos del delito de blanqueo de capitales a aquellos que han participado en el acto que dio origen a los bienes a reciclar.

La misma normativa prevista en el Convenio del Consejo de Europa en su artículo 6.2, *b*, admite la posibilidad de que las regulaciones para el lavado de dinero no sean de aplicación a los sujetos que realicen el hecho previo, reafirmando de esta forma un respeto por las decisiones soberanas de cada Estado sobre la cuestión.

Sin embargo, en otros países —como Cuba, Suiza, España o los Estados Unidos— no se establece en las disposiciones jurídicas ninguna distinción al respecto, lo que ha conducido a interpretar ese silencio de varias formas, realizándose en ocasiones pronunciamientos disímiles por parte de la doctrina, unas veces en favor de la punición y otras en contra.⁸⁷ Es nuestra opinión que si la legislación es omisa en ese particular, es porque permite la sancionabilidad del sujeto ejecutor de ambas conductas.

⁸³ Vidales Rodríguez, Catalina, *op. cit.*, nota 14, p. 111; Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 474 (que posteriormente hace otra propuesta); Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, nota 20, p. 611; Fabián Caparrós, Eduardo A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992...”, *op. cit.*, nota 24, p. 609 (con relación al artículo 344 bis i); Ruiz Vadillo, Enrique, *op. cit.*, nota 28, pp. 4283 y 4290.

⁸⁴ Artículo 60., párrafo 2, del Código Penal sueco: “obtenga una ganancia ilícita procedente de la comisión por otra persona de actividades delictivas”.

⁸⁵ Artículo 648 bis y ter: “Fuera de los casos de concurso en el delito”.

⁸⁶ Artículo 191 del Código Penal de Dinamarca: “el que, con objeto de ocultar, transportar o auxiliar de cualquier otro modo, actuare con vistas a asegurar a un tercero el disfrute de las ganancias procedentes de tal infracción”.

⁸⁷ Sánchez, Carlos, “El delito de blanqueo de capitales”, *op. cit.*, p. 169; Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 478.

2. Otra compleja circunstancia a dilucidar cuando ocurre la coincidencia del sujeto activo del ilícito inicial con el de lavado: los problemas de la territorialidad de la ley penal aplicable

Como se constata, el problema de la punibilidad o impunidad de la actuación del sujeto que ha participado en el delito inicial y que posteriormente incurre en un acto de lavado de dinero suscita no pocas inquietudes, las cuales se incrementan si se trata de la ejecución de ambos actos ilícitos en países diferentes, es decir, en un territorio se realiza el delito previo y en otro el de blanqueo.⁸⁸

Blanco Cordero, que por momentos acepta el privilegio del autoencubrimiento, plantea que en un supuesto de esta naturaleza, y cuando haya sido comprobada la comisión del delito inicial, no podrá sancionarse al autor por la realización de un acto de blanqueo de capitales.⁸⁹

A nuestro entender, y como admitimos la punición del autor que realizará las dos conductas ilícitas (la previa y la de lavado), hemos de señalar que efectivamente surgen graves complicaciones cuando los hechos delictivos ocurren en diferentes países, es decir, en un país ocurre el delito previo y en otro el delito de blanqueo de capitales, de los cuales puede que uno de ellos exima *legalmente* de responsabilidad al autor del lavado.

⁸⁸ “Pueden surgir discrepancias en el marco del principio de reciprocidad para proceder a la prestación de la asistencia judicial recíproca entre Estados, cuando se solicita en relación con autores o partícipes en el delito previo”. Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, nota 7, p. 478.

⁸⁹ “Es interesante la cuestión de qué ocurre cuando no es seguro si una persona acusada de un delito de blanqueo de capitales ha intervenido en el hecho previo como autor. Se trata de un problema que puede suscitar grandes interrogantes, sobre todo en los frecuentes casos a nivel internacional. Para salvaguardar la aplicación del privilegio del autoencubrimiento y evitar un *ne bis in idem*, se han de tomar las medidas procesales oportunas. Se pretende garantizar la protección del blanqueador con base en el privilegio del autoencubrimiento cuando se encuentra inmerso en un procedimiento en el extranjero a causa del hecho previo. Así, por ejemplo, se dice que el tribunal nacional ha de asegurarse de que en el extranjero no se ha pronunciado una sentencia condenatoria, ni se encuentra abierto un procedimiento contra esa persona. En este último caso, el tribunal nacional deberá proceder a la suspensión del procedimiento de blanqueo. Una vez que haya recaído sentencia en el extranjero, el tribunal interno se ha de atener a los hechos que allí se establezcan. Si la sentencia extranjera condena al autor del delito de blanqueo de capitales como autor del delito previo, el tribunal interno, en aplicación del privilegio del autoencubrimiento, no puede sancionarle como autor del posterior blanqueo de capitales”. *Ibidem*, pp. 464 y 465.

Proponemos como solución más factible seguir el principio de legalidad: si tratándose de un mismo sujeto activo, el acto previo ocurrió en un país y el blanqueo en otro (donde ha sido procesado el autor), sólo será punible el delito inicial si así lo permite la legislación del territorio del lavado, pero si en el país de la legitimación de capitales está admitida la no punición del lavado del sujeto autor del hecho previo (ejecutado en otro territorio), el acto será impune.

Aplicando esta idea, si, por ejemplo, en Cuba (donde se sancionaría al autor del delito previo fuente de los bienes ilícitos) ocurre un acto de lavado de bienes surgido del narcotráfico en Suecia, el sujeto ejecutor de ambas conductas deberá responder penalmente por la comisión de los dos delitos, pues nuestro país no exime de responsabilidad penal por el lavado al autor del delito inicial. A la inversa, si esa misma persona obtiene su riqueza traficando drogas en Cuba y posteriormente se dirige a Suecia a reciclarlas, en este último país no se le podrá sancionar por lavado de capitales, debido a que la legislación sueca que pena el blanqueo le exige que: “obtenga una ganancia ilícita procedente de la *comisión por otra persona* de actividades delictivas”.⁹⁰

3. La posible responsabilidad penal en el delito de lavado de dinero del abogado defensor de un sujeto blanqueador de capitales

Ya ha sido analizado cómo este delito puede ser llevado a vías de hecho por medio de avezados especialistas, entre los que se hallan, por supuesto, los abogados. El rechazo que generan las actividades del blanqueo ha inclinado a algunos a combatir la posibilidad de que incluso este delito se verifique bajo una apariencia de legitimidad.

Debido a que el ilícito de blanqueo tiene múltiples formas de manifestarse, en los momentos actuales se alzan voces que plantean la posibilidad de que los grandes lavadores se aprovechen del derecho a la defensa para reciclar sus bienes.

Estos criterios aparecen porque es muy posible que una vez que ha sido encausado penalmente un sujeto dedicado al crimen organizado, éste aproveche la incoación de un procedimiento penal para utilizar fondos ilícitos en el pago de los honorarios del abogado encargado de la defensa.

⁹⁰ Artículo 6.2 del Código Penal sueco.

Esta acción, susceptible de ser considerada como constitutiva del delito de lavado de dinero, a nuestro entender podrá verificarse esencialmente de dos maneras: una mediante el acuerdo con el letrado, que aceptará un monto por el pago real de sus servicios más el lavado de fondos ilícitos del cliente, pero ambas sumas quedarán englobadas en una sola retribución: la de los honorarios por su trabajo. Por otra parte, la doctrina también se ha preocupado por el innegable hecho de que si un conocido delincuente contrata un letrado, estará pagando con fondos sucios sus servicios, y por tanto puede entenderse que se estará lavando dinero. Por lo tanto, el abogado siempre sabrá que se trata de un sujeto conocido como delincuente, pero en un caso actúa dolosamente realizando el delito y en el otro acepta un dinero posiblemente “sucio” por sus servicios.

Tales planteamientos han encontrado acogida en naciones como Italia⁹¹ o los Estados Unidos, donde se intenta refutar los beneficios que por partida doble pueden obtener los blanqueadores: por una parte reciclar “legalmente” sus bienes y, por otra, recibir una “defensa Rolls Royce”,⁹² ya que como resultado de su incalculable riqueza, se les permite pagar a los más expertos y costosos penalistas, lo que ha conducido a que, incluso, se hayan hecho pronunciamientos en pos de eliminar el derecho del acusado a recibir los servicios de los abogados.⁹³

Funcionarios de Naciones Unidas se han pronunciado porque se considere como delito, y se tipifique penalmente como tal, la actuación del letrado que dolosamente se preste para la ocultación de bienes ilícitos, sin que pueda ampararse en el secreto profesional.⁹⁴

91 En el caso del abogado defensor lo más importante según la doctrina italiana estriba en determinar el grado de conocimiento que tiene el abogado de la procedencia de los fondos, en cuyo caso consideran que la responsabilidad penal no puede ser excluida, salvo que acepte el dinero de forma documentaria y transparente. Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, p. 212.

92 Serrano González de Murillo, José Luis, “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, *op. cit.*, nota 29, p. 1720.

93 “El tema cobra especial relevancia en Italia, donde recientemente la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de admitir como «colaboración» con una organización criminal el defender a los acusados por ese delito, quedando abierta la posibilidad de inculpar al defensor por «reciclaje» al cobrar los honorarios de la defensa a los miembros de la organización criminal”. Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 269, nota 96.

94 United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, *Financial Havens, Banking Secrecy and Money-laundering*, Double issue 34 and 35 of the Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter, issue 8 of the UNDCP Technical Series, Nueva York, Naciones Unidas, 1999, p. 62.

Algunos autores, como Juana del Carpio,⁹⁵ plantean que la solución del problema no puede ser tan radical que prohíba el derecho a la defensa, ya que si bien es cierto que por medio del pago de los servicios profesionales pueden ser lavados bienes, también ha de tomarse en cuenta que la generalidad de las legislaciones prevén el derecho de todo acusado a la defensa, por lo que, de limitarse esta posibilidad, se incurrirá en una grave arbitrariedad. Por eso en los Estados Unidos se estableció la exclusión de la punibilidad para cualquier transacción necesaria, a fin de preservar el derecho de una persona a la defensa, como garantía de la sexta enmienda a la Constitución.⁹⁶

La doctrina alemana tiene posiciones divididas en cuanto a la figura del abogado defensor. Algunos opinan que el abogado, una vez que conozca del origen ilícito de los bienes, debe rechazar esos honorarios “sucios”. En cambio, otros consideran que ese pago no debe ser sancionable, como tampoco el del notario o el de un perito, ya que forma parte de una actividad profesional recogida en la legislación penal.⁹⁷

Consideramos que la conducta no ha de ser tipificadora de un delito de lavado de dinero cuando se trata del pago por la prestación de un servicio, pues hemos de descartar como delito aquello derivado de actividades propias de la vida cotidiana.

Además, si se le prohíbe al culpable el pago de la defensa penal a un abogado, se le estará cercenando no sólo el derecho generalmente recogido en las Constituciones, acerca de que todo individuo debe contar con asistencia letrada en un proceso penal en su contra, sino también que se afectará una presunción recogida para todo acusado: la de inocencia, pues se presume inocente todo procesado hasta que no reciba sanción penal por tribunal competente.

Por ello se propone que cada caso ha de ser valorado muy detenidamente.⁹⁸ Así, si se constatará que por medio del pago de los servicios profesionales del letrado se están realizando actos de blanqueo, el abogado y su cliente habrán de responder por tal; pero si, por el contrario, se trata de una actuación dentro del marco de la más simple legalidad, no podrían ser incriminados.

⁹⁵ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 270 y 271.

⁹⁶ Zanchetti, Mario, *op. cit.*, nota 11, p. 213.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 213 y 214.

⁹⁸ Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, pp. 269-273.

Suárez González plantea que cuando hay inexactitud en los términos se puede llegar a distintas conclusiones. Por ejemplo, considera que “nada impide castigar por el delito de blanqueo de capitales al abogado que, en cobro de sus honorarios profesionales, admite dinero de un cliente a sabiendas de su procedencia del tráfico de drogas”,⁹⁹ pero tal parecer negaría a nuestro entender el derecho de todo acusado a ser presumido inocente, ya que aunque los fondos fueran procedentes de un sujeto que ya ha resultado sancionado por narcotráfico, hay que demostrar en cierta manera la ilicitud de los bienes que posee a los efectos de sancionarlo por el delito de lavado de dinero, ya que deben presumirse lícitos salvo que se demuestre lo contrario. Por lo tanto, eso únicamente se logrará en el proceso penal donde se le sancione por el delito de lavado, luego entonces, sus honorarios no pueden ser entendidos como de procedencia ilícita.

Y retomamos lo ya expresado: si ciertamente fueran los honorarios de procedencia ilícita, resulta extremadamente exagerado interesar la punición a todos los sujetos que por una u otra coyuntura entren en contacto con esos bienes en razón de la vida ordinaria (chofer, barbero, masajista, etcétera), pues sería llevar la participación en el ilícito a consideraciones delictivas muy lejanas.

Sin embargo, a nuestro parecer el problema es mucho más complejo, ya que lograr probar y demostrar a un avezado abogado que está participando en actos de reciclaje no será un asunto nada sencillo, y por otra parte, si el cliente es ampliamente solvente y el profesional de gran prestigio, será también difícil trazar la pauta de hasta qué límite el pago es excesivo o adecuado para el caso en cuestión.¹⁰⁰

Por eso, no resultaría despreciable analizar la posibilidad de alguna modificación legislativa¹⁰¹ a partir de la cual se facultara a los fiscales a proponer y a un tribunal superior a decidir si en determinados casos se limitará la defensa letrada de libre elección y se obligue a recibir una defensa letrada de oficio, solución que, sin incurrir en injusticias ni viola-

⁹⁹ Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, cit., nota 10, p. 45, citando a Suárez González, p. 52, nota 94.

¹⁰⁰ Por supuesto que en los países donde el pago de los servicios se produce por libre acuerdo entre partes. En Cuba están fijadas tarifas que no dan pie para tales excesos, salvo de forma ilícita.

¹⁰¹ También en favor de cambios en la normativa a este tenor, Aránguez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 260.

ción de los principios más elementales del derecho penal, evite la continuación de conductas de lavado de dinero ante el mismo aparato judicial, pues al no ser la defensa susceptible de pago alguno, permitiría, en caso de que se haya verificado, probar el delito.

No obstante, hemos de reconocer que en el caso de los países europeos esta propuesta no es posible, ya que en la Convención Europea de los Derechos Humanos se recoge el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a recibir la asistencia de un defensor por él elegido.¹⁰² Por tanto, el principio regula no sólo el derecho a la defensa, sino también el de decidir quién ha de realizarla, debido a la cual, si se obligara a recurrir a un defensor de oficio, se violaría este precepto.

V. CONCLUSIONES

La aplicabilidad de un delito es un asunto complicado. Pero debe trabajarse en pos de que su articulado no se convierta en letra muerta. Las nuevas tipicidades delictivas del mundo moderno, que como la del lavado de dinero implican acciones que se ejecutan en diferentes etapas, con un alto contenido técnico y generalmente en más de un país, complejizan seriamente el trabajo de los operadores jurídicos. Debemos prepararnos para vencer todos los obstáculos que en el camino se puedan presentar y el conocimiento y dominio del tema serán un arma imprescindible en esa encomienda.

¹⁰² Carpio Delgado, Juana del, *op. cit.*, nota 6, p. 270.