

PLAN DE LA OBRA

I. TIPOLOGÍAS Y LÓGICA DEL LAVADO DE DINERO

Antecedentes: Iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero.

Dr. Eduardo Fabián Caparrós.

II. PENALIZACIÓN DE LAVADO DE DINERO.

ASPECTOS SUSTANTIVOS.

PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES

Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos.

Dr. Isidoro Blanco Cordero.

III. ASPECTOS PROBATORIOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN LOS PROCESOS POR LAVADO DE DINERO. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CAUTELARES. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES.

Aspectos sustantivos del blanqueo de bienes de origen criminal.

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado.

Medidas cautelares sobre bienes en los procesos penales relativos al tráfico ilícito de drogas y en el marco de la cooperación jurídica internacional.

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado.

Investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales (I)

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado.

Investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales (II)

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado.

IV. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE DINERO

La cooperación judicial y el blanqueo de capitales.

Dr. Javier Zaragoza Aguado.

I. TIPOLOGÍAS Y LÓGICA DEL LAVADO DE DINERO

ANTECEDENTES: INICIATIVAS
INTERNACIONALES.
EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO.
BIEN JURÍDICO TUTELADO.
FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO

Dr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS

Sumario

I. INTERNACIONALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RESPUESTA. 1. Evolución de las iniciativas supranacionales. A) La Convención de Viena de 1988. B) Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas. C) Convenio de Estrasburgo de 1990. D) Actuaciones de la Unión Europea. Directivas de 1991 y 2001. E) Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera. F) Reglamento Modelo CICAD/OEA. G) Convención de Palermo de 2000. 2. Iniciativas relacionadas con la financiación del terrorismo. A) Algunas consideraciones críticas. B) Breve referencia a las iniciativas más importantes. a. Convenio sobre la Financiación del Terrorismo de 1999. b. Actuaciones del GAFI: las Ocho Recomendaciones Especiales. II. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO. 1. Introducción. 2. Blanqueo de capitales y principio de lesividad. A). El delito de blanqueo como figura asesoría. B). La autonomía del delito de blanqueo. 3. Lavado de dinero y relaciones entre los Estados. El lavado de activos en el marco de la globalización. III. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO. 1. Coordinadas generales: mercantilización e internacionalización. 2. Los llamados “paraísos fiscales”. A) Caracterización General. a. Ausencia o bajo nivel de imposición de las rentas, el capital y las transacciones. b. Secreto bancario y comercial. c. Convenciones fiscales. d. Ausencia de un régimen de control de cambios. e. Importancia relativa del sector bancario. f. Comunicaciones. g. Otros aspectos. B) Algunas observaciones de conjunto. a. Paraísos fiscales e hipocresía internacional. b. Relativización de la importancia de los paraísos fiscales. 3. Fases del proceso de blanqueo. A) Fase de colocación u ocultación: la manipulación del dinero al contado. a. Planteamiento general del problema. b. Depósitos bancarios. c. Instrumentalización de títulos valores. d. Operaciones de “ingeniería financiera”. e. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas. f. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”. g. Operaciones de préstamo de dinero al contado. h. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas. B) Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto. a. Consideraciones preliminares. b. Utilización del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales. c. Adquisición efectiva de bienes. d.

Instrumentalización de transacciones ficticias. e. Préstamos de dinero. f. Instrumentalización de personas jurídicas. Las llamadas “sociedades interpuestas”. C) Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos. a. Introducción. b. Factores que favorecen la integración. c. Algunos ejemplos concretos.

I. INTERNACIONALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RESPUESTA

El blanqueo de capitales constituye un ejemplo paradigmático de la nueva delincuencia de nuestros días: un fenómeno que se desarrolla al abrigo de ese mercado pluridimensional e interactivo en el que nos encontramos, pero que al mismo tiempo atenta contra su propia existencia. Cabría decir, por tanto, que el lavado de activos es un *hijo parricida* del sistema.

Precisamente por ello, pocas materias merecen ser evaluadas desde la perspectiva internacional como lo exige la que ahora nos ocupa. En el marco de la globalización progresiva a la que asistimos, los ordenamientos internos deben reaccionar frente a los fenómenos disfuncionales conforme a criterios también globales. En tanto no se cuente con instancias universales que controlen este tipo de procesos, será necesario armonizar las legislaciones de manera que las libertades de la nueva era no perjudiquen sus propios fundamentos. De ahí la importancia de analizar la evolución de las iniciativas internacionales sobre la materia para evaluar, más tarde, la adecuación del Derecho interno a sus previsiones.

1. Evolución de las iniciativas supranacionales

A.) La Convención de Viena de 1988

Elemento culminante de una política sobre drogas eminentemente represiva que arrancó en 1984 con la aprobación de las Resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la *Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988, fue el primer documento internacional en el que las Partes se obligaron en términos jurídicamente vinculantes a aprobar

una legislación interna en la que se previera la imposición de penas a quienes trataran de dar apariencia de licitud a capitales procedentes de actividades ilegales.

Indudablemente, la *Convención de Viena* representa un verdadero punto de inflexión en la política a seguir en el marco de la lucha contra el lavado de capitales. De hecho, constituye el antecedente en el que se han apoyado los diversos textos internacionales sobre esta materia suscritos tras su aprobación, llegando aquellos incluso a aceptar, sin demasiadas alteraciones, la definición de blanqueo adoptada en los apartados b) *i)* y *ii)*, y c) *i)* del artículo 3.1 del citado instrumento de Naciones Unidas.

A pesar de su éxito, cabe decir que las fórmulas legales de las que se vale la *Convención de Viena* albergan ciertas deficiencias desde el punto de vista técnico, combinando el casuismo que distingue a los textos de inspiración anglosajona con la ambigüedad propia de los instrumentos internacionales que surgen a la vida jurídica con una neta vocación de universalidad. Con todo, no debe enjuiciarse por ello negativamente; se trata de una redacción deliberadamente redundante y abierta, destinada a servir de base a un número creciente de Estados que, en el ejercicio de su potestad punitiva, deben esforzarse por adaptar sus obligaciones internacionales a sus respectivas estructuras jurídicas internas. En concreto, el art. 3.º de la Convención hace pivotar sus exigencias sobre los Estados miembro en torno a tres conductas rectoras: ocultar, intentar ocultar y disfrutar de los bienes que constituyen el objeto de blanqueo.

En el campo del tratamiento jurídico-penal de la vertiente financiera del tráfico de drogas, la *Convención de Viena* no se limita a exigir la tipificación del lavado de activos y sus formas de participación. Además, en materia de consecuencias jurídicas, establece las bases que las Partes deben asumir para regular un eficaz sistema destinado a identificar, bloquear, secuestrar y confiscar las ganancias directas e indirectas del tráfico de drogas, procurando respetar la posición jurídica de los terceros de buena fe. En tal sentido, incorpora la figura del comiso del valor equivalente, transformando muchas veces el instituto —en la práctica— en una multa que, hablando en términos de Derecho patrimonial, traslada al ámbito obligacional una medida tradicionalmente ligada al terreno de los derechos reales.

Ahora bien, el Derecho Penal de nada sirve por sí solo; requiere de los medios procesales idóneos para que sea posible la aplicación de las medidas dispuestas por las leyes sustantivas. Consciente de las peculiaridades de un delito

como el que nos ocupa, la *Convención de Viena* dispone la puesta en práctica de vínculos de cooperación internacional, asistencia judicial recíproca, levantamiento del secreto bancario y establecimiento de plazos amplios de prescripción; medidas todas ellas orientadas a combatir eficazmente una manifestación delictiva compleja que se inserta en el moderno contexto de incipiente globalización. En este mismo sentido, se incita a trascender más allá del clásico principio de territorialidad a la hora de determinar los límites jurisdiccionales, invitando a las partes a que apliquen criterios de personalidad, tanto en su vertiente de nacionalidad como de residencia.

Con todo, conviene tener siempre presente que el documento al que ahora nos referimos no se aprobó con la única finalidad de perseguir el lavado de activos. En efecto, la *Convención de Viena* ha dado forma jurídica a un programa de política criminal considerablemente más amplio, tendente en su conjunto a intensificar la represión del comercio ilegal de drogas en todo el planeta. En unas ocasiones, este proyecto se ha traducido en el incremento de la presión penal sobre ciertas conductas que ya se encontraban castigadas en la práctica totalidad de los países —por ejemplo, el artículo 3.5 de la *Convención* impone a las Partes que incluyan en sus respectivos códigos una amplia relación de circunstancias agravantes de la responsabilidad de los traficantes—. En otras, el tratado internacional ha propugnado la necesidad de implantar ciertas instituciones jurídicas, tanto procesales como sustantivas, en los ordenamientos internos de los muchos Estados que aún no disponían de ellas —así, la entrega vigilada de drogas en el marco de la investigación de delitos vinculados a estas sustancias, el incremento de la cooperación policial y judicial a escala internacional, la tipificación del tráfico de precursores y del propio blanqueo de las rentas derivadas de este comercio, el comiso de tales ganancias, etc.—.

Por consiguiente, la criminalización del reciclado de capitales no es, en modo alguno, la única medida contenida en la *Convención de Viena*. Ciertamente es que éste fue el primer documento internacional en el que se ha exigido a los Estados que regulen la prohibición de este género de comportamientos; pero el castigo del blanqueo —previsto en el Convenio si y sólo si aquellos proceden del mercado de las drogas— no es considerado en él más que como una técnica, entre otras muchas, dirigida a combatir este tráfico ilícito.

Puede decirse sin temor a errar que la *Convención de Viena* constituye el primer antecedente de cuantas iniciativas internacionales se han construido sobre la materia; pero también cabe afirmar que nació carente de la perspec-

tiva necesaria para abordar de manera global el problema de la delincuencia organizada, previendo institutos sustantivos y procesales sólo aplicables al mundo del narcotráfico, como si éste fuera la única manifestación vinculada a la industria del crimen. Eso sí: sentó las bases sobre las que más de diez años después se construyeron la *Convención de Palermo* (2000) y la *Convención de Mérida* (2003).

B.) Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas

El Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos (FATF-GAFI) fue creado con motivo de la cumbre del G-7 celebrada en París en 1989. Reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras, los Jefes de Estado y de Gobierno de los siete países más industrializados acordaron la constitución del Grupo, en cuya fundación también participaron otros ocho Estados — entre ellos, España— y la Comisión Europea. Entre 1991 y 1992, a los dieciséis miembros fundadores se añadieron otros doce más.

Este organismo es, probablemente, la entidad supranacional más relevante en este campo. El GAFI nació con el fin esencial de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como en el internacional. Además, y aunque sus pronunciamientos difícilmente podrían considerarse vinculantes en términos técnico-jurídicos, lo cierto es que su capacidad de influencia ha hecho posible la renovación de la normativa interna de muchos países de acuerdo con los criterios esenciales marcados en sus célebres *Cuarenta Recomendaciones*.

Las *Cuarenta Recomendaciones* fueron reformadas en 1996 y en 2003 con objeto de adaptarse a las nuevas realidades del blanqueo de capitales. Así mismo, el GAFI ha agregado casi una veintena de notas interpretativas que ayudan a desentrañar su contenido.

Bajo la influencia de los acontecimientos producidos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, y a modo de complemento específico de las originales, el GAFI aprobó el 31 de octubre de 2001 sus *Ocho Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo*, a las que luego se hará referencia, y a las que se ha añadido una *Novena Recomendación* el 22 de octubre de 2004.

Aunque no tengan eficacia jurídica directa, las *Cuarenta Recomendacio-*

nes revelan una orientación que, en algunos puntos, permite vislumbrar parte de los contenidos proclamados pocos meses después por el *Convenio de Estrasburgo*. Preparadas en primera instancia con la finalidad de elaborar nuevas medidas destinadas a luchar contra la trama económica del tráfico de drogas a la luz de la *Convención de Viena* de 1988, constituyen un completo cuadro general de contramedidas contra el blanqueo de activos *per se*, implicando en el proyecto a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional.

Las obligaciones básicas planteadas a lo largo de las *Cuarenta Recomendaciones* son, en términos muy esquemáticos, las siguientes:

- Penalización del blanqueo de bienes procedentes de delitos graves (1.^a y 2.^a recomendaciones), acompañada de la aprobación —ya en el plano de las medidas cautelares y las consecuencias jurídicas— de normas destinadas al bloqueo y confiscación de tales bienes (3.^a recomendación).
- Sometimiento de las instituciones financieras, así como otros profesionales obligados, a la adopción de medidas tendentes a prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo (5.^a a 25.^a recomendaciones). En especial, se hace referencia a los procedimientos de debida diligencia y registro de operaciones (5.^a y ss.), reporte de operaciones y cumplimiento (13.^a y ss.), regulación y supervisión (23.^a y ss.), operaciones con países que incumplen las normas del GAFI (21.^a y ss.), etc.
- Establecimiento de medidas jurídicas e institucionales para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo (26.^a a 34.^a recomendaciones), como la constitución de UIF's o la adopción de medidas encaminadas a actuar sobre personas jurídicas relacionadas con operaciones de blanqueo.
- Impulso de la cooperación internacional en la materia (35.^a a 40.^a recomendaciones), comenzando por la adopción de las iniciativas orientadas a ajustar las respectivas legislaciones internas a los niveles adecuados de cooperación entre Estados (35.^a recomendación), al tiempo que previendo las adecuadas formas de cooperación jurídica y, en especial, la asistencia legal mutua y la extradición (36.^a recomendación y ss.).

Con todo, la mayor virtualidad del entramado creado por el GAFI consis-

te en el carácter dinámico de sus actuaciones. No conformándose con lograr la adhesión de un número creciente de miembros —en la actualidad, 31 países y 2 organizaciones regionales—, este organismo estructura su actividad sobre Programas de Trabajo anuales impulsados por la Presidencia rotatoria de un Estado. Actualmente están en curso los trabajos del periodo 2006-2007 (GAFI-XVIII), bajo presidencia canadiense. Las actividades de cada año comienzan en julio y terminan el junio siguiente.

A lo largo de tales Programas, los países miembros se someten a un sistema continuado de autoevaluación y de evaluación mutua a partir del cual se determina la adecuación de sus respectivos sistemas a las exigencias planteadas en las *Cuarenta Recomendaciones*. De los resultados obtenidos se deriva la exigencia de responsabilidades políticas que pueden provocar la suspensión de pertenencia al GAFI.

El citado esfuerzo de renovación del GAFI también se traduce en la observación fenomenológica del blanqueo, importante para identificar la vertiente práctica del problema y así determinar si las medidas normativas adoptadas son suficientes para hacer frente a una realidad cambiante. Anualmente, el GAFI publica un *Informe* en el que describe las nuevas formas bajo las que se manifiesta el lavado de activos.

Así mismo, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de *Países y Territorios No Cooperadores* en materia de blanqueo (NCCT's), en la que se encuentran reflejadas aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional. La incorporación a la lista se hace depender de la adecuación a las *Cuarenta Recomendaciones*, de acuerdo a veinticinco criterios publicados en el primer informe del GAFI sobre NCCT's. Esa falta de adecuación puede derivar de la carencia de normas suficientes o de la falta de aplicación de las que existan.

Como todos los acuerdos alcanzados por el GAFI, la relación de NCCT's no tiene carácter coactivo en términos jurídicos. Sin embargo, constituye un elemento de presión política que, en última instancia, se traduce en la aplicación de contramedidas. Ello no impide que la lista merezca ser sometida a crítica, toda vez que, siendo tantos los lugares del planeta en los que el blanqueo no encuentra demasiada oposición por parte de las autoridades o en los que la investigación del lavado de activos se ve sustancialmente dificultada, la lista de países y territorios se ha reducido el 23 de junio de 2006 hasta el punto de encontrarse actualmente integrada por una sola línea: la que ocupa Myanmar, antigua Birmania. Hasta ese día, sólo Nigeria acompañaba al cita-

do país asiático. En el periodo 2000-2001, llegó a estar integrada por 23 países.

La presencia territorial del GAFI en el Planeta es bastante asimétrica y el acceso de nuevos miembros se valora con cautela: las últimas incorporaciones han sido las de Argentina, Brasil, México, Sudáfrica y Rusia y, desde septiembre de 1998, esperan a ser admitidas China e India, aspirantes a las que se ha añadido últimamente Corea del Sur. Con todo, también es cierto que a lo largo de su existencia han aparecido una serie de organizaciones internacionales dotadas de objetivos similares que, en buena parte de los casos, actúan a semejanza de la que ahora nos ocupa. Se trata de los llamados *FATF-Style Regional Bodies* (FSRBs). Tal es el caso de los siguientes:

- Grupo Asia / Pacífico (*Asia / Pacific Group on Money Laundering - APG*).
- Grupo de Acción Financiera del Caribe (*Caribbean Financial Action Task Force - GAFIC-CFATF*).
- Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales (*Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures - MONEYVAL*).
- Grupo Antiblanqueo de África del Sur y del Este (*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group - ESAAMLG*).
- Grupo de Acción Financiera de América del Sur (*Financial Action Task Force on Money Laundering in South America - GAFISUD*).
- Grupo Euroasiático (*Eurasian Group - EAG*), fundado en Moscú en octubre de 2004.
- Grupo de Acción Financiera de Oriente Medio y África del Norte (*Middle East and North Africa Financial Action Task Force - MENAFATF*), fundado en Bahrein en noviembre de 2004.

Todos estos grupos han asumido como propias las *Cuarenta Recomendaciones*, complementándolas en ocasiones con normas propias referidas a las peculiaridades de la zona de que se trate, tal y como ocurre con las *Diecinueve Recomendaciones* del GAFIC, que reúne a la mayoría de los países centroamericanos, Venezuela y los países caribeños. Con todo, la actuación de estos grupos no es siempre vista con confianza por el GAFI, que ha llegado a manifestar expresamente su negativa a aceptar como válidas para sus propios propósitos las evaluaciones por ellos practicadas.

Concluido su primer mandato —el Grupo se constituyó por un periodo de quince años, condicionando su permanencia a la necesidad de su pervivencia—, se ha abierto una nueva fase de actuación del GAFI que deberá desarrollar entre septiembre de 2004 y diciembre de 2012. Sobre la base de lo ya construido, se insta a perseverar en la trayectoria seguida, haciendo especial hincapié en el ámbito de la financiación del terrorismo.

C.) *Iniciativas del Consejo de Europa*

Con ocasión de la XV Conferencia Europea de Ministros de Justicia, reunida en Oslo entre los días 17 y 19 de junio de 1986, los representantes de los países que entonces integraban el Consejo de Europa examinaron los aspectos penales del abuso y del tráfico de drogas. Con vistas a erradicar este mercado ilícito, la Conferencia resolvió recomendar la adopción de medidas y de criterios internacionales tendentes a garantizar una cooperación internacional eficaz entre autoridades policiales y judiciales con respecto al encubrimiento y el decomiso de los rendimientos procedentes del tráfico ilegal de estas sustancias.

A resultados de esta invitación, en septiembre de 1987 se constituyó un Comité de expertos —conocido por las siglas PC-R-SC—, en el que no sólo participaron representantes de los países del Consejo de Europa. Tomando como referencia los trabajos desarrollados hasta aquel momento en el marco de Naciones Unidas, se encargó de redactar un instrumento jurídico dirigido a armonizar la regulación de tales asuntos en el territorio de los distintos sujetos internacionales que lo suscribieran, con independencia de que tales beneficios procedieran o no del narcotráfico.

Así las cosas, tras casi tres años de trabajos efectuados en el marco del PC-R-SC, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, convocado el día 8 de noviembre de 1990 en la ciudad francesa de Estrasburgo, adoptó la redacción definitiva del *Convenio sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos*.

La referencia que se acaba de hacer al *Convenio* de 1990 tal vez pudiera parecer innecesariamente extensa, de no ser porque este instrumento constituye un significativo cambio de orientación en la política criminal internacional sobre blanqueo de capitales. Si se atiende a su génesis, comprobaremos que en los antecedentes del texto aprobado en Estrasburgo se pretendió inicialmente reforzar la represión del tráfico de drogas, penalizando el lava-

do en tanto que herramienta de ese mercado ilícito. Sin embargo, su tramitación en el marco del Consejo de Europa hizo de él un cuerpo normativo autónomo —el primero en todo el mundo de carácter jurídicamente vinculante—, destinado a afrontar una realidad que, aunque pueda correr paralela en el plano criminológico, alberga un contenido material radicalmente distinto al narcotráfico, así como a cualquier otra de las muchas manifestaciones delictivas que existen en nuestra sociedad y se caracterizan por estar dotadas de una elevadísima rentabilidad económica.

Desde la década de los cincuenta, el Consejo de Europa ha trabajado en pos de la cooperación penal en su ámbito territorial de influencia. Diversos tratados aún vigentes sobre diversas materias penales —extradición, ejecución de sentencias, transferencia de actuaciones procesales, etc.— dan muestra de esta vocación. Con todo, apreciadas las peculiaridades del blanqueo de capitales, se apreciaron las insuficiencias del entramado convencional creado hasta entonces, haciéndose precisa la redacción de un nuevo instrumento legal creado específicamente para hacer frente a esta realidad.

Ahora bien, a diferencia de los tratados que la precedieron, el *Convenio de Estrasburgo* de 1990 quiso eludir el calificativo “europeo” que daba testimonio del origen institucional de sus predecesores a fin de dar acceso a los países “no europeos”, ajenos a la Organización: Australia, Canadá y EE.UU. En general, el art. 37 del Convenio prevé la posibilidad de que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, luego de celebrar consultas con las partes del *Convenio*, invite a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo. En suma, lo que se pretendió fue aglutinar en torno a un mismo acuerdo el máximo número de voluntades, elemento esencial en el marco de la lucha contra unas actividades que, por esencia, desconocen fronteras. A fecha de hoy, ya lo han ratificado o se han adherido a él los 46 Estados de la Organización, a los que hay que añadir a Australia y Montenegro, estando abiertos los procesos de incorporación de Canadá, Colombia, Kazajstán y EE.UU.

Su art. 6.1 obliga a las Partes a penalizar toda una serie de conductas vinculadas con el lavado de las ventajas económicas procedentes de la comisión de delitos, sea cual fuere la naturaleza de éstos, aunque —como tantos otros instrumentos— lo haga tomando como modelo la literalidad que ofrece la *Convención de Viena*. En consecuencia, lo relevante es la existencia misma de una ganancia ilícita y no la cualidad concreta del delito previo, demostrado con ello que el lavado no es contemplado como un hecho accesorio de la infracción previa, sino dotado de significación autónoma.

Además, el *Convenio de Estrasburgo*, entre otras disposiciones potestativas, incorpora en su art. 6.3.a) la previsión de que los Estados extiendan la tipificación de la legitimación de bienes respecto de aquellos sujetos que deberían “haber presumido que los bienes eran producto del delito”, admitiendo expresamente con ello el castigo de formas de dolo eventual, si no de imprudencia grave.

Con todo, el *Convenio de Estrasburgo* incide con especial intensidad sobre todo aquello que tenga que ver con el comiso de los bienes procedentes del blanqueo de capitales, desde el convencimiento de que es ésta la mejor forma de neutralizar el avance de las organizaciones criminales internacionales. En sus arts. 2 a 5 se prevén medidas de carácter nacional, profusamente complementadas a lo largo de los art. 7 a 35 con una colección de disposiciones orientadas a la cooperación internacional sobre la materia.

Recientemente, al hilo de una bien conocida preocupación extendida por todo el planeta, el Consejo de Europa ha aprobado un segundo tratado internacional relativo al lavado de activos y a la identificación de las estructuras económicas relacionadas con las actividades criminales. Se trata del *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, más conocido como *Convenio de Varsovia*, adoptado el 16 de mayo de 2005.

Esta reciente iniciativa ha tenido escasa acogida hasta el presente. En el momento de redactar estas líneas, sólo 22 países lo habían firmado, no habiéndose producido aún ninguna ratificación o adhesión. Con todo, del Informe Explicativo que la avala, se deduce que este nuevo Tratado —que surgió a partir del intento de aprobar un mero Protocolo adicional al *Convenio de Estrasburgo*— aspiraría a suceder al texto de 1990, incorporando las experiencias recabadas a escala internacional sobre la materia y, sobre todo, incorporando al texto todo un cuerpo de disposiciones relativas a la financiación del terrorismo.

Conforme a criterios similares al GAFI, el Consejo de Europa creó en 1997 el Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales (*Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures - MONEYVAL*) con objeto de vigilar el cumplimiento de las medidas relacionadas con el blanqueo de capitales y, últimamente, también las referentes a financiación del terrorismo. El MONEYVAL se encuentra inmerso en los trabajos de su tercera ronda de evaluación. Su última Reunión Plena-

ria tuvo lugar en Estrasburgo entre los días 31 de enero y 3 de febrero de 2006.

D.) Actuaciones de la Unión Europea

A finales de la década de los ochenta —cuando aún faltaban varios años para que el *Tratado de Maastricht* abrazara a las Comunidades Europeas bajo el término “Unión”—, Estados Unidos promovió una reforma legal interna tendente a extender a las entidades financieras extranjeras que operasen en su territorio la obligación —que ya afectaba a las domésticas— de comunicar a las autoridades la ejecución de cualquier transacción cuyo importe excediera de 10.000 USD, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante ello, las Comunidades Europeas tuvieron que emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de que al otro lado del Atlántico se aprobara la Directiva 91/308/CEE; la *Primera Directiva* sobre blanqueo de activos.

La relevancia de este instrumento jurídico deriva del hecho de que, en el marco del Derecho Comunitario, una Directiva es una norma de carácter general que los Estados miembros deben implementar a su Derecho interno —“transponer”, según la terminología comunitaria— dentro de los límites materiales y temporales en ella marcados. En principio, las Directivas no tienen eficacia directa, puesto que necesitan ser desarrolladas por los Estados miembros.

Desde el punto de vista sustantivo, la *Primera Directiva* no representó ninguna “innovación revolucionaria” en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales, tal y como ésta se había venido configurando en la escena internacional y, en especial, en la *Convención de Viena* de 1988. Sin embargo, la parte dispositiva de este cuerpo normativo fue precedida de un extenso Preámbulo en el que se recogen de forma detallada las razones que aconsejan la adopción de medidas de control del blanqueo en el territorio de lo que hoy es la Unión Europea, orientadas a la tutela del sistema financiero. En él se advierte que el uso de las entidades de intermediación financiera para el lavado de activos “puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la institución como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público”, señalando algunos párrafos más adelante la necesidad de que los Estados extiendan total o parcialmente la eficacia de las normas destinadas a tales enti-

dades o instituciones “a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales”. Coherentemente, la Directiva se distancia en este campo de la política anti-droga emprendida por la *Convención de Viena*, afirmando 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”.

Con todo, la *Primera Directiva* fue una norma de naturaleza esencialmente administrativa y preventiva. Aunque se pretendió a lo largo del *iter* legislativo, el Consejo no incluyó en el texto final de la Directiva ninguna norma que obligara a los países miembros a tipificar como infracción penal el lavado de rentas ilegales: la Comunidad Europea —y aún hoy la Unión Europea surgida del *Tratado de Maastricht*— carece de competencias penales. En su lugar, se limitó a incluir un tímido artículo 2 en el que señaló la necesidad de que los Estados velaran “para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la presente Directiva, quede prohibido”, absteniéndose deliberadamente de concretar cuál debería de ser el carácter —penal, administrativo, civil, etc.— de tal interdicción.

A pesar de todo, el Consejo no quiso renunciar totalmente a expresar su voluntad original de extender la criminalización del lavado de rentas procedentes de actividades delictivas por todo el territorio comunitario. Por una parte, el preámbulo de la *Directiva* afirma sin lugar a ambigüedades que “el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”. Además —y quizá sea esto lo más llamativo—, los autores de la Directiva añadieron al término de la misma una *Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo*, cuya verdadera naturaleza jurídica no resulta nada fácil de precisar, y en la que los citados mandatarios expresaron su respectivo compromiso de tomar, antes de que finalizara el año 1992, todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal interna encaminada a cumplir los compromisos en materia de blanqueo de capitales derivados de la adopción de la *Convención de Viena* de 1988 y del *Convenio de Estrasburgo* de 1990, antes citados.

Por consiguiente, la *Primera Directiva* no obligó directamente a los países que integran la Unión Europea a hacer del reciclaje de capitales un delito. En realidad, el deber que compete a los Estados de transponerla fluye en una doble dirección que no tiene por qué desembocar necesariamente en la

modificación del ordenamiento penal:

- De un lado, exigió la sanción del blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales del modo que estime más oportuno cada país miembro —incluyendo entre tales modos, por supuesto, la opción penal—.
- De otro, impuso la obligación de aprobar una legislación interna de marcado carácter administrativo en la que se recoja una relación de normas orientadas a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades o situaciones —uso excesivo de moneda en efectivo, transferencia o depósito de grandes cantidades de dinero, identificación insuficiente del cliente por parte de las entidades de crédito, etc.— susceptibles de ser utilizadas para lavar capitales.

A la luz de la experiencia, la Unión Europea desarrolló actuaciones en los últimos años encaminadas a perfeccionar los dispositivos establecidos en la *Primera Directiva*, aprobándose finalmente la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modificaba la Directiva 91/308/CEE. Con todo, la aprobación de esta *Segunda Directiva* sobre lavado de activos no fue nada fácil, debiendo producirse los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre en Estados Unidos para que los Estados superaran sus iniciales reticencias respecto de los límites de la intervención de la nueva norma. Obligados a transponerla antes del 15 de junio de 2003, los países miembros se vieron obligados a ampliar el cuadro de infracciones previas a todo tipo de delitos graves, considerando como tales los indicados a partir de los mínimos establecidos por la propia *Directiva*, y no por la legislación penal de cada Estado miembro. Ello ha hecho que, en España, la Ley Orgánica 15/2003 haya ampliado el cuadro de infracciones previas indicadas en el art. 301 del Código Penal, que ya no son sólo los “delitos graves”, sino cualquier delito, con independencia de cuál sea su naturaleza.

Adoptando una medida realmente polémica —secundada en sus líneas generales por la reforma de las *Cuarenta Recomendaciones* del GAFI producida en 2003—, la *Segunda Directiva* también amplió el cuadro subjetivo de obligados, sometiendo a control la actividad de profesionales como los abogados y otros profesionales liberales, a pesar del riesgo que algunos países vieron en ello para el derecho fundamental a la defensa de los acusados de blanqueo y para la salvaguarda del secreto profesional. Ampliación que también en España ha implicado la reforma de la legislación sobre prevención del blanqueo, esta vez por obra de la Ley 19/2003. En cualquier caso,

no olvidemos que esta *Segunda Directiva* no implica nuevas orientaciones, sino que trae causa de la *Primera*, a la que sólo modifica, aunque lo haga con cierta profusión.

Recordemos que la Unión Europea, como organización regional orientada a la integración política de sus miembros en torno a un futuro Estado confederal, carece de atribuciones penales. Incluso en nuestros días, sobre la base del Tratado de la Unión de 1992 —más conocido como *Tratado de Maastricht*—, modificado por el *Tratado de Ámsterdam* (1997) y por el *Tratado de Niza* (2001), y en puertas de una *Constitución Europea* —aprobada, pero de incierto futuro en cuanto a su vigencia—, la Unión Europea no puede imponer a los Estados la obligación de tipificar una determinada conducta, ni —aún menos— aprobar delitos que rijan directamente sin mediación de los órganos legislativos nacionales, aún contando con un sistema de fuentes propio y un boletín oficial —*Diario Oficial de la Unión Europea*— en el que se divulgan todas las disposiciones comunitarias, cumpliendo con el principio de publicidad sin que se precise su ulterior aparición en los diarios oficiales de cada país.

Cabría discutir esta falta de competencia, toda vez que bajo la cobertura institucional de Organizaciones Internacionales menos avanzadas —como la Organización de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o el Consejo de Europa— se celebran Convenios en los que los Estados Parte aceptan modificar sus respectivas legislaciones penales internas. Pero no se puede olvidar que lo que ahora se plantea no es si los Miembros de la Unión Europea pueden llegar al acuerdo, como Estados soberanos, de modificar sus leyes mediante un Tratado Internacional —lo que, de hecho, hacen con cierta frecuencia—, sino si la propia Unión Europea, a través de sus propias Instituciones, su propio sistema de fuentes y sus vías de creación de normas —esto es, mediante el Derecho Comunitario—, tiene competencia para dictar reglas de naturaleza penal. Así entendida la cuestión, es obvio que aún carece de ella.

Tras el *Tratado de Maastricht*, la estructura competencial de la Unión Europea ha venido siendo descrita gráficamente apelando a la forma de un templo griego sustentado sobre tres pilares, de los cuales sólo el primero —el llamado “pilar comunitario”— se correspondería estrictamente con el desarrollo de los contenidos previstos en los Tratados Comunitarios y sus diversas reformas, a través del ejercicio normal de las instituciones comunitarias dotadas de competencias supranacionales, realizado a costa de ciertas

cuotas de soberanía cedidas constitucionalmente por los Estados integrantes de la Unión.

Caso diferente es el de los dos pilares laterales de ese hipotético templo, sobre el que la actividad de la Unión Europea no se desarrolla en su ámbito estricto de competencia, sino en el más amplio y flexible —aunque menos vinculante— de la cooperación intergubernamental. Así, el segundo pilar estaría integrado por la denominada “política exterior y de seguridad común” (PESC), mientras que el tercero quedaría conformado por los asuntos de “justicia y asuntos de interior” (JAI); aspectos ambos que no forman parte del Derecho Comunitario *stricto sensu*, pero que —sobre todo, a través de los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— cobran progresiva importancia en beneficio de una progresiva aproximación de los sistemas jurídicos de los países miembros.

Teniendo presente esa metáfora arquitectónica, la Unión Europea ha querido profundizar en la estrategia de control del lavado de activos tanto en el ámbito del primer pilar como en el del tercero. Respecto del denominado “pilar comunitario”, lo ha hecho por mediación de la reciente Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, *Tercera Directiva* sobre blanqueo de capitales, que no reforma las *Primera* y *Segunda Directivas*, sino que las deroga y sustituye. En cuanto al pilar sobre asuntos de justicia y asuntos de interior —esto es, mediante la mera cooperación intergubernamental—, a través de la Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, y de la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001.

La *Tercera Directiva* sobre blanqueo de capitales —cuya aprobación ya fue anunciada en la propia Directiva 2001/97/CE— se mantiene distante del ámbito represivo para ahondar sobre la finalidad preventiva perseguida por las normas que la precedieron. También se limita en su art. 1.1 a exigir que el blanqueo quede prohibido, sin especificar la naturaleza de tal prohibición, aunque también —como ya hizo en su día la Directiva 91/308/CEE— establece en el apartado 1 de su preámbulo. Más allá de estas consideraciones, la mayor parte de su articulado se dedica a establecer las obligaciones de colaboración a las que quedan sujetos los profesionales de un amplio abanico de áreas de actividad económica —operadores financieros, auditores, contables, abogados, notarios, agentes de la propiedad inmobiliaria, casinos, etc.—, referidas a un creciente número de actividades, fijando asimismo el correspondiente régimen sancionatorio.

Con todo, la principal novedad que aporta la *Tercera Directiva* proba-

blemente consista en reunir bajo una misma norma la aplicación de criterios preventivos similares tanto para el blanqueo como para la financiación del terrorismo. Como hace respecto de la legitimación de capitales, su art. 1.1 también exige que la financiación del terrorismo quede “prohibida”, previendo luego la aplicación de las mismas medidas de control respecto del flujo de fondos que puedan servir de fuente de ingresos para tales actividades.

La Directiva 2005/60/CE debe ser transpuesta al Derecho interno de cada Estado antes del 15 de diciembre de 2007.

Aproximándose mucho más al núcleo del ámbito penal —aunque, por ello, y como ya hemos indicado antes, alejándose del terreno competencial propio del Derecho Comunitario, adhiriéndose con más propiedad al ámbito de la cooperación intergubernamental del tercer pilar—, el Consejo aprobó el 3 de diciembre de 1998 la Acción Común 98/699/JAI, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*. Apoyándose explícitamente en el casi homónimo Convenio de Estrasburgo de 1990, esta disposición pretendió que la vigencia del instrumento del Consejo de Europa fuera adoptado sin ningún género de reservas por parte de los Estados comunitarios.

También en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión —hoy reformado conforme a las exigencias del Tratado de Niza, vigente desde 2003— también el Consejo aprobó el 26 de junio de 2001 la Decisión Marco 2001/500/JAI, de idéntica denominación e inspiración a la Acción Común 98/699/JAI. Esta nueva norma impone a los Miembros de la Unión la obligación de acatar los mandatos del Convenio de Estrasburgo de 1990, prohibiendo que formulen reservas al mismo respecto de los casos de blanqueo en los que el delito precedente lleve aparejada una medida privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados cuyo sistema jurídico imponga un umbral mínimo para los delitos —como es el caso español—, aquellos que lleven aparejada una medida privativa de libertad mínima superior a seis meses. Así mismo, la Decisión Marco exige a los Estados que la pena de prisión mínima para los blanqueadores sea de una duración máxima que no sea menor a cuatro años.

En cuanto al decomiso de bienes, la Decisión Marco 2001/500/JAI establece la necesidad de implementar la técnica del comiso equivalente para aquellos casos en los que no sea posible la incautación directa de las ganancias —esencialmente, en aquellos casos en los que puedan resultar perjudi-

cados terceros de buena fe—, aceptando excepciones en aquellos casos en los que el citado valor no exceda de 4.000 euros. Conviene advertir que esta medida —contemplada ya respecto del tráfico de drogas en la *Convención de Viena* de 1988— ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español *ex* Ley Orgánica 15/2003.

En definitiva, las iniciativas sobre lavado de activos emprendidas por la Unión Europea han seguido dos líneas paralelas de progreso: una, comunitaria *stricto sensu*, relativa a la prevención del blanqueo, acometida a través de tres Directivas, de las que sólo la última está vigente en la actualidad; otra, de carácter represivo penal, perteneciente al tercer pilar, adscrita a la política de cooperación intergubernamental en materia de justicia y asuntos de interior, materializada mediante una Acción Común y una Decisión Marco. Ambas vías parecen ser complementarias, respetando los ámbitos competenciales comunitarios. Con todo, la más reciente evolución de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de interpretar las normas pertenecientes al tercer pilar, su grado de eficacia sobre el Derecho interno de los Estados Miembros y la evaluación del Derecho Penal como garante necesario de aquellos intereses sobre los cuales la Unión Europea ostente competencia (por ejemplo, las Sentencias de 16 de junio de 2005 y de 13 de septiembre de 2005) ha hecho que comience a plantearse la legitimidad del recurso al Derecho Penal por parte del Derecho Comunitario.

Tal vez un día —incluso antes de que entre en vigor la *Constitución Europea*, si algún día lo hace—, la normativa comunitaria sobre blanqueo abarque, desde la perspectiva del primer pilar, sus aspectos penales.

E.) Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera

Conscientes del carácter internacional del blanqueo de capitales, al tiempo que reconociendo el valor de la adopción de medidas de control tendentes a prevenir la comisión de este tipo de conductas, el 9 de junio de 1995 se constituyó en el Palacio de Egmont-Aremberg de Bruselas el *Grupo Egmont* de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF's) con objeto de favorecer la cooperación internacional en este ámbito.

Tal y como definió el propio *Grupo Egmont* en su *Statement of Purpose* con motivo de su reunión celebrada en junio de 2004 en la isla de Guernsey, una UIF es “una institución central de carácter nacional responsable de recibir —y de solicitar, en tanto esté habilitada para ello—, analizar y comuni-

car a las autoridades competentes información financiera relativa a bienes de los que se sospeche su origen criminal, a fondos hipotéticamente dedicados a la financiación del terrorismo, o a cualesquiera otros bienes respecto de los cuales lo exija la correspondiente normativa nacional, con objeto de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

Cabría afirmar que el *Grupo Egmont* trae causa del GAFI, toda vez que fue esta última entidad la que, desde la perspectiva supranacional, sentó las bases de lo que hoy conocemos como UIF's: entidades nacionales encargadas de recibir, analizar y canalizar hacia las autoridades competentes la información referente a operaciones sospechosas, suministrada por los sujetos obligados a ello por la legislación destinada a la prevención del blanqueo. La UIF española es el Servicio Ejecutivo para la Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), adscrito al Banco de España, y se encuentra regulada, tras algunas reformas, por la Ley 19/1993 y por el Real Decreto 925/1995.

Tras su 13.^a Reunión Plenaria, celebrada a finales de junio de 2005 en Washington, el *Grupo Egmont* aglutina a 101 UIF's de todo el mundo. Sus últimas incorporaciones han sido las Unidades de Bosnia-Herzegovina, Filipinas, Honduras, Montenegro, Perú, Qatar y San Marino. La última Reunión Plenaria se celebró entre el 12 y el 16 de junio de 2006.

El *Grupo Egmont* ayuda, asimismo, al establecimiento y funcionamiento de este género de entidades nacionales, facilitando capacitación y asistencia técnica. Con todo, conviene tener presente que el *Grupo Egmont* no está constituida en torno a una estructura formal, motivo por el cual carece de un secretariado estable, cuyas funciones deben ser asumidas con carácter rotatorio por sus miembros.

F.) El Reglamento Modelo CICAD/OEA

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD) la convocatoria de una comisión de expertos de países americanos para que investigara la influencia del blanqueo en el hemisferio y, a partir de ello, preparara medidas orientadas a su control. El trabajo de estos expertos se materializó en la elaboración de un *Reglamento Modelo* sobre el control del lavado, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992, base sobre la que la propia Organización ha ido apoyando la labor de los países miembros que han querido ajustar sus respectivos ordenamientos jurídicos para hacer

frente a este fenómeno.

El *Reglamento Modelo* ha sido modificado en varias ocasiones a propuesta del Grupo de Expertos; la última, aprobada oficialmente en diciembre de 2005, durante el XXXVIII Periodo Ordinario de Sesiones celebrado en Washington (EE.UU). Tanto en ésta como en las últimas modificaciones se ha hecho hincapié en las cuestiones relacionadas con la financiación del terrorismo y el funcionamiento de entidades financieras informales, la valoración del lavado de activos como delito autónomo del precedente —y, por ello, merecedor de un reproche penal autónomo y, en su caso, cumulativo— así como en la aplicación de técnicas de investigación propias de la persecución de la delincuencia organizada, tales como intervenciones telefónicas, agentes encubiertos, entregas vigiladas, etc.

Conviene advertir que el *Reglamento Modelo* no es un Convenio Internacional vinculante, sino una norma de *soft law*, armonizadora desde el consenso, pero de cuyo incumplimiento no puede derivarse un régimen de sanciones jurídicas. Tiene aspecto de ley, con forma articulada, pero no es, en términos estrictos, una norma jurídica.

Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el *Reglamento Modelo* por la comisión de expertos se inspiraron sobre la idea de que era necesario romper la dependencia de la lucha contra el blanqueo de capitales del delito de tráfico de drogas. Aún manteniéndose la iniciativa dentro del ámbito competencias de la CICAD —reservado en principio a los asuntos referentes al consumo y tráfico de drogas, que no constituyen más que uno de los ámbitos fenomenológicos que preceden a la legitimación de bienes—, se quiso dotar al lavado de sustantividad propia, concediéndole relevancia en tanto los bienes procedieran de “actividades delictivas graves”, esto es (*ex art. 1*), aquellos actos criminales “determinados por la legislación de cada Estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión, corrupción y fraude”.

Tratando de sintetizar, el *Reglamento Modelo* propone la necesidad de adoptar las siguientes medidas de Derecho interno:

- Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena, pero ampliando su ámbito a to-

da clase de delitos graves, definidos en los términos que se acaba de indicar (art. 2.1). Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o forma de imperfecta ejecución (art. 3.2), y que se persiga con independencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art. 4). De hecho, la definición del lavado de activos contenida en el *Reglamento Modelo* (arts. 2.1, 2.2 y 2.3) evita —al menos, en su versión en español—, como viene haciendo Naciones Unidas desde la *Convención de Palermo*, el uso de derivados de la palabra “encubrimiento”, tratando con ello de distanciarse del concepto jurídico homónimo, optando por el uso de términos próximos a las palabras “ocultar” y “disimular”. En idéntico sentido, prevé la simultánea penalización, respecto de la misma persona, por el lavado y por el delito del que procedan los bienes a legitimar (art. 2.7), no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto de la actividad delictiva grave previa (art. 2.8).

- Prevé el castigo del blanqueo cometido por dolo directo, dolo eventual (“ignorancia intencional”) e imprudencia (“debiendo saber”) (art. 2.1).
- Se ha ahondado en la preocupación por la financiación del terrorismo como delito fenomenológicamente próximo al blanqueo, dedicando un nuevo precepto a su definición (art. 3), previendo procedimientos especiales respecto de los bienes ligados a esta infracción (art. 8), incorporando referencias explícitas en una serie de normas antes dedicadas exclusivamente al lavado de activos, etc.
- Decomiso del producto de los delitos previos que sean objeto de blanqueo o estén relacionados con la financiación del terrorismo (art. 9). Para garantizar su efectividad, prevé la aplicación de medidas cautelares reales y de administración (arts. 6 y 7). Así mismo, ante la posibilidad de que el comiso perjudique los derechos de terceros de buena fe —y siempre evitando la inversión de la carga de la prueba—, establece una serie de medidas (art. 10) que se ven complementadas con la previsión de aplicar el comiso de bienes de valor equivalente o la aplicación de multas por idéntica cuantía (art. 9.3). Finalmente, establece ciertas normas sobre el destino de los bienes decomisados, previendo primero reglas de reparto entre las jurisdicciones participantes en la operación, y luego fijando la necesidad

de constituir fondos orientados a la lucha contra los delitos de los que proceden y a restablecer los daños causados por los mismos (arts. 11 y 12).

- Creación de Unidades de Inteligencia Financiera en cada Estado, siguiendo para ello los criterios establecidos por el *Grupo Egmont* (art. 13 y anexo I).
- Establecimiento de una amplia serie de medidas administrativas de orden preventivo, coherentes con lo establecido años antes por el GAFI o la Unión Europea, incidiendo con especial intensidad sobre el sistema financiero (arts. 14 a 21), aunque sin descuidar la intervención de otros operadores susceptibles de actuar de forma decisiva en el lavado de activos (seguros, casinos, notarios, etc.), entre los que, sin embargo, no ha llegado a incluir expresamente a los abogados (art. 22). No sólo se prevé el establecimiento de controles reglados, sino que también se impone la necesidad de que los obligados comuniquen a las autoridades la realización de operaciones sospechosas (art. 19), aunque se ajusten formalmente a las normas.
- Relativización del secreto bancario (art. 27).
- Fortalecimiento de la cooperación internacional en el esclarecimiento y persecución más eficaz de este tipo de conductas (art. 25), así como en el cumplimiento de fallos dictados por las autoridades judiciales extranjeras (art. 26).

A lo largo de la vida del *Reglamento Modelo* se han producido diversos eventos institucionales que, aunque demasiado vinculados al fenómeno del narcotráfico como origen del blanqueo, se han traducido en resultados concretos. Probablemente bajo el influjo de iniciativas similares emprendidas en el marco del GAFI, la Cumbre de 1994 de la OEA en Miami encargó a la CICAD que llevara a cabo un programa de evaluación del esfuerzo contra el lavado de activos realizado por los Gobiernos de los países del hemisferio, denominado *Plan de Acción de Buenos Aires*. Los resultados de esta evaluación se utilizaron para identificar las carencias de los países, así como las herramientas que les podrían ser útiles en el tratamiento del blanqueo.

Más tarde, en 1998, la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en Santiago de Chile, creó el llamado Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM), procedimiento conforme al cual todos los países america-

nos efectúan desde 1999 una evaluación de sí mismos, tanto de sus logros como de sus necesidades en torno al problema de las drogas y a la propia evaluación, que es analizada por el Grupo de Expertos Gubernamentales, entre los cuales no hay ningún miembro del país evaluado. Todos los países de la OEA evalúan y todos son evaluados. La evaluación se realiza con el objetivo de fortalecer en forma directa la confianza mutua, el diálogo y la cooperación hemisférica para hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del problema de las drogas, incluyendo entre ellos la estrecha vigilancia del problema del lavado de activos, inicialmente vinculado al narcotráfico.

La tercera ronda de evaluación del MEM comenzó en diciembre de 2003, realizándose a partir de un cuestionario con 84 indicadores. Probablemente, el MEM se haya concebido como un contrapeso a la evaluación unilateral norteamericana de “certificaciones”, decisiva —como es sabido— para condicionar el apoyo de Estados Unidos al resto de los países del Continente. Tal vez la vigencia del MEM —que se basa en el respeto a la soberanía, la jurisdicción territorial y el orden jurídico interno de los Estados, y que excluye la aplicación de sanciones de cualquier naturaleza— haya sido el origen de la suspensión del tan criticado proceso de “certificaciones”. En el ámbito del blanqueo de capitales, algunos de sus logros más importantes han sido la extensión de la ratificación entre los países de la OEA de las Convenciones Internacionales sobre la materia o el establecimiento y entrada en funcionamiento de UIF’s.

G.) La Convención de Palermo de 2000

Cabría afirmar sin temor a equivocarnos que la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 2000 —más conocida como *Convención de Palermo*— constituye la evolución natural de la *Convención de Viena* de 1988.

Hace casi dieciocho años se pretendió incorporar a la lucha contra el tráfico de drogas las nuevas dimensiones de una criminalidad renovada, incluyendo la penalización del blanqueo de activos. Ahora, lo que desea lograr la organización gubernamental universal es trascender del narcotráfico y ampliar las líneas entonces aportadas al combate de un amplio abanico de formas de delincuencia organizada: participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), blanqueo (art. 6), corrupción (art. 8), obstrucción a la justicia (art. 23) y, en

general, “delitos graves” (art. 2), entendiéndolo por tales a todos aquellos sancionables con una privación de libertad máxima de, al menos, 4 años. En cualquier caso, como señala su art. 6.2.b) *in fine*, “los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

Respecto del tratamiento del lavado de activos, la *Convención de Palermo* mantiene la misma línea que el resto de instrumentos internacionales sobre la materia suscritos tras la *Convención de Viena*, adoptando en líneas generales las tres tipicidades previstas en el art. 3 del texto de 1988, ampliando su objeto material en los términos indicados. Con todo, ha sido preciso llegar al año 2000 para que Naciones Unidas emplee por vez primera el término “blanqueo”, tradicionalmente rechazado por considerarse impropio de un texto legal.

Además de la citada —e importantísima— apertura del objeto material del delito, pocas diferencias cabría destacar respecto del diseño de la *Convención de Viena*. Principalmente, merece destacarse el intento del texto de 2000 por evitar el empleo en la versión española —en la inglesa permanece inalterado— del término “encubrimiento”, sustituyéndolo por el de “disimulación” en su artículo 6.º. Todo parece indicar que los redactores de la *Convención de Palermo* pretendieron con ello garantizar que también puedan ser condenados como blanqueadores quienes cometen el delito previo a partir del cual se obtiene la riqueza a lavar, evitando que se califique su conducta como un acto impune de autoencubrimiento, intención que la *Convención* indica expresamente en su art. 6.2.e) cuando, a modo de excepción, prevé que “si así lo requieren los principios fundamentales del Derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo (1) del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante”.

En cuanto al resto de sus disposiciones, la *Convención de Palermo* trata de lograr un consenso universal sobre medidas ya conocidas, tratando de dotarlas del debido rigor técnico:

- Se encomienda a los Estados con objeto de que éstos amplíen la tipificación del blanqueo a gama más amplia de delitos previos (art. 6.2, inciso a)).
- Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre la que se ha trabajado a lo largo de los años 90 en el sentido de

implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer Unidades de Inteligencia Financiera (art. 7).

- Insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, aproximándose al principio de que *societas delinquere potest*, si bien otorgando a los Estados la posibilidad de que esa responsabilidad sea penal, civil o administrativa (art. 10), con objeto de evitar roces innecesarios con los principios de Derecho interno.
- Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada de delito previo (art. 12).
- Finalmente, un importante número de preceptos (arts. 13 y ss.) establecen una suerte de Código que trata de recopilar ordenadamente las iniciativas nacionales e internacionales adoptadas a lo largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional.

La *Convención de Palermo* dispone en la actualidad de una sólida base a escala universal. En el momento de cerrarse el presente trabajo, ya eran 147 los Estados signatarios, siendo 122 los que se habían convertido en Parte del Tratado por alguno de los medios reconocidos en Derecho Internacional. De conformidad con su art. 38, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

H.) La Convención de Mérida de 2003

La *Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción*, más conocida como *Convención de Mérida*, fue abierta a la firma en la citada ciudad yucateca el 9 de diciembre de 2003. Tras varias décadas de intentos frustrados por parte de Naciones Unidas, fue aprobada tras un periodo relativamente breve de negociación inspirado en criterios más consensualistas, y en un marco socioeconómico diferente al de los orígenes de la idea.

En efecto, la corrupción es hoy uno de los principales problemas ante el que se enfrentan nuestros países, máxime cuando del correcto desempeño de los servidores públicos no sólo depende la indemnidad de la Administra-

ción, sino el propio desarrollo económico de las naciones. En tal sentido, las líneas político-criminales internacionales nos llevan hoy a vincular estrechamente conceptos que hasta hace poco tiempo apenas habían sido conectados. Todo parece indicar que criminalidad organizada, blanqueo y corrupción constituyen hoy una terna prácticamente indisoluble, en cuyo seno se manifiestan relaciones de mutua dependencia y funcionalidad, ampliamente manifestadas por la doctrina especializada. La delincuencia organizada alcanza su plenitud cuando cuenta con la complicidad de los agentes públicos, el lavado de activos constituye una pieza clave en el entramado financiero de las organizaciones criminales procesando la riqueza procedente de actos corruptos, etc.

La *Convención de Mérida* establece dos líneas principales de intervención sobre el problema del blanqueo, coincidentes con la doble vía conforme a la cual es abordado por la práctica totalidad de los ordenamientos:

- Establece la necesidad de adoptar medidas preventivas de orden administrativo para supervisar la ejecución de operaciones económicas, manteniendo normas de cuidado sobre la identificación de clientes, registro de operaciones, creación de UIF's, etc. En última instancia, se remite al cumplimiento de los instrumentos internacionales sobre blanqueo de capitales (art. 14).
- Siguiendo una redacción cuyo origen es fácil de encontrar en la Convención de Viena de 1988, impone la obligación de tipificar penalmente la comisión de actos de blanqueo, si bien advirtiendo que cada Estado ha de velar para que el cuadro de delitos previos sea lo más amplio posible, trascendiendo con ello mucho más del estrecho ámbito del narcotráfico (art. 23).
- Merece destacarse el esfuerzo implícito por otorgar autonomía conceptual al lavado de activos respecto del delito previo. Así, se prevé expresamente la tipificación separada del encubrimiento de cualquier delito previsto en la Convención (art. 24), la penalización del blanqueo con independencia del lugar donde se cometa el delito previo (art. 23.2.c), la prioridad de castigar al blanqueador con independencia de su responsabilidad por el delito previo (art. 23.1.a).ii, en igual sentido a lo previsto en el art. 6.º de la Convención de Palermo, y art. 23.2.e), etc.

La *Convención de Mérida* no cuenta aún con el mismo apoyo del que dispone la *Convención de Palermo*, sin duda debido a su juventud. Al cierre

del presente trabajo, ya se contaban 140 Estados signatarios, pero sólo eran 59 los que se habían convertido en Parte del Tratado por alguno de los medios reconocidos en Derecho Internacional. De conformidad con su art. 38, entró en vigor el 15 de diciembre de 2005.

Afortunadamente, España ha firmado y ratificado en fecha muy reciente el Tratado —el 16 de septiembre de 2005 y el 19 de junio de 2006, respectivamente—, si bien ha añadido a su incorporación como Parte del Convenio una Declaración relativa a su art. 46.13. Según este precepto, “cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio”. Temiendo que Gibraltar —que es un enclave colonial británico ubicado en territorio español— quedara amparado bajo el concepto de “territorio especial”, el Reino de España acepta que la citada expresión se refiera a las entidades integradas dentro de la organización territorial de los Estados Parte, pero no así a aquellos territorios cuyas relaciones exteriores asuman tales Estados. Con ello quedarían salvadas las objeciones políticas que habrían motivado el retraso en la ratificación de la *Convención de Mérida*.

1.) Iniciativas derivadas de las instituciones económicas

A lo largo de las dos últimas décadas hemos asistido a una espectacular evolución de los dispositivos normativos de carácter internacional destinados a identificar, controlar y combatir el lavado de activos procedentes de actividades criminales. Su enfoque ha sido de lo más diverso: primero, considerando la relevancia de esta actividad con objeto de investigar la trama económica de los delitos previos; después, reprimiéndola como acto de participación o de encubrimiento de tales infracciones antecedentes; finalmente, como hecho ilícito autónomo, basado en una antijuricidad material propia, de marcado carácter económico.

Como correlato de esta progresión en el modo de ver las cosas, no debe extrañar el cambio de actitud experimentado en todo este tiempo por los agentes económicos frente al fenómeno y, en especial, los vinculados al ámbito financiero y bancario. Así, del rechazo frontal a toda forma de intervención sobre el blanqueo de capitales que pudiera condicionar su actividad diaria, se ha pasado a un clima de creciente colaboración inspirado en el reconocido interés de todos por neutralizar la recuperación de bienes de pro-

cedencia ilícita a los cauces de la legalidad.

En tal sentido, al amparo de los criterios seguidos por los organismos económicos internacionales más importantes como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico o el Banco Interamericano de Desarrollo, entidades de carácter privado —pero de inequívoca trascendencia pública— han dado importantes pasos a favor de la fiscalización del blanqueo de capitales y de la colaboración con las autoridades encargadas de su control y represión. Así, desde la *Declaración de Basilea sobre prevención del uso criminal del sistema bancario para el blanqueo de capitales*, dictada en 1988 por la Banca de Pagos Internacionales, se han sucedido las iniciativas, especialmente en los últimos años: la Asociación Internacional de Agentes de Seguros aprobó en 2002 su *Reglamento modelo contra el blanqueo de capitales*, dirigido a los profesionales del sector; el Grupo Wolfsberg de Bancos aprobó en 2001 sus *Recomendaciones contra el blanqueo de capitales para la banca privada*, revisadas en mayo de 2002, así como un documento sobre la *supresión de la financiación del terrorismo*, en enero de 2002; la propia Banca de Pagos Internacionales aprobó en 2001 un nuevo documento sobre *debida diligencia de los bancos con sus clientes*, etc.

2. Iniciativas relacionadas con la Financiación del Terrorismo

A.) Algunas consideraciones críticas

A lo largo de los últimos tiempos —y, muy en especial, tras los acontecimientos ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001—, la Comunidad Internacional ha impulsado con inusitada energía una serie de iniciativas tendentes a golpear las redes internacionales del terrorismo mediante la neutralización de sus operaciones económicas y, en especial, tratando de golpear sus vías de financiación.

Este movimiento ha influido de manera decisiva sobre la política criminal internacional en materia de blanqueo desarrollada a lo largo de los últimos meses. Sin duda, se trata de una postura comprensible. Con todo, creemos que su puesta en práctica por parte de los diversos ordenamientos inter-

nos merece una mínima reflexión: primero, porque el motor económico del terrorismo no siempre depende del blanqueo; además, porque corremos el riesgo de abandonar la perspectiva de la autonomía del delito, de naturaleza socioeconómica, certeramente profundizada a lo largo de la década de los noventa.

En efecto, que el terrorismo precise fondos para operar no significa que ese dinero deba ser necesariamente blanqueado con carácter previo. Más bien, al contrario: las armas, las recompensas, las infraestructuras, etc., son factores que acostumbran a resolverse de espaldas de la legalidad, al amparo de la economía informal, sumergiendo fondos lícitos en el ámbito ilegal. Al fin y al cabo, debe tenerse siempre presente que el terrorismo en su estado puro —la consecución de fines políticos a través de la violencia—, aunque participe de la mayoría de los signos distintivos de la delincuencia organizada, no pretende obtener beneficios para enriquecerse, sino para costear sus operaciones. En tal sentido, la investigación económica cumplirá el papel esencial que todos conocemos, pero el estudio del blanqueo, tal y como aquí lo hemos entendido, tendrá una importancia limitada.

Añádase a ello la limitada eficacia de la investigación económica en este ámbito, en el que parece comprobado que los actos más graves han sido financiados con sumas desproporcionadamente pequeñas.

Por otra parte, aún aceptando la relevancia del lavado de bienes procedentes de actos terroristas, conviene distanciarse de posturas que tiendan a hacer depender la penalización de los actos de lavado con el programa político-criminal tendente a reprimir los delitos previos de los que procedan los fondos. Superada la limitada visión de la *Convención de Viena* respecto del narcotráfico —esencial, sin embargo, para la evolución posterior del delito que nos ocupa—, no es nada aconsejable despojar al blanqueo de su significación propia, eminentemente socioeconómica, ni perjudicar las bases de un Derecho Penal democrático —basado en los principios de lesividad e intervención mínima— en beneficio de criterios de emergencia.

Es muy probable que esta aparente confusión se deba una vez más a una defectuosa integración de los dos grandes sistemas jurídicos, continental germano-romano y anglosajón, dado que para este último la expresión “lavado de dinero” (“*money laundering*”) no sólo hace referencia al lugar en el hampa norteamericana del primer tercio del siglo XX legitimaba sus ganancias —en negocios de lavandería—, sino que denomina un concepto bastante más amplio que el empleado en muchas de nuestras legislaciones. No

olvidemos que, ya en 1984, la *President's Commission on Organized Crime* norteamericana definió el fenómeno que nos ocupa como el “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino”. En consecuencia, desde la perspectiva estadounidense, el lavado no sólo consiste en legitimar fondos procedentes del delito, sino también en encauzarlos hacia zonas ilegales.

En consecuencia, desde el punto de vista que inspira el presente trabajo, la financiación del terrorismo no es, esencialmente, un problema que deba evaluarse desde la perspectiva técnico-jurídica autónoma del blanqueo —no es un delito que implique una lesividad económica—, sino desde la óptica de la participación delictiva en los actos terroristas, sin perjuicio de que, con objeto de evitar lagunas de impunidad, sea prudente construir tipos penales destinados a castigar específicamente estas conductas.

Con todo, ello no impide que, valorada la cuestión desde el punto de vista de la investigación, la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales discurren por caminos muy próximos.

B.) Breve referencia a las iniciativas más importantes

1. El Convenio sobre la Financiación del Terrorismo de 1999

Antes de que la amenaza terrorista se materializara sobre las Torres Gemelas, Naciones Unidas aprobó el 9 de diciembre de 1999 el *Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo*. A lo largo de sus 28 artículos, este instrumento se manifiesta con la suficiente prudencia como para evitar cualquier referencia expresa al lavado de activos, limitándose a exigir la penalización de quien “por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte”, para cometer actos de terrorismo (art. 2.1).

Hasta este momento forman parte del Convenio cerca de 153 Estados, entrando en vigor el 10 de abril de 2002. Merece destacarse el espectacular incremento de ratificaciones y adhesiones producidas a lo largo de los últimos tiempos, dado que ésta fue una iniciativa que durante sus primeros años sólo obtuvo una tibia acogida.

2. *Actuaciones del GAFI: las Recomendaciones Especiales*

También en este ámbito, el GAFI ha sido el primer organismo que ha establecido criterios rectores orientados a la Comunidad Internacional. El 30 de octubre de 2001, la reunión plenaria extraordinaria celebrada en Washington acordó la adopción de *Ocho Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo*. En esencia, las citadas normas pretenden:

- Animar a los Estados a que adopten los acuerdos en materia de financiación del terrorismo alcanzados en el marco de Naciones Unidas y, en especial, el Convenio de 1999 antes citado (1.^a Recomendación).
- Extender los criterios generales expresados en las Cuarenta Recomendaciones de 1990 al ámbito del terrorismo, incorporándolo a la lista de delitos de los que puedan proceder los bienes del blanqueo (2.^a Recomendación).
- Extender también las medidas previstas en las Cuarenta Recomendaciones para los supuestos de financiación del terrorismo, aunque los fondos no lleguen a emerger a la legalidad —esto es, aunque no se laven—. En tal sentido, se prevé la aplicación de la incautación y comiso (3.^a Recomendación), el sometimiento de instituciones financieras y demás profesionales a las obligaciones antes citadas (4.^a, 6.^a y 7.^a Recomendaciones), el establecimiento de criterios de cooperación internacional (5.^a Recomendación), etc.
- Centrar su atención sobre las entidades jurídicas sin ánimo de lucro que puedan ser instrumentalizadas por organizaciones terroristas, como partidos políticos, fundaciones, etc. (8.^a Recomendación).

De acuerdo con sus criterios fundacionales, el GAFI también anunció en octubre de 2001 su deseo de extender el sistema de autoevaluaciones a las Ocho Recomendaciones orientado a cuantos países deseen participar en el mismo, ofreciendo su colaboración a quienes no pertenezcan a la Organización para ponerlas en práctica.

Con ocasión de su Reunión Plenaria celebrada entre los días 20 y 22 de octubre de 2004, el GAFI aprobó en París una *Novena Recomendación* relativa a la detección y prevención de transporte transfronterizo de dinero en metálico por parte de terroristas y otros delincuentes, procedimiento considerado como el más usual entre tales sujetos para desplazar fondos.

El GAFI ha intensificado su cooperación con Naciones Unidas, el *Grupo Egmont*, las instituciones financieras internacionales (FMI, BM, etc.) para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo. Así, tanto su informe anual sobre tipologías como el seguimiento de los *Países y Territorios No Cooperadores* (NCCT's) se han dedicado con especial intensidad al fenómeno terrorista. Podría decirse que, en general, el GAFI ha unido indisolublemente el combate al lavado de activos y a la financiación del terrorismo bajo una única rúbrica.

Las citadas *Recomendaciones* han sido objeto de sucesivas evaluaciones y, sin reformarse, han sido acompañadas de varias notas interpretativas bastante amplias, incluyendo las relativas a la *Novena Recomendación*.

3. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002

El último gran Tratado Internacional suscrito bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos ha sido la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, suscrita en Bridgetown, Barbados, el 6 de marzo de 2002. A fecha de hoy, los 34 miembros de la OEA han firmado el Tratado, aunque sólo 12 lo han ratificado.

Basándose sobre el acervo jurídico derivado del sistema institucional de Naciones Unidas, prevé un importante número de medidas tendentes a prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo, apelando a los lineamientos diseñados por el GAFI, el GAFISUD, el GAFIC y la CICAD (art. 4.º).

Así mismo, prevé que los Estados tipifiquen como delito el lavado de activos derivados de cualquiera de las infracciones penales contempladas en el citado acervo normativo de Naciones Unidas, con independencia del lugar donde se cometan (art. 6.º).

4. El Convenio de Varsovia de 2005

Para concluir este comentario sobre los instrumentos internacionales relacionados con la financiación del terrorismo ligados a la investigación del lavado de activos, baste una breve referencia al reciente *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Respecto del lavado de activos, recoge la herencia del *Convenio de Es-*

trasburgo de 1990, positivándola. En relación con la financiación del terrorismo, toma como referencia esencial la Convención de Naciones Unidas de 1999, ahondando en la necesidad de que las Partes penalicen de forma autónoma —y no como una mera participación del delito principal— la financiación del terrorismo. En cuanto a ambas manifestaciones delictivas, el Convenio de Varsovia extiende las medidas aplicables a ambos ámbitos —comiso, UIF's, etc.—, otorgándoles un tratamiento integrado.

El *Convenio de Varsovia* es el primer Tratado Internacional que aborda expresa y simultáneamente, en un único cuerpo normativo de Derecho vinculante, el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Como se indicó más arriba, surgió a partir del intento de complementar los contenidos *Convenio de Estrasburgo* mediante la aprobación de un Protocolo al mismo. Sin embargo, poco después de iniciar los trabajos se apreció la necesidad de configurar un nuevo Tratado que, por su fisonomía, aspiraría a ocupar el lugar del aprobado en el ya lejano año de 1990. Con todo, los apoyos recibidos hasta el momento han sido bastante limitados, contando sólo con 22 firmas y no habiendo sido ratificado por ninguno de los países. Ciertamente, también, que el tiempo transcurrido desde su conclusión no ha sido demasiado largo.

II. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO

1. Introducción

La mayoría de los autores coinciden hoy en afirmar que la misión esencial del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, esto es, en palabras de ROXIN, “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”.

La afirmación de un concepto social de bien jurídico, trascendente y previo al Derecho, implica consecuencias de importancia crucial. Entendido de

este modo, el bien jurídico se constituye en punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas figuras delictivas. Por ello, la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material —y, con ello, también, de toda legitimidad—, de manera que cualquier tipificación resulta imposible, o bien arbitraria, si no se construye sobre la base de su preexistencia. El Derecho no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos, tutelándolos. En ello consiste, precisamente, el principio de lesividad.

Con todo, conviene recordar que el principio de lesividad no es el único límite material que legitima al Estado para calificar una conducta como delictiva. O dicho con otras palabras: que el Derecho penal sólo deba existir en la medida en que proteja bienes jurídicos no significa que toda afección a un bien jurídico pueda ser castigada como delito. El recurso a la pena sólo queda autorizado si, además, tal castigo es *útil e imprescindible*. Así, la imposición de penas deja de ser necesaria para la sociedad cuando la misión protectora pueda obtenerse a través de otros medios, siempre preferibles en cuanto sean menos perjudiciales para los derechos del individuo.

En consecuencia, para que intervenga legítimamente el Derecho penal, no basta con que haya un interés digno de protección. Además, es preciso que no haya medios menos intensos que la pena para resolver el conflicto planteado, toda vez que acudir a ésta innecesariamente constituiría una agresión injustificada a la esfera de libertades ciudadanas.

Por ello, el Estado, en la medida en que oriente su actividad en pos del bienestar del individuo, sólo debe amenazar con la pena si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Principio éste que —ya centrándonos en el ámbito que ahora nos interesa— ha sido defendido por el Fiscal italiano Giovanni Maria FLICK al afirmar gráficamente que “un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal”.

De todo ello se deduce claramente que el concepto de bien jurídico —y, por ello, su protección— dista de pertenecer en exclusiva al ámbito penal. Queda pendiente, por ello, la difícil tarea de delimitar cuáles de esos “presupuestos imprescindibles para una existencia en común” exigen un grado de protección tan alto como para que el legislador los eleve al rango de bienes jurídico-*penales*, misión para la que resulta fundamental analizar la actividad del legislador a la luz de los criterios que nos ofrezca el texto constitucional. Y en este intento, conviene tener presente que la Ley Fundamental de

cada Estado no se limita a establecer criterios de “no contradicción” que permitan al legislador actuar con libertad dentro de sus amplias paredes maestras, sino que también fija en su parte dogmática un orden objetivo de valores cuya vigencia trasciende mucho más allá de la misma, irradiando su eficacia sobre todos los ámbitos del Derecho.

2. Blanqueo de capitales y principio de lesividad

A) El delito de blanqueo como figura accesorio

Hace ya bastantes años que algunos Estados valoraron la conveniencia de que el Derecho Penal incidiera sobre el ámbito del lavado de activos. El primer ordenamiento que incorporó a su catálogo de delitos una figura relacionada con el reciclaje de capitales fue el italiano, que en 1978 acordó la inclusión en su Código Penal de un artículo 648 bis destinado a castigar con las penas de prisión y multa a quienes realizaran “hechos o actos encaminados a sustituir dinero o valores procedentes de los delitos de robo agravado, extorsión agravada o secuestro de personas con finalidad extorsiva por otro dinero u otros valores, con el objeto de lograr un provecho propio o ajeno, o de ayudar a los autores de los citados delitos a asegurarse el provecho del delito”.

Derogado en 1990 tras casi una docena de años de limitada aplicación, quienes han estudiado el referido precepto aseguran que su entrada en vigor sirvió al interés político-criminal de establecer un instrumento destinado a intimidar a quienes pudieran plantearse la posibilidad de colaborar con los autores de los delitos allí citados en orden a facilitarles el pacífico disfrute de las ganancias ilícitas obtenidas a partir de los mismos. En concreto, todo parece indicar que el legislador actuó en aquel momento bajo la conmoción social generada tras la comisión de una oleada de secuestros de personas, efectuados la mayoría de las veces con fines exclusivamente económicos — por lo general, a cargo de clanes mafiosos *stricto sensu*—, aunque también perpetrados en ciertas ocasiones por grupos terroristas —en este sentido, baste recordar el secuestro del dirigente democristiano Aldo Moro, producido el 16 de marzo de 1978, cuyo trágico desenlace tuvo lugar el 9 de mayo siguiente—. De hecho, el artículo 648 *bis* fue aprobado en 1978 como consecuencia directa de tal secuestro: si observamos su procedimiento aprobatorio, veremos que el Decreto-Ley que lo introdujo provisionalmente en el

Codice penale fue dictado sólo cinco días después de producido el rapto, mientras que la Ley que lo confirmó fue datada nueve días después de su muerte.

Por lo tanto, el viejo artículo 648 bis no fue otra cosa que un elemento más integrado en un vasto programa institucional destinado a evitar, de acuerdo a criterios preventivo-generales, la comisión de determinados delitos. Por ejemplo, durante la segunda mitad de la década de los setenta, las autoridades judiciales italianas ordenaron en algunas ocasiones el bloqueo de todos los bienes pertenecientes a la familia del secuestrado a fin de evitar que se hiciera efectivo el pago del rescate, apoyándose para ello en ciertas disposiciones contenidas en el derogado *Codice di Procedura Penale*.

Así las cosas, el contenido material de esta figura quedó condicionado por el deseo del legislador de cerrar aún más el círculo punitivo en torno a la extorsión, el robo o las detenciones ilegales mediante el castigo de ciertos actos de colaboración realizados por personas distintas a los propios autores. O lo que viene a ser lo mismo: el castigo de la hipótesis de blanqueo descrita en el citado precepto se creó con la finalidad de reforzar la protección del bien jurídico previamente vulnerado con motivo de la perpetración del ilícito económicamente productivo, creando una suerte de “cordón sanitario” mediante la tipificación de una serie de conductas post-delictivas subsumibles bajo una categoría de clara raigambre criminológica como es el agotamiento. Así, el legislador italiano introdujo el artículo 648 bis desde el convencimiento de que reducir al potencial delincuente las opciones de lograr el disfrute pacífico y efectivo de unas eventuales rentas ilícitas tal vez pudiera hacerle desistir de su propósito, aminorándose con ello el peligro de que se lesionara el bien jurídico tutelado por las infracciones previas allí mencionadas. Dicho en otros términos más claros, la criminalización iría destinada a crear en la mente del traficante la idea de que la actividad que desarrolla no compensa, no merece la pena.

No han sido pocos los ordenamientos que, hasta el presente, han optado por una fundamentación similar a la del legislador italiano de 1978. De hecho, como ya hemos visto, la propia Convención de Viena de 1988 —a partir de la cual se ha desencadenado la intervención en este ámbito por parte de multitud de instancias públicas— participa de esta misma filosofía, sentando las bases de la lucha internacional contra el lavado de activos sobre el incremento de la presión sobre el entorno financiero del narcotráfico.

B) La autonomía del delito de blanqueo

La actuación directa —y exclusiva— sobre el circuito económico del narcotráfico no tardó en modificarse hacia modelos de intervención más amplios, primero referidos a determinados delitos, luego dedicados a la prevención y represión del lavado de activos *per se*, con independencia del origen concreto de los fondos ilícitos.

La generalización del cuadro de delitos previos pudo deberse en primer término a razones de naturaleza criminológica. Estando el lavado de activos usualmente relacionado con la delincuencia organizada —con la “industria del crimen”, a la que expresamente se refiere buena parte de la doctrina—, el aumento de la presión sobre la vertiente financiera del narcotráfico pudo provocar el desplazamiento de este género de actividades a la comercialización alternativa de otros bienes o servicios ilegales —armas, órganos, prostitución, especies animales, obras de arte, etc.— sobre cuyo tráfico no recayera esta misma amenaza; una carencia destacada —e incluso alentada— desde ciertos territorios, en lo que algunas autoridades llegaron a esforzarse por recordar a los profesionales del sector financiero la conformidad a Derecho de las operaciones de blanqueo que versaran sobre bienes que, aun conociéndose su procedencia ilícita, hubiera razones suficientes como para pensar que son ajenos al comercio de drogas.

Con todo, no creo que la autonomía del delito de lavado de activos derive de la mera ampliación del cuadro de conductas típicas por extensión del objeto material, inicialmente impulsada en el ámbito internacional desde el GAFI o el Consejo de Europa, definitivamente confirmada por la Unión Europea con motivo de su Directiva de 1991, recientemente reformada. Sin duda, la investigación del lavado de capitales es fundamental para la persecución de la delincuencia guiada por motivaciones económicas: *follow the money*, declara el pragmatismo norteamericano. Sin embargo, la mera utilidad procesal —esto es, la conveniencia de contar con una normativa homogénea que garantice la efectiva persecución de los delitos por parte de los correspondientes órganos policiales y judiciales, tantas veces invocada por ambos textos— constituye una base muy endeble en orden a la justificación del castigo de ninguna conducta de nuevo cuño. Como señala el portugués FARIA COSTA, “crear un tipo legal de delito para, de este modo, desarrollar mejor o más fácilmente, de manera legal, cualquier tipo de actividad persecutoria constituye una actividad político-legislativa poco clara que, además de eso, puede tener efectos perversos”.

La mayoría de quienes han estudiado la problemática vinculada al blanqueo de capitales se inclinan hoy por afirmar que las maniobras de lavado constituyen un grave ataque al orden socio-económico cuyos efectos no deberían de ser desdeñados por el ordenamiento jurídico.

No obstante, a nadie se le oculta que todavía hay quienes niegan —o, al menos, relativizan— la incidencia negativa de esa avalancha de riqueza sucia sobre el mercado lícito, alegando una serie de razones de carácter objetivo que, por el contrario, incluso aconsejarían su integración en el mismo.

Sin duda, la muestra más patente de este género de posiciones estaría constituida por las autoridades de muchos de esos países que establecen en su territorio una potente industria de servicios financieros dirigida a captar la mayor cantidad posible de dinero procedente del exterior, sea cual fuere su origen, a fin de mejorar las variables de su economía, crear empleo y obtener divisas. A ello nos dedicaremos un poco más adelante. Desde tal punto de vista, es evidente que la aprobación en estas jurisdicciones de una legislación destinada a prevenir y a castigar el blanqueo no supondría otra cosa que la aparición de nuevos costes, así como la instauración de unas instituciones de control que dificultarían en gran medida la consecución de tales propósitos.

Aunque sin llegar a constituir el *leit motiv* de su política económica, hay veces en las que no es difícil encontrar actitudes semejantes a las adoptadas por los denominados “paraísos del blanqueo” en ciertos Estados en vías de desarrollo necesitados de apoyo financiero exterior, que prefieren ignorar la procedencia del dinero que les llega. Buena prueba de ello la encontramos en algunos de los países europeos que pertenecieron en su día al bloque comunista —entre ellos, la Rusia de Yeltsin, sorprendida en turbias operaciones financieras impulsadas desde el propio Estado, como ocurrió con el denominado “Caso Bahl”, en el que quedó probada la negociación entre el Gobierno ruso y los *cárteles* dedicados al tráfico de cocaína—, en los que la rápida y desordenada transición hacia los sistemas de libre mercado ha propiciado el desarrollo de áreas de inversión —unas veces como consecuencia de lagunas legales; otras, debido a la aprobación de leyes orientadas a la captación indiscriminada de capitales extranjeros— sobre las que las grandes organizaciones internacionales dedicadas al reciclaje de fondos se mueven con la naturalidad propia de quien se sabe libre de toda clase de control.

Por su parte, la incidencia de los poderosos cárteles de la cocaína sobre la economía de los países andinos también ha sido contemplada con buenos

ojos por algunos especialistas. En este sentido, se ha afirmado que el retorno hacia Bolivia, Colombia o Perú de las rentas generadas en el exterior por el narcotráfico incidiría de forma determinante sobre el desarrollo industrial, la reducción del desempleo y, en última instancia, el crecimiento de sus respectivas economías nacionales. Por ejemplo, se dice que la práctica desaparición del desempleo en la ciudad colombiana de Medellín a finales de los años 80 se debió a la riada de dólares procedentes del tráfico de cocaína. Durante esa misma época, la economía colombiana creció un 5 por 100, a diferencia de lo ocurrido en otros muchos Estados latinoamericanos, en los que no se produjo ninguna mejora. También se dice que el 25 por 100 de la población boliviana ocupada depende de un modo u otro de la industria de la cocaína. En resumidas cuentas, la llegada de una auténtica riada de divisas —alentada muchas veces desde las propias instituciones públicas— facilitarían la respuesta del Estado ante la preocupante deuda externa de estos países, a la vez que ayudaría a la adquisición en el exterior de los bienes de equipo precisos para el progreso de las actividades empresariales.

Sin embargo, todo parece indicar que este aparente optimismo a la hora de valorar la cuestión es el resultado de un análisis incompleto, en el que sólo se destacan las ventajas inmediatas que puede reportar el dinero ilícito —cosa que, además, no ocurre siempre—, sin reparar en los graves daños que, a medio y largo plazo, representa la reintroducción incontrolada y clandestina de esa riqueza en el funcionamiento de un sistema económico.

Los perjuicios de índole socio-económica que genera la normalización de capitales no son, en modo alguno, una mera invención de quienes pretenden dar con una buena excusa para penalizarlo, sino una realidad tangible que puede llegar a condicionar de manera determinante el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado. Por lo tanto, las operaciones de blanqueo no pueden ser contempladas tan solo desde un punto de vista meramente ético —recordemos que muchas de ellas son efectuadas por economistas, empresarios o juristas que ponen su experiencia al servicio de quienes realizan conductas antisociales—, como una muestra de una auténtica cultura de la corrupción. Muy al contrario, nos encontramos ante una situación que es preciso regular a través de una adecuada ordenación jurídica que responda con eficacia a los efectos perniciosos, objetivamente perceptibles, que tales conductas provocan sobre la comunidad social.

Por otra parte, nos encontramos ante una lesividad cuya naturaleza no es uniforme, sino que se va transformando e incrementando a medida que avan-

za la legalización de capitales, desde el momento en que se obtienen los rendimientos hasta que los mismos son finalmente reintegrados en los cauces oficiales. Por lo tanto, al igual que —desde la perspectiva fenomenológica— el blanqueo es un proceso, también el contenido material de tales hechos —y con ello ya nos situamos en el plano político-criminal y, de haber norma jurídica aplicable, en la esfera del análisis dogmático— va modificándose a medida que el sujeto o los sujetos que reciclan fondos ultiman su programa.

En efecto, a lo largo de sus primeras fases —colocación u ocultación, conversión o control, si mantenemos la terminología utilizada a lo largo de la primera parte del presente trabajo—, el proceso de blanqueo se verifica a través de la instrumentalización de instituciones jurídicas y procedimientos concebidos inicialmente con el fin de solucionar necesidades de mercado muy distintas a las que mantienen ocupados a los recicladores. De este modo, la reconversión de capitales corrompe el normal uso de tales institutos y, ulteriormente, amenaza con contaminar el sistema en su conjunto.

Así pues, quien trata de reciclar fondos no usa los cajeros automáticos para disponer de dinero en efectivo en cualquier momento del día, sino para trocar moneda evitando el control del empleado; ni emplea títulos valores para documentar el crédito y facilitar su circulación, sino para estancar riqueza; ni suscribe pólizas de seguro para evitar riesgos, sino para esconder dinero; ni juega a la lotería para optar a un premio, sino para administrar títulos al portador; ni tributa conforme a regímenes de estimación objetiva para evitar complicaciones administrativas, sino para permitir el afloramiento de unos ingresos ajenos a la actividad empresarial; ni se ampara en el secreto bancario para salvaguardar su derecho a la intimidad, sino para eludir el control de un dinero de procedencia sospechosa; ni se aprovecha de la libre circulación internacional de capitales para comerciar con el exterior, sino para transferir fondos de unas plazas a otras más permisivas o menos preparadas; ni constituye personas jurídicas para lograr objetivos inalcanzables para sujetos individuales, sino para fingir titularidades.

Con todo, el ordenamiento no puede censurar esas irregularidades en sí mismas. Ciertamente, cada técnica, institución jurídica o procedimiento puesto a disposición de los sujetos que actúan en el mercado responde en su origen a una concreta necesidad que debe ser resuelta. A pesar de ello, la historia nos muestra que el cambio social incide en ocasiones sobre esos procedimientos, técnicas o instituciones, convirtiéndolos a veces en medios idóneos para solucionar nuevas exigencias merecedoras de tutela jurídica.

Como es obvio, una evolución en tal sentido —aún representando una desviación respecto del fin primario— no debe ser reprimida por el Derecho, sino, en todo caso, atendida y canalizada.

Hay ocasiones, empero, en las que esa mutación no integra —valga el símil— una evolución positiva de la especie, sino una degradación de la misma. Este parece ser el caso que ahora nos ocupa, dado que los recicladores de capitales ilegales, lejos de colaborar en el progreso del sistema económico, atentan contra el mismo a través del uso anormal que hacen de los instrumentos al servicio de las relaciones de mercado.

Uno de los efectos que caracterizan a la delincuencia socio-económica consiste en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil que su práctica conlleva. Treinta años más tarde de que esta idea fuera expuesta, la doctrina más reciente viene advirtiendo que la participación en los procesos de blanqueo de las entidades dedicadas a la intermediación financiera y a la intervención de las transacciones económicas constituye un fenómeno que pone en grave riesgo la credibilidad que estas instituciones deberían de inspirar. Y no nos encontramos sólo ante un caso especial de una lesividad un tanto evanescente, difícil de aprehender en la realidad diaria, sino frente a un problema de gran envergadura que puede llegar a afectar de manera muy negativa sobre el correcto desarrollo de la economía en su conjunto.

En efecto, a juicio de los expertos en análisis económico, la fiabilidad y el prestigio por el trabajo bien hecho de quienes intermedian en las operaciones de crédito —lo que en la doctrina anglosajona, y con carácter general, viene denominándose *goodwill*— constituyen elementos esenciales para el correcto desarrollo del mercado de capitales. Conocida la posición fundamental que ocupan estos sujetos en el marco de la vida económica del país —no olvidemos que canalizan los recursos financieros de las economías domésticas hacia el ámbito empresarial, a la vez que intervienen en la mayoría de la ejecución de los pagos—, a nadie cabe ocultar la absoluta necesidad de que la comunidad social pueda confiar en la solvencia y la integridad de los mismos.

De otra parte, los sujetos y las corporaciones que actúan en el marco de la intermediación financiera, así como en el campo más amplio de la intervención de operaciones económicas —notarios, registradores, agentes de cambio y bolsa, sociedades inmobiliarias, etc.—, no sólo administran dinero o valores ajenos, sino que además gestionan un auténtico torrente de información procedente de quienes contactan con ellos en el tráfico ordinario. Tales datos pertenecen en infinidad de ocasiones al ámbito de la vida privada de los clien-

tes, con todo lo que ello comporta en orden a la garantía efectiva del derecho a la intimidad personal que todo ciudadano tiene; pero en otras —y con ello nos aproximamos al campo de la denominada “información privilegiada”— se hallan vinculados a la ejecución de operaciones económicas cuya reserva frente a terceros puede ser determinante respecto del buen fin de las mismas, cuando no es para el propio interés general.

Por todo ello, la eventual conexión —ya sea consciente o inconsciente— entre la gran criminalidad y quienes participan como profesionales en el ámbito de las relaciones económicas lícitas —sobre todo, en el mundo de la oferta, la demanda y la intermediación de dinero: bancos, cajas de ahorro, gestoras de fondos de inversión y de pensiones, entidades emisoras de tarjetas de crédito, aseguradoras, etc.— genera un clima de incertidumbre y de desconfianza entre el público que puede llegar a afectar gravemente a la estabilidad que requiere el mercado de capitales para su adecuado funcionamiento, llegando a someterlo al descrédito internacional, tal como ocurrió hace años con el caso del *Bank of Credit & Commerce Internacional* o como actualmente ocurre —en relación con la trama financiera del entorno del General Pinochet— respecto del *Riggs Bank*. La incorporación del dinero “sucio” contamina el sistema económico de los países en desarrollo, a la vez que constituye un grave riesgo para la comunidad internacional en su conjunto”.

Ahora bien, si tuviéramos que determinar cuál es el efecto más nocivo que causan los procesos de reciclaje sobre el orden socio-económico, habría que referirse a los enormes perjuicios que, ya en la fase de integración, pueden ocasionar sobre el régimen de libre competencia; dañosidad que, bajo la forma de riesgo —al menos, potencial—, ya se venía verificando a lo largo de las fases anteriores.

Como ya se ha señalado más arriba, excluidos del concepto de blanqueo los actos de mero consumo —esto es, la adquisición de bienes o servicios guiada a la satisfacción de necesidades corrientes, ya sean propias o ajenas—, la masa patrimonial ilícita que permanezca ociosa debe ser regularizada a través de su aproximación al ámbito de la empresa legal. Así pues, aquellos productores que actúen dentro del tráfico honesto, siempre sometidos a las exigencias derivadas de la oferta y la demanda, se ven obligados a concurrir con otros agentes que pueden permitirse el lujo de actuar en el mercado al margen de toda clase de racionalidad económica, atentando gravemente con ello contra la autonomía, las actividades y los intereses de las

empresas regulares.

En efecto, los costes financieros vinculados a la generación de riqueza procedente de fuentes ilegales son —debido a la propia naturaleza de estas últimas— muy inferiores a los correspondientes al dinero que se obtiene en el mercado oficial. Desde el prisma de la racionalidad económica, las actividades ilícitas —sobre todo, las desarrolladas en el marco de una organización criminal estructurada en base a criterios de empresa— han de estar dotadas necesariamente de un elevado grado de rentabilidad, superior en todo caso al correspondiente a aquellas otras practicadas dentro de los límites de la legalidad. El sujeto que decide lucrarse a costa de la realización de comportamientos prohibidos por el ordenamiento asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento. Evidentemente, ese mismo sujeto no se prestaría en ningún caso al peligro de ser castigado si contara con algún medio legal a través del cual pudiera lograr una ganancia de semejante entidad.

En consecuencia, el coste de los recursos disponibles por vía ilegal es —al menos, desde la perspectiva estrictamente pecuniaria— muy inferior al de aquellos otros obtenidos de manera lícita. Por ello, la reintroducción de esta riqueza sucia en los cauces regulares de la economía siempre genera distorsiones en el funcionamiento normal de los mercados, anomalías que, en último extremo, pueden conducir a una progresiva supresión de la competencia. La posibilidad de acudir a una financiación bastante menos costosa hace que las empresas legales, sometidas a los costes habituales, sean primero marginadas y luego expulsadas del mercado, ámbito en el cual la empresa financiada con capital ilícito tiende a erigirse en monopolio.

En definitiva, quienes desembarcan en el ámbito legal con una disponibilidad prácticamente ilimitada de fondos están en condiciones de actuar en él con la libertad más absoluta, asumiendo riesgos empresariales que bajo ningún concepto estarían en condiciones de afrontar el resto de los competidores. Sin duda, nos encontramos ante unos agentes económicos a los que los tipos de interés —un elemento tan importante para la economía de una nación— les son indiferentes. Ello no impide, sin embargo, que el precio del dinero o de las divisas pueda verse alterado sustancialmente como consecuencia de la integración del dinero sucio, perjudicando gravemente con ello las expectativas de quienes actúan conforme a las correctas reglas del mercado.

Así las cosas, la inversión de tales rendimientos ilegales proporciona a sus

detentadores la potestad de apropiarse progresivamente del mercado de que se trate, extendiendo su presencia en él como si fuera una mancha de aceite. En tales condiciones, los productores que desarrollan sus actividades de buena fe ven gravemente afectada su posición frente a la clientela, resultando marginados y —en última instancia— expulsados del tráfico legal, área en la que la empresa ilícita tiende a constituirse en monopolio. Como alternativa, tales productores pueden optar por adaptarse a los métodos de competencia ilícita seguidos por las empresas alimentadas con capitales sucios, produciendo los efectos de espiral y de reacción en cadena descritos profusamente por la doctrina alemana. En este sentido cualquier sistema de mercado —dirigido o libre— no puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema.

Para finalizar, no podemos olvidar que quien desplaza dinero sucio hacia el ámbito de la legalidad no aspira —cuando menos, como objetivo prioritario— a obtener con ello el máximo beneficio, sino, fundamentalmente, a lograr el pacífico disfrute de lo que ya percibió antes de forma ilegal. Por eso, valoradas desde la perspectiva global, las pérdidas que puedan derivarse de este género de operaciones de integración no constituyen el resultado adverso de una actividad lícita, sino, más bien, un coste —el precio del blanqueo— que anotar en el saneado balance de la empresa ilícita. Así pues, los recicladores pueden desencadenar operaciones instrumentales de carácter meramente especulativo, aparentemente anárquicas, absurdas e inútiles, pero que quizá lleguen a atentar contra la buena y ordenada marcha de la economía en su conjunto.

No debe de extrañar, pues, que en un buen número de países la penalidad prevista para el blanqueo no sea menor a la que se atribuye, por ejemplo, al narcotráfico. Nos encontramos ante una sustantividad autónoma que debe ser tratada con independencia de los hechos a partir de los cuales se obtenga la riqueza a reciclar. Cuestión distinta es el respeto al principio de proporcionalidad de las penas, desde luego; pero ésta es una cuestión que debe valorarse con la ayuda de la escala de valores consagrada en los respectivos textos constitucionales.

C.) Síntesis

1. Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales

En el marco de un régimen liberal-democrático, el recurso a la criminalización de conductas sólo puede ser defendido si tal iniciativa cumple, al menos, con dos requisitos esenciales: uno, la preexistencia de un interés social cuya importancia justifique su tutela a través de la amenaza penal; otro, la demostrada ineficacia del resto de las instancias de control social —jurídicas y no jurídicas— para proteger ese mismo interés. Desde el momento en que el respeto a la dignidad de la persona constituya la base del orden político y de la paz social comunitaria, la agresión que toda condena penal supone para los intereses básicos del individuo sólo será legítima si tal ofensa se revela como el único modo —*ultima ratio*— de tutelar el bien jurídico de que se trate, debiéndose por ello de acudir a la misma única y exclusivamente en aquellos casos en los que sea estrictamente imprescindible.

Por consiguiente, la decisión político-criminal de penalizar el blanqueo de capitales sólo estará investida de la necesaria legitimidad constitucional si es capaz de cumplir con las premisas ya enunciadas con carácter general. Así pues, el operador jurídico también queda vinculado en este ámbito a ejecutar un doble ejercicio: *en primer lugar*, habrá de analizar el juego de relaciones sociales para establecer si la comisión de estas conductas atenta efectivamente contra un determinado interés digno de tutela jurídica, huir de la ambigüedad delimitando con la mayor claridad posible cuáles son sus contornos y su grado de afección, y, finalmente, valorar cuál es su importancia efectiva con objeto de saber si es lícito acudir a la imposición de penas para su defensa. *En segundo término* —y siempre que se haya superado la primera categoría de cuestiones—, será preciso conocer si el blanqueo puede ser evitado a través del empleo de otros medios de control —básicamente, el Derecho económico-administrativo— que sean menos lesivos que la criminalización.

Acudiendo a estos principios básicos, no han sido pocos los autores que han censurado la —según ellos— injustificada pretensión por tipificar, en tanto que ilícito penal, la reconversión de los rendimientos procedentes de actividades delictivas.

Sin lugar a dudas, la mayoría de los reparos planteados a la penalización proceden de aquellos que, afirmando la accesoriedad de los actos de blan-

queo respecto de los delitos previos económicamente productivos —en especial, del tráfico de drogas—, se cuestionan si es político-criminalmente correcto proteger bienes jurídicos mediante el castigo de nuevas modalidades de auxilio a los autores de tales delitos. A pesar de todo, con este género de posturas críticas, nada raras entre la doctrina extranjera, no nos encontramos con un rechazo frontal y absoluto a la posible relevancia jurídico-penal del reciclaje de fondos, sino ante el resultado de una ponderación de intereses susceptibles de tutela jurídica, a partir de la cual la tipificación del blanqueo resultaría discutible o inoportuna, desde el momento en que podría generar más perjuicios —aumento en el control de las operaciones financieras con la consiguiente disminución de la autonomía de las partes, posible quebranto del derecho a la intimidad personal y a la privacidad de las transacciones económicas, aplicación de sanciones, etc.— que ventajas a una ciudadanía cuya esfera de libertades se ve cada día más acotada.

Hay ocasiones en las que es mucho peor el remedio que la propia enfermedad. Desde este punto de vista, el lavado de activos podría ser reprochado por la vía de la participación delictiva en el hecho previo o, de no haber un *pactum scæleris* previo, como un mero supuesto de encubrimiento o favorecimiento real. En definitiva, la penalización específica de este delito carecería de sentido y no respondería más que a las pautas de Derecho penal meramente simbólico, generado por un legislador más interesado por los gestos que por los contenidos.

En otras ocasiones, los recelos a la propagación en este ámbito del *ius puniendi* estatal han derivado del propio significado de las conductas de lavado de capitales sucios, tras las cuales siempre subyace —como lógico correlato a la potestad de disfrutar sin perturbaciones de las rentas ilícitamente obtenidas— la ineludible necesidad de que el sujeto activo someta al imperio del Derecho unos determinados bienes que hasta entonces permanecían fuera de la legalidad. Éste es el sentido en el que se pronuncia el profesor BAJO FERNÁNDEZ, quien cree que el reflatamiento de rendimientos opacos —ya procedan de actividades lícitas o ilícitas— no sólo constituye una actividad irrelevante desde la perspectiva penal, sino que, *contrario sensu*, debería ser promovida desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, toda vez que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica del país.

Con las tesis expuestas se comparte el deseo de colaborar en la construcción de un Derecho penal cimentado sobre el principio liberal de mínima in-

tervención. Sin embargo, tales pronunciamientos, críticos en mayor o menor medida con la criminalización del blanqueo, adolecen —siempre a nuestro juicio— de un sustrato lo suficientemente sólido, dado que no consideran todos los aspectos que inciden sobre esta realidad tan compleja. Esperamos poder demostrarlo a lo largo de las líneas que siguen a continuación.

2. *¿Bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?*

Ciertamente, cabe afirmar que los procesos de reciclaje atentan, siquiera de manera mediata, contra el objeto jurídico tutelado por la norma o normas de cuya previa infracción se derive la obtención de capitales. Así, podríamos aceptar que el blanqueo de fondos procedentes —por ejemplo— del tráfico de drogas supone un cierto perjuicio, aunque sólo sea indirecto o reflejo, a la salud pública, toda vez que la ocultación del origen ilícito de las rentas que de él derivan beneficia a quienes lo realizan, dificultando su persecución por parte del Estado y, por ello, animándolos a que la conducta delictiva se repita. Como es obvio, tal atentado se manifiesta especialmente en aquellos casos en los que el encubrimiento es producto de un previo *pactum sceleris*, de manera que —siguiendo con el ejemplo— el potencial traficante conoce de antemano las facilidades con las que va a contar, así como las ventajas que de la comisión del delito va a obtener.

Desde luego, el argumento puede potenciarse si nos hallamos ante casos de delincuencia organizada, en los que la legalización de capitales se convierte en elemento integrante del ciclo productivo, propiciando la permanencia de las actividades criminales al conseguir que las vías financieras internas al grupo se mantengan despejadas. Así las cosas, el refuerzo que ofrecería la penalización de este género de conductas a la tutela del bien jurídico vulnerado por el delito previo sería una medida de orden táctico, no estratégico, toda vez que iría dirigida fundamentalmente a neutralizar la operatividad del tráfico ilícito, más que a castigar actos de tráfico en el sentido más estricto del término.

Sin embargo, si valoramos la cuestión desde las exigencias del principio de lesividad, penalizar el blanqueo como medio a través del cual fortalecer la protección de un determinado bien jurídico —ya sea la salud pública o cualquier otro interés digno de tutela por parte del Derecho— no parece que sea una solución lo suficientemente satisfactoria. *Contrario sensu*, nos inclinamos más bien a pensar que nos encontramos ante una enrevesada cons-

trucción teórica —bastante inútil en muchas ocasiones— cuya virtualidad no es otra que la de servir de subterfugio para criminalizar ciertas conductas, posiblemente con el único fin de erigir un simbólico monumento, en forma de prohibición penal, en honor a la lucha contra uno o varios delitos previos determinados. Del mismo modo que se apuntó en España en relación con la supuesta protección que ejerce sobre la salud pública el artículo 546 bis f) del viejo Código Penal, no puede confundirse la finalidad de la ley con el bien jurídico protegido.

De otro lado —y aunque éste no sea un aspecto que afecte propiamente al contenido del injusto, sino a la corrección de la sistemática empleada por el autor de las normas—, conviene advertir que el empleo de un método semejante podría llevarnos a practicar una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental, toda vez que sería necesario promulgar tantas figuras de blanqueo de capitales —dispersas todas ellas a lo largo del respectivo Código Penal— como ocasiones se creyera oportuno reforzar la tutela del bien jurídico vulnerado por la comisión de tal o cual delito económicamente productivo. Así pues, un mismo cuerpo legal podría acoger simultáneamente, por ejemplo, el lavado de fondos procedentes del tráfico de drogas, del secuestro de personas y de las estafas —respectivamente— entre los delitos contra la salud pública, la libertad ambulatoria y el patrimonio.

Si consultamos la bibliografía sobre el tema, constataremos que en ella se puede encontrar testimonio de otros intereses distintos a aquéllos que están tras los actos ilícitos previos a partir de los cuales se obtienen las ganancias y que —siempre según tales fuentes— también respaldarían o consolidarían la opción político-criminal de penalizar los actos de blanqueo. Así, se ha señalado desde ciertos sectores que el reciclaje internacional de capitales ilegales atenta contra la *Hacienda Pública* de aquellos lugares desde los que sale clandestinamente el dinero hacia otras jurisdicciones en las que es lavado, tesis que parece dar sustento a algunos aspectos de la regulación vigente en algunos países del continente americano. De otro lado, se afirma así mismo que, en última instancia, la lesividad del lavado podría dirigirse contra la propia *seguridad del Estado* sobre el que inciden los capitales ilegales, dado que éstos constituyen el sustrato financiero desde el que las redes criminales proyectan su poder frente a las instituciones públicas y a la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, también nos cuesta aceptar que la defensa de los intereses fiscales del Estado o la seguridad del poder público integren una base lo

bastante sólida que autorice la criminalización del reciclaje. En realidad, parece más bien que quienes así tratan de fundamentar la acción del *ius puniendi* —alegando la vulneración de unos bienes que sólo ocasionalmente se ven menoscabados por las conductas de blanqueo y que, cuando así lo hacen, no siempre resulta fácil determinar la intensidad de su afección— no colaboran en la construcción de un Derecho penal que sirva a la comunidad, creado a partir de sus necesidades a través de la protección esos “presupuestos imprescindibles para una existencia en común” de los que habla ROXIN. Por el contrario, se diría que tales razones sólo aspiran a disfrazar el desarrollo de un instrumento represivo, en cuyas manos el concepto de bien jurídico pierde su función limitadora del poder del Estado para pasar a ser una mera ficción que lo justifica todo.

3. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socio-económica

La práctica diaria nos demuestra que las conductas de reciclaje —al menos, tal y como fueron delimitadas desde el punto de vista fenomenológico a lo largo de la primera parte de este trabajo— vulneran ciertas manifestaciones básicas del sistema plasmado en normas constitucionales propias de Estados que optan por regímenes de economía de mercado. De este modo, una eventual política criminal orientada al combate del blanqueo de capitales ilegales que sea respetuosa con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sólo cabe plantearla desde las consideraciones de orden socio-económico a las que antes se hizo referencia.

Sin lugar a dudas, nuestra norma fundamental deja márgenes importantes para que dentro de ella se puedan practicar distintos programas de política económica, en absoluto coincidentes. Respecto de la Constitución española de 1978, baste pensar en el contenido del artículo 33.1 (“se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”) o en el primer inciso del artículo 38 (“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”), verdaderas claves de bóveda de un sistema liberal-capitalista, en relación con el artículo 128.1 (“toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”) o el artículo 131.1 (“el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas...”), más próximos a una economía dirigida por el Estado.

Con todo, la Constitución de 1978 dista mucho de ser neutra en tan im-

portante materia. Por el contrario, se pronuncia en el ya citado artículo 38 a favor de un sistema de economía de libre mercado más decidida e inequívocamente que la inmensa mayoría de las Constituciones occidentales vigentes. Así, y a diferencia de aquellas otras reglas recogidas en nuestra Ley Fundamental en las que se expresa una orientación sensiblemente opuesta, la norma que ahora nos ocupa eleva la libertad de empresa al rango de derecho de los ciudadanos —se encuentra ubicada en el Capítulo segundo, Sección 2.^a, del Título I—, vinculando por ello a todos los poderes públicos a su cumplimiento, de conformidad a lo previsto en el artículo 53.1.

Por otra parte, conviene destacar que el artículo 38 no se conforma con reconocer una determinada posición subjetiva del individuo frente al Estado que permita exigir de éste su abstención ante el libre juego de la oferta y la demanda. A modo de refuerzo de la obligación genérica a la que —según el artículo 9.2— están sujetos los poderes públicos de intervenir con objeto de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, la regla analizada les impone expresa y específicamente —“de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”— el deber de garantizar y proteger de forma positiva el ejercicio de esta prerrogativa frente a los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Complementariamente, si el Constituyente de 1978 optó por tutelar de manera activa el mercado mediante la defensa de la libre iniciativa empresarial —esto es, desde el lado de la oferta—, no es menos cierto que también plasmó su voluntad por salvaguardar la posición de los demandantes de bienes y de servicios. Fruto de ello fue la inclusión del artículo 51 dentro del catálogo de principios rectores de la política social y económica —Capítulo tercero de ese mismo Título I—, precepto en el que los poderes públicos garantizan “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Planteada en tales términos la regulación iusfundamental del mercado —ejemplificada con el caso español, pero perfectamente predicable de tantos y tantos textos constitucionales vigentes en el continente americano—, cobran relieve palabras como las de BASSOLS COMA, para quien la Constitución económica es “la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de *protagonista del desa-*

rrollo de la vida económica”. Y es que, vigente la cláusula social reconocida en el artículo 1.1 de la Constitución española, los poderes públicos deben abandonar su tradicional abstencionismo e intervenir en el juego de relaciones intracomunitarias con el fin último de superar las desigualdades hacia las cuales conduce el liberalismo a ultranza. En el marco de esta economía social de mercado, el Estado no sólo está obligado a *permitir* que el ciudadano se convierta en empresario y ofrezca al público sus productos, o que el consumidor opte por aquello que más le interese de cuanto se le presente; también debe *intervenir* para que pervivan los fundamentos del orden económico constitucional, promoviendo activamente las circunstancias que hagan posible el acceso del productor al mercado en igualdad de condiciones respecto del resto de los competidores, o que el consumidor no se vea desprotegido frente al abuso de los poderosos.

Los procesos de blanqueo inciden muy negativamente sobre el modelo económico plasmado en la Constitución y, en especial —si bien no de forma exclusiva—, sobre la ordenación del mercado que de él deriva. Por ello, todo parece indicar que la reconversión de capitales requiere de una adecuada regulación jurídica, y no sólo porque sea disfuncional al sistema o participe del criterio de la lesividad social. De hecho, nos hallamos ante una realidad capaz de ser incorporada al contenido de las normas de la Carta Magna tantas veces citadas, y que es particularmente disvaliosa respecto de los principios e intereses fundamentales de la convivencia socio-económica en ellas reconocidos.

En efecto, contempladas desde la perspectiva de un Estado abstencionista guiado por la máxima fisiocrática del *laissez passer*, las conductas de blanqueo tal vez pudieran formar parte del tráfico ordinario y ser plenamente conformes a Derecho. Al fin y al cabo, para ese Estado propio del siglo XIX, el progreso de la colectividad se hacía depender del otorgamiento al ciudadano de las cotas más altas de libertad, también en el campo de la oferta y la demanda. Sin embargo, vistos tales actos desde el ángulo de un poder público que tutela activamente el buen orden del mercado y vela por mantener su equilibrio, la reintroducción de capitales en el ámbito de la legalidad, seguida —en su caso— de la integración de esas rentas en actividades empresariales lícitas, representa una manifestación del uso de una libertad individual que, por el contrario, restringe la libertad real de productores y consumidores, negándoles la aptitud de intervenir en condiciones de igualdad efectiva en los procesos económicos de participación social.

Y es que un mercado en el que se lavan y reinvierten capitales sucios se

convierte poco a poco en un núcleo de relación dominado por unos pocos, en el que los operadores económicos pierden la confianza sobre la que se deben basar en todo caso las relaciones comerciales. Así las cosas, el consumidor —aquél cuyos intereses anuncia su amparo la Constitución española mediante su artículo 51— puede ver cómo se reduce poco a poco su capacidad de elegir, bien porque los oferentes de bienes y servicios que precise no le inspiren credibilidad, o bien porque esa oferta se realice por un número cada vez menor de sujetos. Por su parte, el empresario —aquél otro que trata de desarrollar su actividad dentro del marco económico previsto en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo— advierte también cómo su margen de actuación se reduce progresivamente hasta llegar a desaparecer, presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia.

De todo lo dicho se deduce que nos encontramos ante una realidad cuya novedad se manifiesta —tal y como se advierte en relación con el abuso de información privilegiada o *insider trading*— en una doble trayectoria: primeramente colectiva, perturbando las condiciones generales del mercado que permiten el normal desarrollo de la iniciativa privada, a la vez que la satisfacción de los intereses de consumidores y usuarios; en segundo término, individual, poniendo en peligro —si no lesionando— las legítimas expectativas de los particulares que aspiran a participar, cada cual desde su propia posición, en ese mismo juego de relaciones económicas. Así pues, se impone recordar una vez más el deber que impone la Constitución española de 1978 al modelo de Estado que en ella se predica a fin de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social, siempre a través de la producción de unas leyes capaces de asegurar —tal y como señala el preámbulo de la Norma Fundamental— “un orden económico y social justo”.

Por todo ello, la eventual penalización del blanqueo no es, en modo alguno, el resultado de una brusca irrupción de la moral en la economía. Más bien se debe a una exigencia de racionalización de las conductas económicas que encuentra su origen en el propio sistema económico, en la economía de mercado madura que se abre paso en la Europa del mercado único, en la intervención estatal y comunitaria, y en la garantía de determinados umbrales de competencia leal.

4. Penalización del blanqueo y principio de ultima ratio. La eficacia de otros medios de control sobre este ámbito

Ya en 1990, Giovanni Maria FLICK señalaba que “un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal”. Por lo tanto, ahora que cada día son más los legisladores internos que optan por incorporar a sus respectivos Códigos penales el reciclado de capitales ilegales, debe analizarse si nos encontramos, en realidad, ante un ejemplo de ejercicio legítimo de la potestad punitiva propia de un Estado personalista o si, por el contrario, asistimos a un derroche innecesario de poder ante unos hechos que, aunque parezca probada su lesividad, podrían ser dominados mediante otros medios de control social menos nocivos para los intereses del individuo.

Conocidas las técnicas a través de las cuales se reciclan capitales ilegales, lo primero que cabe plantearse en orden a su posible neutralización es la eficacia de la *deontología* de quienes participan consciente o inconscientemente en la ejecución de estas operaciones. Indudablemente, la autorregulación aparenta ser la solución perfecta para este problema, determinando a través de códigos éticos de conducta —y, por consiguiente, sin tener que recurrir a la intervención del Estado— cuáles deben de ser las pautas de actuación que han de practicar los profesionales al abordar aquellas transacciones sospechosas de estar vinculadas a la obtención de capitales ilegales.

Ciertamente, no faltan quienes creen que ésta sería la forma más correcta solucionar este conflicto, postura que es acogida con especial satisfacción desde aquellos sectores más relacionados con los aspectos prácticos del problema. Hace poco más de una década, el Director del Departamento Jurídico y Fiscal de la *Asociation belge des banques*, Jean PARDON, afirmaba con rotunda convicción que “no tenemos que recibir lecciones de nadie, ni es preciso que un Ministro de Hacienda nos anuncie que va a promulgar una ley que obligue a los banqueros a conocer la identidad de sus clientes”.

En este sentido, conviene tener presente que fueron los propios representantes de la banca quienes promovieron en 1988 la firma de la Declaración de Principios de Basilea suscrita por la Banca de Pagos Internacionales —por su parte, inspirada en la *Convention de diligence* suiza de 1977—, texto internacional a cuyo contenido han venido adhiriéndose, a su vez, las diversas organizaciones nacionales en torno a las cuales se reúnen las entidades financieras que operan diariamente con el público.

En España, a semejanza de lo realizado en otras naciones que nos son próximas, la Asociación Española de Banca Privada (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) expresaron en el año 1990 su fidelidad a la Declaración de Basilea a través de un documento suscrito por ambas entidades en el que se adoptaron ciertas normas de naturaleza deontológica a través de las cuales se trató de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la Declaración de Basilea de 1988. En desarrollo de tales normas, los órganos rectores de las diversas entidades financieras españolas se han preocupado a lo largo de los últimos tiempos por informar al personal a su servicio mediante la difusión de instrucciones y circulares internas, pautas todas ellas en las que no sólo se apela al riguroso cumplimiento de la legislación vigente sobre la materia, sino, especialmente, al “olfato” de sus profesionales.

Sin embargo, quien aspire a solucionar toda esta fenomenología tan solo mediante la aplicación de códigos éticos demuestra una considerable dosis de ingenuidad, si no de insensatez. Y no lo decimos sólo porque tales normas carezcan del suficiente grado de efectividad, sino porque ni siquiera la máxima astucia, perspicacia u honestidad profesional puede que basten para hacer emerger las operaciones más lesivas de lavado de capitales. Creemos que éste es un lujo que el mercado no se puede permitir.

Conocidas las carencias del análisis deontológico, cabe preguntarse si el *Derecho privado* —en especial, las reglas que rigen la teoría general de los negocios jurídicos— puede sernos de alguna utilidad en este ámbito.

Junto con el consentimiento y el objeto, la causa constituye un elemento esencial sin el cual los contratos carecen de validez; son nulos *ab radice*, de pleno Derecho. Siendo ilícita la causa de los negocios jurídicos realizados con el fin de blanquear una masa patrimonial, deberá aplicarse a ellos la ficción jurídica de la inexistencia a los ojos del Derecho y, con ello, su total carencia de efectos.

Que los negocios jurídicos realizados para lavar fondos ilícitos sean nulos tiene su importancia, pero no aporta ningún elemento de carácter disuasorio sobre las partes. Los contratantes pueden intentar su celebración y, de no prosperar —por recaer la sanción civil de su inexistencia—, volver a hacerlo hasta tener éxito.

Por otra parte, el causalismo como requisito de validez de los negocios jurídicos se encuentra en franco retroceso en nuestro entorno jurídico. De la mano de las nuevas tendencias europeas, asistimos a un progresivo proceso

de objetivación en este ámbito cuyo final puede llevarnos a prescindir de este elemento, hasta ahora esencial.

Sin duda, surge la necesidad de objetivizar al máximo el control de tales conductas y de formalizarlo mediante la intervención en este ámbito del *Derecho administrativo*. A través de esta técnica se logran dos fines, sin duda necesarios: el primero, renunciar a fundar la lucha contra el blanqueo de capitales sobre las cualidades éticas y las capacidades personales de todos y cada uno de los profesionales implicados, aspectos de indiscutible relevancia y con los que siempre debemos contar, pero que se nos antojan insuficientes en orden a alcanzar los objetivos deseados; el segundo, determinar con claridad cuál es el papel que deben asumir tales profesionales en el marco de la lucha contra la criminalidad, enumerando con el mayor grado de concreción posible —por supuesto, teniendo presente cuáles son las áreas y actividades más necesitadas de vigilancia en cada caso— el catálogo de hipótesis ante las que les es exigible una determinada actuación, así como las sanciones disciplinarias a aplicarles cuando incumplan tales obligaciones jurídicas.

La utilidad del Derecho administrativo ha sido valorada por los poderes públicos desde el mismo momento en que el blanqueo se convirtió para ellos en objeto de preocupación. De hecho, las primeras normas empleadas en todos los países para controlar la circulación de capitales ilegales han sido, justamente, aquéllas dirigidas en primera instancia a regular otros aspectos de la vida económica, tales como el fraude fiscal, el régimen del control de cambios o el mercado de divisas.

Con todo, conviene destacar que la significación originaria de esta rama del ordenamiento en este ámbito derivaba, según creemos entender, de la propia consideración que entre los operadores jurídicos merecían entonces las propias conductas de blanqueo. Tal y como ocurre respecto de la evolución de las iniciativas adoptadas en el contexto internacional, los procesos de reciclaje de capitales no fueron valorados en un primer momento como susceptibles en sí mismos de represión, sino como una realidad cuyo control convenía a los efectos de facilitar la pesquisa de los delitos a partir de los cuales se obtuvieran los capitales ilegales. Desde esta perspectiva, la imposición de reglas de conducta a ciertos colectivos de profesionales no se concebía como una forma de neutralizar las propias operaciones de regularización, sino como un método para obligar a tales profesionales a colaborar con las autoridades en la investigación de las conductas criminales previas —tráfico de drogas, extorsión,

secuestro etc.— a partir de las cuales se hubieran obtenido los capitales a reciclar.

Sin embargo, el papel desempeñado en este campo por el Derecho administrativo ha variado considerablemente a lo largo de los últimos tiempos. Planteada la ilicitud *per se* del blanqueo de capitales —ya sea como una forma de participación o de encubrimiento de un ilícito previo, ya sea como figura materialmente autónoma—, la obligación de cumplir con una serie de medidas a la hora de ejecutar determinadas operaciones económicas no constituye ya un intento por facilitar la averiguación de unos hechos ilícitos antes cometidos. Lo que ahora se pretende con ello es adelantar la barrera de protección del bien jurídico tutelado por la norma penal, anticipando la intervención de los poderes públicos ante determinadas situaciones de peligro abstracto mediante el control —*via* potestad sancionadora de la Administración— de aquellos actos que, aun no siendo necesariamente constitutivos de lavado, la experiencia nos demuestre que sean idóneos para la regularización de capitales ilegales. En consecuencia, no se sanciona el hecho de blanquear, sino la realización de conductas que, generalmente implican un riesgo de blanqueo, con independencia de que se efectúen o no con el fin de legitimar fondos, o de que, realmente, produzcan tal peligro. Y si quien realiza tal conducta lo hace con objeto de blanquear, y esa intención es probada —qué decir de aquellos países en los que también se tipifica el delito de blanqueo imprudente, como es el caso de España—, deberá decaer la responsabilidad administrativa por efecto del principio *ne bis in idem*, trasladándose el tanto de culpa a los Tribunales penales.

Tras el empleo de esta técnica late el deseo del legislador por lograr un efecto realmente beneficioso, como es luchar contra el blanqueo mediante su prevención. Así, se trata de evitar el menoscabo efectivo de los intereses sociales en juego —aquéllos mismos que justifican la intervención del Derecho penal en este ámbito—, limitando la imposición de sanciones de índole criminal única y exclusivamente —auténtica *ultima ratio*— a aquellos sujetos que, después de superar esa hipotética barrera de protección anticipada, hacen que ese peligro abstracto al que antes nos referíamos se concrete o se actualice mediante la ejecución de actos de reciclado de fondos ilegales.

El Derecho administrativo sancionador como medio destinado a prevenir los actos de reciclaje fue adoptado por el ordenamiento español tras la aprobación de la Directiva comunitaria 91/308/CEE, modificada luego por la

Directiva 2001/97/CE, sustituidas finalmente ambas por la última Directiva 2005/60/CE. En efecto, la entrada en vigor de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* —reformada por última vez por obra de la Ley 19/2003, de 4 de julio, y desarrollada por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, reformado finalmente mediante Real Decreto 54/2005, de 21 de enero— trata de dotar al Ordenamiento español de un sistema normativo que responda satisfactoriamente a los requerimientos derivados de la citada disposición comunitaria, estableciendo una suerte de anillo externo de protección cuya ruptura determinarí, finalmente, y en su caso, la intervención penal en orden a la protección de los intereses socio-económicos en juego.

Ahora bien, como toda medicina —y no cabe duda que el Derecho debe serlo para la sociedad—, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios. Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo. Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos —tendente, en última instancia, a lograr el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela— coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes. Así pues, si importante es la prevención del blanqueo, también lo es que, en función de un desmedido interés por lograrla, no desemboquemos en un asfixiante sistema de vigilancia que arruine la operatividad del cuadro de instrumentos jurídicos y tecnológicos, desarrollados a lo largo de la Historia y puestos al servicio de la agilización de los intercambios.

Así mismo, conviene señalar que la desordenada creación de una tupida red de control sobre las actividades económicas puede comprometer seriamente los intereses individuales de los agentes que, profesionalmente —sobre todo, aquéllos que actúan en el ámbito de la intermediación financiera—, participan en la ejecución de tales operaciones. De hecho, el incremento de la vigilancia puede llevar al público a dirigir sus miras hacia aquellas empresas situadas en otros países o territorios en los que el grado de fiscalización sea menos intenso. Ante tales circunstancias, los agentes nacionales —sometidos a la burocracia que supone la aplicación de tales controles, a la vez que a los costes que de ella derivan— se ven paulatinamente relegados

en beneficio de sus homólogos de otras jurisdicciones más permisivas. Se demuestra así que la necesidad de homogeneizar la normativa sobre regularización de capitales no sólo se extiende al círculo de lo criminal, sino también al preventivo, dirección sobre la que parecen discurrir iniciativas tales como la citada sucesión de Directivas europeas, o las también citadas Recomendaciones dictadas por el GAFI en 1990, reformadas por última vez en 2003.

Complementariamente, la preexistencia de una lista cerrada de conductas exigibles fija, a modo de un *cliché* fotográfico, el ámbito de lo no prohibido y, con ello, el margen más o menos amplio en cuyo seno los blanqueadores pueden actuar con plena libertad. En este sentido, a medida que ese catálogo de tipologías administrativas se perfile con mayor nitidez y profusión, mayor será el grado de certeza con el que se dibujen los límites de lo permitido, y mayor será también la posibilidad de que los sujetos obligados — sometidos al automatismo de cumplir con ese nutrido haz de reglas— relajen su atención y se sientan cada vez menos implicados en la lucha contra el blanqueo de dinero procedente de actividades ilegales.

Por otra parte, tampoco se debe descartar la posibilidad de que el acopio masivo de información genere frutos contrarios a los pretendidos. Así, se ha destacado la posibilidad de que el aumento incontrolado del material susceptible de ser inspeccionado puede llegar a dificultar —si no a bloquear— la misión de las instancias de control, haciendo que éstas apenas puedan seleccionar los datos que en realidad les interesen, esto es, aquellos que verdaderamente se encuentren relacionados con el lavado de dinero sucio. De hecho, la experiencia de algunos países demuestra que los profesionales que deseen bloquear el funcionamiento de la correspondiente UIF —o la UIF que esté enfrentada a las autoridades judiciales— pueden llegar a yugular el funcionamiento del sistema si el emisor de información opta por incrementar sin criterio los datos que pone a disposición del destinatario.

En otro orden de cosas —y con ello trasladamos nuestra atención sobre el campo de las consecuencias jurídicas—, la eficacia del Derecho administrativo también se ve condicionada como consecuencia de las inevitables limitaciones a las que queda sometida la potestad sancionadora del ejecutivo en el seno de un Estado de Derecho que sea verdaderamente democrático; restricciones que, en el ordenamiento español, se establecen básicamente en el artículo 25.3 de la vigente Constitución, norma en la que se proscriben a la Administración civil la facultad de “imponer sanciones que, directa o subsi-

diariamente, impliquen privación de libertad”.

En efecto, si centramos la mirada una vez más sobre el Derecho español, se puede comprobar que el sistema de castigos previsto en la Ley 19/1993 — con sus actualizaciones— gira fundamentalmente en torno a la multa como medida jurídico-administrativa. Sin embargo, a nadie se le oculta que la imposición de sanciones pecuniarias —ya sean penales o disciplinarias— en el ámbito de la criminalidad económica carece del necesario grado de efectividad, toda vez que el sujeto implicado considera la eventualidad de su pago como un riesgo más de la empresa y, de actualizarse, como un coste plenamente asumible que, en todo caso, podrá repercutir a través de un aumento en los precios. Como es obvio, el argumento no sólo es perfectamente predicable en el caso del blanqueo, sino que, debido a la propia estructura del mismo, alcanza en él mayor intensidad.

A tenor de todo lo expuesto parece deducirse que la “terapia avanzada” puede generar efectos incuestionablemente favorables en el marco de la lucha contra el blanqueo, pero no debe ser aplicada de forma indiscriminada, sino sólo hasta aquella dosis a partir de la cual su aplicación resulte contraproducente para el mercado e, incluso, para la propia investigación de los hechos. Por lo tanto, será necesario determinar dónde se encuentra el correcto punto de equilibrio entre libertad y control, desde el firme convencimiento de que jamás será posible conseguir una solución plenamente satisfactoria para el reciclaje con la sola ayuda de la disciplina preventivo-administrativa.

Llegados a este punto, parece obligado recordar las palabras del Profesor BAJO FERNÁNDEZ, quien, haciéndose eco de la mejor doctrina alemana, afirma con razón que la subsidiariedad del Derecho penal frente al resto de medidas de lucha en el ámbito socio-económico encuentra sus límites, de un lado, en los fracasos de las medidas preventivas extrapenales y, del otro, en que las medidas penales dañan menos la libertad del sistema económico que otras actividades de prevención. Sin duda, cualquiera podría pensar que estas consideraciones de carácter general se formularon en atención al problema que constituye el objeto del presente trabajo.

5. *A modo de conclusión*

A lo largo de las páginas que preceden, nos hemos esforzado por probar que la intervención penal sobre el blanqueo de capitales sucios no constituye una mera obligación formal a la que estamos vinculados por mor de una serie de compromisos internacionales, ni el capricho de un torpe legislador

que aspira a renovar su panoplia punitiva con la última moda que desfila por las pasarelas del Derecho comparado. Muy al contrario, nos hallamos ante una realidad frente a la cual la aplicación de los criterios político-criminales propios de un Estado social y democrático de Derecho nos demuestra que se dan los presupuestos *necesarios* y *suficientes* para su incriminación.

Es *necesario* que se manifieste un interés digno de protección que sea lo bastante importante como para que se despliegue el *ius puniendi*, y ese interés existe. Con toda probabilidad, las conductas de reciclaje inciden negativamente —si bien en diferente medida— sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista, parece correcto secundar la opinión de quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva. No obstante, a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que —político-criminalmente— justifica la intervención del Derecho penal, y —dogmáticamente— fija la correcta ubicación sistemática del tipo y sirve de pauta para su adecuada interpretación, entendemos que es absolutamente necesario acudir al ámbito socio-económico consagrado en la Constitución. En este sentido, estimamos que la criminalización del reciclaje representa un claro exponente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competencia.

Por otro lado, comprobado que aquellos otros medios de control social que pueden aspirar a colaborar en la lucha contra el blanqueo no bastan por sí solos para hacer frente al problema, todo parece indicar que la lesividad social de tales conductas se convierte, así mismo, en causa *suficiente* para acudir sin temor al Derecho penal. *Ultima ratio*, sin duda, pero *ratio* al fin y al cabo.

Ciertamente, proclamar que el sistema penal sea el único o el principal instrumento de control de la circulación de capitales es un error. Como señala COLOMBO, tal convicción generaría una sobrecarga del aparato represivo que, en cierto modo, lo estrangularía al atribuirle competencias que no le pertenecen. Pero, incluso ahora que se propugna la progresiva reducción de este sector del ordenamiento jurídico, también dudamos que la criminalización sea aquí un anacronismo. Como señala este mismo autor refiriéndose al propio reciclaje, “el sistema penal requiere un íntegro reequilibrio de acuerdo al cual, junto con la introducción de nuevos tipos para los delitos más graves,

también prevea deshacerse de aquellas infracciones que deban ser despenalizadas [...]. Si con ello lográramos la completa agilización de la intervención penal, el recurso a esta sanción se concentraría más provechosamente sobre las desviaciones de mayor importancia”.

Obviamente, así contribuiremos a acercar el Derecho a la comunidad y a sus problemas, haciendo recaer la sombra de la antijuricidad penal sobre unos actos que merecen una valoración profundamente negativa por parte de la generalidad del cuerpo social. Por ello, la opción penalizadora también servirá para situar a ciertos “héroes del papel salmón” —respetados, si no admirados por ciertos sectores que reconocen en ellos la más clara encarnación del éxito profesional— en el lugar que verdaderamente les corresponde. Así pues, contemplada la cuestión desde el punto de vista de la prevención general, en la medida en que estos sujetos se esfuercen por aparentar una posición respetable, harán lo posible por no tener que soportar el infamante estigma de resultar sospechosos de blanqueo.

3. Blanqueo y Relaciones entre los Estados. El Lavado de Activos en el marco global

Contemplado desde el punto de vista del interés estrictamente individual e inmediato, robar constituye algo realmente ventajoso. Sin embargo, como ya dijera BECCARIA en su célebre *De los delitos y de las penas*, apelando a la teoría iluminista del pacto social, “las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”. Por ello se considera desde hace muchos siglos que la conducta del ladrón viola una regla esencial de convivencia, aceptándose así mismo que es bueno privarse del lujo de robar para que cada cual disfrute pacíficamente de su legítima propiedad. Según esta misma línea de razonamiento, deberá reconocerse que participamos de un nuevo “estado de naturaleza”, asumiendo la necesidad de establecer un nuevo “pacto social planetario” conforme al cual —entre otras cosas— los Estados no deben permitir la obtención de ventajas a corto plazo, ignorando que, en el marco de un mercado global, sus intereses deben conciliarse con los de el resto de los agentes económicos.

En este contexto, resulta absolutamente necesario contar con unas reglas comunes del juego (*levelling of the playing field*) que, en beneficio de todos

cuantos deseen participar, permitan a las empresas el acceso igualitario a los mercados, con independencia de cuál sea su procedencia geográfica.

Frente a la eficacia y a la productividad inmediata, todo proyecto económico serio debe optar por la rentabilidad a largo plazo, estable y sostenida. En última instancia, se trata de elegir entre depredación económica y crecimiento de las naciones, siendo consciente de que tender la mano al dinero de ilícita procedencia supone tanto como colaborar en la marcha de una espiral de corrupción en perjuicio de las reglas de la libre competencia a escala mundial. No se trata, pues, de un problema de ética, sino de estrategia solidaria para el progreso global. Con independencia de los juicios morales que cada cual estime oportunos, cuando los poderes públicos de un Estado permiten —si no alientan— el lavado de activos, están siendo partícipes de un proceso cargado de lesividad potencial. Por lo tanto, no se trata de un problema ético, sino de pura estrategia para la mejor coexistencia en la nueva sociedad.

III. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO

1. Concepto de blanqueo

A.) Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos (elementos para una toma de postura)

1. Introducción

Tras un periodo inicial a lo largo del cual la doctrina apenas parecía interesarse por la materia, la literatura existente en la actualidad sobre el reciclaje de fondos ilegales ha experimentado un desarrollo exponencial. Con todo, de esa abundancia no deriva una auténtica unidad de criterio. La diversidad de definiciones que ofrecen los distintos autores bastarían para demostrar que, tras una colección de términos que suelen emplearse como sinónimos —blanqueo, lavado, reciclaje, normalización, reconversión, legalización, etc.—, se esconde una realidad que es entendida de modos muy diversos. Parece evidente que la idea de vincular tales operaciones con el afloramiento de la riqueza oculta a los circuitos económicos reglados es común a todas ellas, pero la amplitud con la que es tratado el fenómeno difiere sustancialmente entre las distintas propuestas.

Ante esa sensible diversidad conceptual, parece necesario adoptar desde el principio una postura al respecto, pues resulta imposible abordar un estudio mínimamente coherente de cualquier cuestión sin aclarar desde un principio cuál es el objeto sobre el que versa.

Así pues, a continuación se tratará de identificar los diversos elementos que integran la noción de blanqueo que, a nuestro juicio, se corresponde con la realidad que nos interesa. Y es que sólo conociendo sus rasgos distintivos estaremos en condiciones de poder opinar con un mínimo rigor, más adelante, en torno al tratamiento jurídico que merece este fenómeno.

2. *El blanqueo es un proceso*

Según se ha venido afirmando desde la doctrina italiana, el *riciclaggio* no es más que un ejercicio de separación a partir del cual se procura el alejamiento de unos determinados bienes respecto de su origen ilícito. De este modo, conforme esa riqueza sea progresivamente distanciada de su efectiva procedencia —o lo que es lo mismo, a medida que se oculten todas aquellas trazas que permitirían descubrir su auténtica naturaleza e impedirían la reintroducción de tales bienes en el mercado lícito—, mejor será el resultado de la regularización y mayor la consistencia de esa apariencia de legalidad.

Así las cosas, no debería de extrañar el empleo que, en sentido figurado, se hace habitualmente de los vocablos “blanqueo” o “lavado” tanto en los medios de comunicación de masas como incluso entre los círculos jurídicos y económicos. Y es que, del mismo modo que hay ciertas manchas rebeldes que se resisten a la química de los mejores detergentes, los rendimientos procedentes de actividades criminales se encuentran marcados por la ilicitud de su origen. Por consiguiente, y como si de una prenda se tratase, en tales casos será preciso *lavar* una y otra vez ese capital *sucio* hasta obtener los resultados deseados, es decir, hasta que la riqueza haya sido alejada lo suficiente de su procedencia ilegal como para que las diferentes instancias de control no puedan identificar su verdadera naturaleza.

A pesar de todo, no faltan autores —como BAJO FERNÁNDEZ o RUIZ VADILLO— que han desaconsejado el uso de tales expresiones en el campo del Derecho, aduciendo la inconveniencia de introducir en el léxico propio de este ámbito ciertos términos que estiman pertenecientes a la jerga de la criminalidad económica, afirmando que la expresión “blanqueo de dinero” es más propia de la jerga periodística —si no del hampa— que de un Código penal.

En suma, con independencia de que la reconversión de capitales se verifique mediante la puesta en práctica de una sucesión de operaciones puntuales —cambio de divisas, transferencias bancarias, adquisición de títulos o de inmuebles, constitución de sociedades, etc.—, no parece que la última meta perseguida —la plena *limpieza* de esa riqueza— se obtenga de una forma instantánea o inmediata, sino en virtud de un progresivo “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos”, tal y como se pronunciaba en 1984 la Comisión Presidencial sobre Crimen Organizado estadounidense. Indudablemente, cada una de esas operaciones tenderá a facilitar la regularización perseguida, pero será preciso efectuar una serie de ellas hasta conseguir el nivel de *blancura* deseado: el suficiente grado de ocultamiento del origen de tales ingresos para poderlos reintegrar en los cauces económicos regulares sin levantar sospechas o, al menos, sin que el origen ilícito de los mismos pueda ser demostrado.

Partiendo de ese concepto dinámico de blanqueo de capitales, diversas fuentes han tratado de analizar el fenómeno mediante el establecimiento de una serie de fases o estadios a lo largo de los cuales tendría lugar la aparente normalización de esos rendimientos ilícitos.

En tal sentido, el GAFI acometió desde los comienzos de su andadura el estudio de la cuestión en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Según las estimaciones del citado organismo internacional, la primera de ellas —fase de *colocación*— estaría destinada a hacer desaparecer la enorme cantidad de dinero en metálico derivado de actividades ilegales mediante el depósito del mismo en manos de intermediarios financieros, la adquisición de títulos al portador, etc. Una vez reducido ese ingente numerario, el patrimonio resultante quedaría sometido en segunda instancia a un buen número de transacciones —fase de *conversión*— dirigidas a asegurar en lo posible el distanciamiento de esos bienes respecto de su origen ilícito. Finalmente, el blanqueo concluiría con la fase de *integración*, en la que la riqueza obtendría la definitiva máscara de licitud mediante la oportuna introducción en los cauces económicos regulares.

Por su parte, el legislador italiano también ha adaptado las citadas consideraciones de orden criminológico al Derecho positivo. De este modo, el *Codice penale* —que ya regulaba con no demasiada fortuna determinados supuestos de blanqueo a través de un único precepto que fue promulgado en

1978— recoge desde el año 1993 una nueva normativa sobre reconversión de fondos procedentes de determinadas actividades delictivas en la que se diferencia entre los supuestos de “*riciclaggio*” en sentido estricto y los otros de “*impiego di denaro, beni o utilità, di provenienza illecita*”. De este modo, mientras el vigente artículo 648 *bis* del citado cuerpo legal, aprobado en el año 1993, castiga a quien “sustituya o transfiera dinero, bienes o cualesquiera otras utilidades económicas procedentes de un delito no culposo, o efectúe en relación con los mismos cualesquiera otras operaciones, de modo que a través de ellas se obstaculice la identificación de su procedencia delictiva”, el artículo 648 *ter*, coetáneo al anteriormente citado, pune a quien “sitúe en actividades económicas o financieras dinero, bienes o cualesquiera otras utilidades económicas” cuya procedencia sea delictiva.

Indudablemente, la segmentación del proceso de normalización de capitales de procedencia ilícita constituye un importante factor de carácter metodológico que facilita de manera considerable el estudio del fenómeno y ayuda a hacer más comprensible su exposición. Con independencia de cuál sea la sistemática adoptada, se asegura que cada una de las fases a través de las cuales discurre el proceso de lavado goza de una plena autonomía conceptual.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que la validez de esta especie de compartimentación debe de contemplarse dentro de sus justos límites. En efecto, las distintas etapas se solapan en muchas ocasiones e incluso coinciden, posibilidad que se dispara en el caso de las formas más características de la criminalidad económica, ámbito en el que los instrumentos que son utilizados para obtener un enriquecimiento ilícito también pueden ser empleados como medios con los que facilitar la circulación de ese patrimonio, distanciarlo de su origen delictivo o procurar su reintroducción en el mercado legal.

Por ejemplo, cuando un empleado de banca desvía mediante un artificio contable una ingente cantidad de dinero procedente de un número indeterminado de clientes hacia una cuenta abierta a su nombre, coinciden en el mismo momento la percepción del beneficio ilícito —la sustracción de cantidades a cada uno de esos clientes—, la circulación y el distanciamiento del mismo respecto de su origen delictivo —la transferencia de los citados fondos a su favor— e incluso la reentrada de esa riqueza en los cauces económicos reglados, en el caso de que, con cargo a esa cuenta, hiciera frente al pago de cualquier débito. Evidentemente, estas coincidencias no son exclu-

sivas de los delitos económicos *stricto sensu*. Por ejemplo, cuando una banda de narcotraficantes consigue cambiar una importante cantidad de dinero en moneda nacional procedente de la venta callejera de droga por dólares, euros o libras esterlinas en billetes de elevada cuantía, consigue a la vez deshacerse de un volumen de moneda que hubiera sido fácil de detectar, iniciar la circulación de esa misma riqueza mediante la adquisición de divisas fáciles de negociar en cualquier país del mundo y sentar las bases para su inmediata inversión como si fueran rendimientos lícitamente obtenidos.

En último término, y con carácter general, podemos llegar a afirmar que es la propia entidad del reciclaje la que relativiza la citada división. Por una parte, si bien es cierto que el regreso de esos capitales en los cauces económicos oficiales podría decirse que constituye el último peldaño de una hipotética escalera cuya completa ascensión permitiría desvincularlos por completo de su origen y hacerlos abandonar definitivamente la sombra de la ilegalidad, no parece que tal hecho autorice a encontrar en esa reintroducción una naturaleza distinta a la de cualquiera de las fases anteriores. Por otra —y quizá esto sea lo más importante—, no debemos olvidar que el blanqueo *es un proceso* y no el *resultado* de un proceso, dado que difícilmente puede hablarse con propiedad de una meta —la total y absoluta desaparición de las trazas en ese capital que pudieran revelar su origen ilícito— cuando la razón nos lleva a pensar que esa meta es, de hecho, tan perfectible como teóricamente inalcanzable. Y es que sabemos cuál es el punto de partida de esa hipotética ascensión —la comisión de un hecho ilícito económicamente productivo—, pero no es posible determinar dónde se encuentra su fin, dado que siempre será posible avanzar un nuevo paso —es decir, realizar una nueva operación de blanqueo— que favorezca un poco más el distanciamiento de los bienes respecto de su remota procedencia.

La observación pudiera parecer carente de importancia, pero creemos que debería ser tenida en cuenta a la hora de deducir criterios político-criminales con los que construir normas tendentes a hacer frente al fenómeno del lavado de capitales ilícitos. A modo de ejemplo, quizás convenga recordar el juicio negativo que han merecido por parte de la doctrina las reglas contenidas en los ya citados artículos 648 *bis* y 648 *ter* del Código Penal italiano, de las que se ha llegado a decir que no se encuentra ninguna coherencia sistemática entre ellas, y su coordinación es tan confusa que el intérprete habrá de esforzarse mucho para saber en cada caso cuál ha de ser la norma aplicable.

Con todo, ello no impide que el criterio de la sucesión de fases sea muy

útil en orden a la adecuada exposición fenomenológica del problema, revelando con claridad el progresivo avance que el blanqueo implica respecto del distanciamiento de unos bienes en relación con su origen ilícito. Por ello, se empleará este criterio en el próximo Capítulo para describir los procedimientos más usuales de lavado.

3. Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucia”

Hablar del blanqueo o del lavado de capitales supone referirse implícitamente a la previa *negritud* o *suciedad* de los mismos. Normalmente vinculados al dinero, los calificativos “negro” y “sucio” son empleados en la jerga económica y financiera para expresar el carácter irregular de unos determinados bienes. Resulta frecuente ver cómo ambos vocablos son utilizados como si fueran sinónimos. Sin embargo, conviene establecer desde un principio ciertas precisiones que nos permitan delimitar el contenido de unos términos a los que vamos a atribuir diferente significado a lo largo de la exposición.

A los efectos de nuestro discurso, riqueza *negra* es aquella cuyo titular mantiene al margen de las instancias estatales de control fiscal, quedando con ello liberado del sometimiento al deber de contribución a los gastos públicos impuesto por el sistema tributario.

Frecuentemente vinculado a una auténtica cultura de la evasión fiscal, en la que resulta habitual ver cómo se presume ante los amigos de haber burlado más y mejor los controles establecidos por la Hacienda correspondiente, el dinero negro constituye la savia con la que se alimenta la economía sumergida de un país. Actuando de espaldas a la legalidad, las empresas que operan en este oscuro ámbito parecen desconocer la existencia del Registro Mercantil o de la propia Seguridad Social, producen bienes y servicios al margen de todo control por parte de la Administración —no sólo impositivo, sino también sanitario, de calidad, etc.— e incluso rebajan el precio final de sus bienes o servicios a costa del valor añadido, haciendo de un documento tan obvio como es la factura en una especie de accesorio de lujo que el consumidor tiene que abonar al margen del propio producto.

Nadie duda que la existencia de un importante sector de economía sumergida ayuda a sobrellevar la adversa situación de muchas de aquellas familias que sufren en primera persona las consecuencias del desempleo. Sin embargo, a medio y largo plazo los inconvenientes superan con creces a las ventajas. Con independencia del considerable perjuicio inmediato que la

empresa clandestina genera al Tesoro Público, el hecho de que la economía *real* de una determinada sociedad difiera sensiblemente de su economía *oficial* impide la puesta en práctica de una política económica coherente y eficaz por parte del Estado, toda vez que esa divergencia de datos genera un permanente sentimiento de duda respecto de las estadísticas oficiales en base a las cuales tal política ha de llevarse a cabo. Por otra parte, la irrupción en el mercado de este género de empresas suele venir acompañada de un buen número de transgresiones a ciertos logros irrenunciables alcanzados por el llamado “Estado del bienestar”, tales como los relativos a la Seguridad Social, la protección de la salud e integridad personal de los trabajadores, la salvaguarda del medio ambiente, etc.

Con todo, no está de más preguntarse cuáles pueden ser los factores que, además del comprensible —e injustificable— deseo del contribuyente por eludir el sometimiento a la tributación, condicionan el funcionamiento de un poderoso sector económico oculto. Y aunque éste no sea el lugar más apropiado para abordar el estudio de esta importante cuestión, quizá convenga recordar las palabras de SOLÁNS SOTERAS, antiguo Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, quien aseguró, ya hace años, que el crecimiento de la economía sumergida en los países occidentales “refleja la quiebra del consenso social y la deslegitimación del Estado a los ojos de sus ciudadanos”.

Ahora bien, no es preciso apelar al futuro ni al orden social y económico para descubrir cuáles son los efectos negativos que el sector informal y el dinero negro provocan sobre el individuo. En realidad, el sujeto liberado de la carga que supone contribuir al gasto público a través del pago de los diferentes impuestos también soporta inconvenientes considerables, muy especialmente cuando la riqueza obtenida a partir del desarrollo de tales actividades —o de cualesquiera otras realizadas al margen del control de las Haciendas Públicas— reviste cierta cuantía. Las desventajas que derivan de esa clandestinidad son innumerables, dado que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el Fisco, y, en consecuencia, tampoco para las partes, o en operaciones financieras ubicadas en el exterior del propio país, y en todo caso sin la posesión de los instrumentos precisos para someter a los intervinientes a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y, también en consecuencia, imposibilidad de exigir cumplimientos o de oponer facultades a través de los Tribunales de Justicia. En estas circunstancias, el dinero ne-

gro no puede ser utilizado en la actividad ordinaria de un número amplio de negocios para crear un patrimonio o una riqueza amparada por el Ordenamiento jurídico, los Registros de la Propiedad y Mercantil y custodiada por los Tribunales de Justicia, debiendo discurrir por el fango de la marginación, siendo pasto en muchas ocasiones de estafadores y ladrones.

Por consiguiente, el titular de ese patrimonio oculto a los ojos de la Administración puede verse finalmente obligado a manifestarlo ante las instancias públicas de control, siempre y cuando aspire a disfrutarlo y verse beneficiado del cuadro de garantías que ofrece el tráfico jurídico. O lo que es lo mismo: será preciso optar entre confesar el origen de dicha riqueza — aceptando con ello el sometimiento a las oportunas sanciones previstas por el Derecho— o proceder de forma clandestina a su regularización a través del oportuno proceso de blanqueo.

Sin embargo, con independencia de cuál sea la alternativa elegida por el nuevo contribuyente a la hora de reciclar su dinero negro, no creemos que esa regularización fiscal, en sí misma, merezca sanción. Como señala BAJO FERNÁNDEZ, la reconversión de ese capital sustraído hasta ese momento al control del Estado implica una especie de arrepentimiento que, aunque no vaya acompañada de la contricción de corazón, sí significa una retractación o un replanteamiento de la actividad económica del sujeto para poder disfrutar de la riqueza conseguida. Por ello, cabría dudar si el ordenamiento jurídico hace bien castigando el blanqueo. ¿Acaso no debería encauzarlo —e incluso promoverlo—, en la medida en que la obstaculización del mismo sería incongruente con una elemental y necesaria política orientada a luchar contra la evasión fiscal?

Una vez conceptualizado el dinero negro como aquél cuyo titular mantiene al margen de todo control por parte de las Haciendas Públicas, el *dinero sucio* es aquél que, además de permanecer de espaldas a los circuitos económicos oficiales, encuentra su origen en una actividad ilícita *per se*. O lo que es lo mismo: frente a la *negritud* como género, la *suciedad* de un patrimonio constituye una especie o elemento de la citada clase lógica. Por consiguiente, toda riqueza sucia es también negra —razón por la cual participa de todos los rasgos que identifican a los rendimientos derivados de las actividades realizadas en el marco de la economía oculta—, pero no toda riqueza negra es sucia, sino sólo aquella que se haya obtenido mediante la comisión de operaciones ilícitas.

De este modo, impartir clases particulares a domicilio de Química Orgá-

nica o fabricar zapatillas tras la persiana cerrada de un garaje, por ejemplo, son actividades plenamente lícitas en sí mismas, incluso en el caso de que la renta percibida por tales ocupaciones no fuera declarada a Hacienda, siendo meramente “negro” el beneficio obtenido a partir de ellas. Por el contrario, el comercio de drogas ilegales o la prostitución organizada, pongamos por caso, constituyen actividades flagrantemente antijurídicas, no ya desde el punto de vista tributario —cuesta trabajo imaginar a un traficante de heroína declarando al Fisco los rendimientos obtenidos como resultado inmediato de su negocio—, sino también por sí solas, motivo por el cual deben ser consideradas fuente de un capital, amén de negro, “sucio”.

Planteada la cuestión en tales términos, parece evidente que el sector de economía sumergida no sólo está integrado por las empresas dedicadas a actividades lícitas que eluden el pago de los correspondientes tributos, sino también por aquellas otras de carácter ilegal y, en especial, por las organizaciones criminales dedicadas al mercado de bienes o servicios prohibidos por el ordenamiento jurídico. En esta línea, son muchos los que aseguran que las actividades de estas últimas habrían de ser tenidas en cuenta a la hora de conocer la dimensión real de las variables macroeconómicas de un país, si bien no pueden dejar de admitir las enormes dificultades existentes para determinar con un cierto grado de precisión su verdadera magnitud. Incluso, dado que el rendimiento derivado de las actividades delictivas llevadas a cabo por tales organizaciones no es sino el resultado de operaciones productivas —y no solamente una forma de enriquecimiento injusto—, los capitales sucios deberían entenderse sujetos a la correspondiente tributación. No obstante, ésta no es una opinión pacífica entre la doctrina.

Valorado el problema desde el prisma de la racionalidad económica, las actividades ilícitas —especialmente, las desarrolladas en el marco de una organización criminal estructurada en base a criterios de empresa— han de estar dotadas necesariamente de un elevado grado de rentabilidad, superior en todo caso al correspondiente a aquellas otras desarrolladas dentro de los límites de la legalidad. En efecto, el sujeto que decide lucrarse a costa de la realización de comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento. Evidentemente, ese mismo sujeto no se prestaría en ningún caso al peligro de ser castigado si contara con algún medio legal a través del cual pudiera lograr una ganancia de semejante entidad.

En consecuencia, el coste de los recursos disponibles por vía ilegal es — al menos, desde la perspectiva estrictamente pecuniaria— muy inferior al de aquellos otros obtenidos de manera lícita. Por ello, la reintroducción de esta riqueza sucia en los cauces regulares de la economía siempre genera distorsiones en el funcionamiento normal de los mercados, anomalías que, en último extremo, pueden conducir a una progresiva supresión de la competencia. La posibilidad de acudir a una financiación bastante menos costosa hace que las empresas legales, sometidas a los costes habituales, sean primero marginadas y luego expulsadas del mercado, ámbito en el cual la empresa financiada con capital ilícito tiende a erigirse en monopolio.

Ahora bien, ni creemos que sea correcto reducir la existencia de la riqueza sucia al ámbito de lo *penalmente* relevante ni podemos compartir la postura de aquéllos que se resisten frontalmente a indagar en torno a la posibilidad de conceder significación criminal al blanqueo de bienes procedentes de actividades ilegales *no delictivas*. La experiencia nos demuestra que un legislador incapaz de hacer frente a nuevas realidades económicas puede dar lugar a que haya supuestos en los que el empleo fraudulento de cuantías auténticamente astronómicas no sea constitutivo de delito.

Con todo, es innegable que una adecuada política criminal que tuviera permanentemente presentes los más elementales principios informadores del Derecho penal contemporáneo debería poner orden en este *maremagnum*, retirando del catálogo de delitos aquellos comportamientos que no merezcan serlo e incorporando al mismo a aquellos otros cuyo grado de lesividad social lo justifique. Sin embargo, en tanto no tenga lugar ese necesario reequilibrio, será preciso cuestionar de forma permanente la naturaleza de la infracción previa —civil, administrativa, penal— reservada por la normativa vigente y atender preferentemente a otros factores a la hora de conocer si un determinado supuesto —en razón a su grado de lesividad social— debería ser constitutivo, o no, de blanqueo.

Si bien ya se han vertido algunas ideas al respecto, razones de orden metodológico determinan que éste no sea el lugar más apropiado para analizar en profundidad cuáles deberían de ser los diferentes modos de intervención del Derecho en el ámbito del blanqueo de capitales procedentes de actividades ilegales. Aún lo es menos para tratar de justificar la eventual incidencia del Derecho penal sobre este fenómeno. Sin embargo, creemos que con lo expuesto basta para poder asegurar que el ordenamiento jurídico debería reservar un tratamiento especial para esta riqueza sucia y para aquéllos que

traten de introducirla en los cauces económicos regulares.

A diferencia de otros países en los que expresiones tales como “*dirty money*”, “*denaro sporco*” o “*argent sale*” están cargadas de significación propia, en España han sido pocos los que se han pronunciado de algún modo respecto de las diferencias cualitativas existentes entre las dos categorías que ahora analizamos. Por otra parte, de entre aquéllos que lo han hecho, no todos se refieren a la riqueza que aquí hemos optado por denominar “sucia” en tanto que especie perteneciente al género integrado por todos aquellos caudales que se mantienen al margen del control del Estado, sino como una categoría autónoma conceptualmente contrapuesta a esta última. En esta línea, no faltan quienes entienden que el dinero negro —por contraposición al dinero sucio— debe proceder necesariamente del desarrollo de actividades *lícitas*, con independencia de la ausencia del sometimiento de las mismas al correspondiente control fiscal.

A pesar de todo, hay quienes afirman con razón que hay ocasiones en las que resulta virtualmente imposible determinar dónde se encuentra la frontera que separa los rendimientos económicos procedentes de actividades ilícitas de aquellos otros vinculados tan solo al fraude fiscal y a la evasión de capitales, no sólo porque la citada línea divisoria se muestre harto difusa en la inmensa mayoría de ocasiones, sino también porque resulta habitual comprobar cómo existe entre ambos una permanente interacción. De otro lado, ya tendremos ocasión de comprobar más adelante hasta qué punto se manifiesta una identidad sustancial entre las técnicas destinadas al blanqueo clandestino de unos beneficios y de otros.

No obstante, si bien es cierto que desde la perspectiva fenomenológica y de la investigación se manifiestan numerosos puntos de conexión entre el dinero negro y el dinero sucio, ello no justifica en modo alguno que, contempladas desde el punto de vista jurídico, ambas categorías sean tratadas de igual forma.

Por todo ello, no podemos compartir la opinión de aquéllos que, tratando de analizar la significación penal del fenómeno, definen el blanqueo en función de un objeto ampliado, resultando para ellos absolutamente indiferente la licitud o ilicitud del origen de los fondos a reconvertir.

4. No sólo el dinero es objeto de blanqueo

El empleo de expresiones tales como “dinero sucio”, “blanqueo de dine-

ro” o “lavado de dólares” se ha hecho común en nuestros días, no sólo por parte de los *mass media*, sino también entre los círculos económicos y jurídicos. Sin embargo, sería un grave error sostener que sólo el dinero —e incluso únicamente la divisa norteamericana— es objeto de reciclaje. Dar por buena tal afirmación equivaldría a aceptar que la delincuencia no opera con ventajas económicas bajo las formas más variadas, así como que no es preciso ocultar la procedencia de tales bienes al poder ser introducidos en los mercados lícitos sin levantar la menor sospecha. Evidentemente, esto no es así.

Por supuesto, el planteamiento resultaría aún más erróneo si tan solo vinculáramos las operaciones de reconversión al dinero en metálico. En efecto, los intercambios económicos han alcanzado en nuestros días un fabuloso nivel de agilización gracias a la aparición de nuevas instituciones jurídico-mercantiles puestas al servicio de una economía que gira en torno al crédito. Es preciso añadir a todo ello el avance tecnológico que ha permitido la materialización a tiempo real de operaciones comerciales entre puntos geográficos situados entre sí a miles de kilómetros de distancia. En el seno de esta economía “desmetalizada”, la moneda se ha visto desplazada a un plano secundario en favor del título valor, la tarjeta de crédito, el asiento contable o la transferencia electrónica. Como tendremos ocasión de analizar más adelante, la criminalidad económica, en general, y las modernas redes de blanqueo, en particular, se valen en multitud de ocasiones de las posibilidades que ofrece la *cashless society* en la que nos encontramos inmersos.

Evidentemente, hay muchas ocasiones en las que el producto obtenido directamente del delito no es dinero en efectivo, sino cualquier otra ventaja patrimonial lo suficientemente importante como para que sea preciso dotarla de un disfraz de legalidad. Comparadas con el dinero, tales ganancias suelen ser mucho más difíciles de blanquear: la extrema fungibilidad de la moneda y el anonimato con el que circula son factores que siempre han jugado en favor de aquéllos que la han obtenido de forma ilícita. Y si bien es cierto que el viejo aforismo romano *pecunia non olet* parece haber entrado en crisis en nuestra sociedad, también lo es que sigue resultando relativamente más fácil situar en el mercado una suma importante en metálico que una obra de arte, unas joyas o unos bienes de equipo robados que tengan el mismo valor económico.

Por otra parte, y con independencia de cuál sea la naturaleza de ese producto, no podemos olvidar que, como ya se expuso anteriormente, el recicla-

je de capitales consiste en un proceso de distanciamiento que se desarrolla a lo largo de una serie prácticamente indefinida de etapas. De este modo, a medida que avanza ese *iter*, las ganancias ilícitas pueden transformarse una y otra vez por otros bienes o servicios de la más diversa índole. En esta línea, se ha señalado que la delincuencia de nuestros días ha incrementado de forma significativa sus movimientos económicos a través de medios no monetarios tales como el oro, piedras preciosas, sellos valiosos, etc.

5. *El blanqueo ha de serlo de “capitales”*

A tenor de lo visto hasta el momento, expresiones tales como “blanqueo”, “lavado” o “reciclaje” habrían de servirnos para dar nombre a toda clase de operaciones a través de las cuales fuera posible dotar de una apariencia lícita a las ganancias derivadas de actividades ilegales. Así las cosas, deberíamos de admitir que la fenomenología del blanqueo no se limita tan solo a la reconversión de esos fabulosos patrimonios a los que de reiteradamente hemos venido haciendo referencia. Por el contrario, también sería preciso incluir dentro de ese mismo concepto un amplio catálogo de supuestos en los que beneficios de la más diversa naturaleza —aunque de un valor económico relativamente escaso— son desvinculados de algún modo de su origen ilegal.

Pensemos, por ejemplo, en la adquisición de bienes con el dinero robado en la calle a un peatón, o en la venta o permuta de objetos sustraídos de un automóvil. Tanto en un caso como en otro nos encontraríamos ante claros supuestos de blanqueo, dado que, mediante la realización de operaciones tan sencillas y frecuentes como las descritas, el beneficio económico derivado del delito se alejaría de su ilícita procedencia, volviendo a traspasar con ello —esta vez, en sentido inverso— la frontera que separa el ámbito ilegal del legal. En algunos casos, tales comportamientos se encuentran penalizados, pero en la mayoría de las ocasiones se mantienen, como no podría ser de otro modo, fuera del ámbito criminal. Con respecto a la persona que transmite los bienes ilícitamente obtenidos, la irresponsabilidad penal dimana del cumplimiento del principio de irrelevancia de los actos de autoencubrimiento; en relación con la persona que los recibe, puede derivar del principio de culpabilidad, siempre que desconozca el origen ilegal de tales bienes.

Ahora bien, si observamos con mayor detenimiento este importante grupo de casos llegaremos a la conclusión de que, en la mayoría de las ocasiones, el sujeto que negocia con esos beneficios no actúa movido por el interés

de dotarlos de una apariencia de legalidad. La escasa importancia económica de tales productos y la extrema fungibilidad de muchos de ellos hacen que puedan ser empleados por parte de su ilegítimo poseedor sin mayores complicaciones. Por consiguiente, el autor de esas operaciones de reconversión no pretende *lavar* unas ganancias *sucias*, sino tan solo actualizar el ánimo de lucro que motivó su previa actuación antijurídica, o lo que es lo mismo, transformar aquello que no le reporta una utilidad directa en otros bienes legales o ilegales —dinero, droga, etc.— que le sirvan para satisfacer sus necesidades corrientes.

Por todo ello, esa inconsciente legalización de beneficios ni es buscada por el sujeto activo ni le es necesaria. Para él no representa más que un efecto colateral o secundario que se añade al enriquecimiento, siendo este último el único móvil que guía su comportamiento.

Sin embargo, frente a la delincuencia más clásica propia del timador, el carterista o el atracador, nuestra sociedad ha conocido nuevas formas de criminalidad caracterizadas por unos niveles de rentabilidad desconocidos hasta hace bien poco. Como ya se ha señalado anteriormente, el delito ha llegado a convertirse en nuestros días en un medio válido para generar cantidades de bienes y de dinero lo suficientemente elevadas como para provocar desequilibrios significativos en el propio sistema económico. En estas condiciones, la transición de la ilegalidad hacia la legalidad adquiere significación propia y se convierte en una tarea necesaria en sí misma.

Por todo ello, nos sumamos a la opinión de aquéllos que entienden que el fenómeno del blanqueo —y, con ello, el campo sobre el cual cabe plantear las posibles vías de intervención jurídica sobre el mismo— debe limitarse a aquellos casos en los que la cuantía de los bienes envueltos en los procesos de reconversión es lo suficientemente importante como para que puedan ser considerados un “capital”.

6. *El delito como medio de obtención de riqueza. Blanqueo y crimen organizado*

Habida cuenta de la profunda relación existente entre las asociaciones de corte mafioso y la instrumentalización del delito como medio a través del cual obtener grandes fortunas, podremos afirmar sin temor a equivocarnos que el reciclaje de fondos de origen ilegal encuentra su medio habitual y alcanza su máximo nivel de desarrollo en el ámbito de la criminalidad organizada. No extraña, pues, que hayan sido varios los autores que han aborda-

do el estudio del reciclaje partiendo del citado vínculo.

La delincuencia arrastra en la actualidad un formidable flujo de riqueza desde el ámbito lícito hacia la sombra de la ilegalidad. En este contexto, el crimen adquiere la condición de conducta alternativa respecto de las actividades económicas lícitas. Interpretado el fenómeno en términos de coste de oportunidad, el sujeto que actúe guiado por el ánimo de lucro optará por enfrentarse a la ley penal en tanto estime que las consecuencias negativas que de ello pueden derivarse —básicamente, la posibilidad de ser castigado por el Estado— son inferiores al beneficio esperado.

Ahora bien, si, como ya apuntamos anteriormente, los cauces lícitos resultan insuficientes a la hora de saciar la demanda social de ciertos bienes y servicios, el sistema económico criminal tampoco está en condiciones de ofrecer la totalidad de productos requeridos por los agentes que en él operan. Una vez traspasado el umbral de la ilicitud, son pocas las necesidades que pueden quedar satisfechas en los mercados clandestinos. Por ello, salvo contadas excepciones de escasa relevancia, las ganancias derivadas del delito están indefectiblemente destinadas a abandonar el ámbito de la ilegalidad para regresar nuevamente a los cauces económicos oficiales.

De este modo, la delincuencia —y, sobre todo, la criminalidad organizada— opera a modo de un gran colector de riqueza que se desplaza del campo legal al ilegal, a la vez que como una membrana semipermeable que filtra nuevamente hacia el área legal aquellos capitales procedentes del ámbito ilegal.

Observado desde la perspectiva puramente económica, el delincuente es un sujeto que actúa antijurídicamente a fin de obtener una renta con la que satisfacer ciertas necesidades corrientes. Salvo que sea directamente consumible —tal es el caso, por ejemplo, de la sustracción de alimentos perecederos en unos grandes almacenes, o el robo de una pequeña cantidad de psicotrópicos en una farmacia por parte de un toxicómano—, el objeto del delito requiere de una previa transformación; y si bien es cierto que hay ocasiones en las que ese cambio puede verificarse sin que sea preciso salir de la ilegalidad —y así, la adquisición de droga con dinero robado—, esa renta, más pronto o más tarde, directa o indirectamente, mediada por un número mayor o menor de agentes, terminará por llegar al mercado lícito.

La irrupción de las organizaciones criminales ha sido la razón principal que ha hecho que el beneficio económico procedente del delito encuentre otras finalidades distintas al autoconsumo. Por una parte, la riqueza ilícita

constituye una suerte de “colchón financiero” con el que hacer frente a los gastos derivados de la empresa criminal. Por otra, la organización puede optar por invertir parte de esas ganancias, tratando con ello de potenciar al máximo la productividad de la empresa. Tanto en un caso como en otro, esa riqueza ilícita que revierte en la propia estructura delictiva también está inexorablemente destinada a aflorar antes o después al sector sometido al control del Estado. Incluso en el caso de que el desembolso motivado por esos gastos o por ese capital se realice en el ámbito ilícito —pago de sobornos, adquisición de armas o de droga a otras redes clandestinas, etc.—, no podemos olvidar que al final de la cadena productiva siempre habrá economías domésticas y, con ello, consumidores obligados a acudir a los mercados regulares.

No obstante, los beneficios económicos que hoy derivan del delito pueden llegar a ser absolutamente fabulosos. Frente a este volumen de riqueza, la capacidad de despilfarro del *delincuente-consumidor* está sujeta a unos límites marcados por la moderación y la prudencia ante las instancias de control, e incluso por el progresivo decrecimiento de la tendencia a consumir que se verifica a medida que aumenta la renta personal del individuo. De otra parte, una vez satisfechos los reducidos costes financieros que suelen implicar las actividades criminales en relación con las ganancias que se obtienen a partir de ellas, la eficiencia del capital material y humano invertido por el *delincuente-empresario* decae progresivamente hasta alcanzar un punto de total saturación en el que el incremento de tales medios de producción se torna contraproducente para los intereses económicos de la propia industria.

Por todo ello, agotadas las posibilidades racionales de consumo e inversión en el ciclo delictivo, las organizaciones criminales pueden encontrarse con un patrimonio vacante de formidable entidad cuyo destino sea tan incierto como inútil en el terreno ilícito. De este modo, la empresa delictiva se encuentra ante una sola forma de satisfacer sus expectativas, consistente en diversificar la colocación de todo ese caudal en una multiplicidad de actividades económicas legales, siempre después de haberlo sometido a un proceso de lavado.

No obstante, la reentrada de ese caudal en el ámbito lícito implica el sometimiento del mismo al control por parte de las instituciones públicas. Así las cosas, el delincuente se encuentra ante la paradoja de que los bienes por cuya obtención decidió enfrentarse al Derecho puedan convertirse en una pesada carga que delate su comportamiento irregular precedente. Surge en-

tonces la necesidad de *reciclar, lavar o blanquear* tal riqueza.

Una vez conocido cuál es el papel que juega el blanqueo de capitales en el marco de las organizaciones criminales, parece conveniente determinar hasta qué punto esos procesos de reconversión participan de los rasgos propios de tales estructuras. Dedicamos las próximas líneas al estudio de esta cuestión.

Los máximos responsables de la droga no saben de leyes ni de finanzas, pero funcionan con despachos de abogados que les dan cobertura jurídica y eligen a la sucursal de un banco que les asesora en el terreno económico. Estas afirmaciones podrían pecar de simples en exceso e incluso resultar ofensivas para ciertos colectivos de profesionales. Sin embargo, nos ponen sobre la pista de un dato que se nos antoja incuestionable: toda organización criminal que alcance una determinada envergadura —sea cual fuere la actividad a la que se dedique— ha de contar con un aparato financiero que esté en condiciones de resolver todos aquellos problemas de índole económica que se le puedan presentar en cada momento.

De este modo, el blanqueo vendría a ser uno más de entre los diversos sectores que actúan en el seno de estos colectivos, o lo que es lo mismo, una manifestación clara y evidente de la *división y racionalización del trabajo* que se verifica en el marco de las organizaciones criminales.

Sin embargo, la organización que genere un patrimonio de origen ilícito no tiene por qué ser necesariamente la misma que la que se encargue de reconvertirlo. Por el contrario, hay ocasiones en las que el reciclaje de capitales sucios deja de ser uno de esos sectores especializados que forman parte integrante de una misma empresa delictiva para pasar a convertirse en el auténtico “fin social” de *networks* dedicadas única y exclusivamente al lavado de dinero. En ellas, los productores de riqueza sucia encuentran todo aquello que precisan para legalizar sus beneficios: lealtad, profesionalidad, diversificación de las operaciones y una adecuada gestión e inversión final de los beneficios netos.

Se ha señalado que el establecimiento de tales relaciones de coordinación podría ser entendido como un síntoma de debilidad de las estructuras generadoras de bienes de procedencia ilícita, toda vez que demostraría su falta de capacidad para reintroducir los beneficios ilegales en el mercado, así como la imposibilidad de controlar por sí mismas la totalidad del ciclo de reconversión de esa riqueza. Con todo, no conviene pasar por alto que el fenómeno también puede ser interpretado en sentido opuesto, es decir, como un

signo más del creciente grado de profesionalidad y especialización propio de organizaciones altamente desarrolladas cuyo “volumen de negocios” alcanza tales niveles que no permite la gestión de todas y cada una de las actividades que cierran el ciclo productivo. En estas condiciones, las redes o personas dedicadas al blanqueo de capitales producidos por otras organizaciones dedicadas a la comisión sistemática de delitos operan a modo de “contratistas” de estas últimas, toda vez que, a cambio de una comisión previamente estipulada, se comprometen a prestar el apoyo necesario para legalizar tales rendimientos.

En otro orden de cosas, la legalización de capitales desempeña una función de primer orden en el seno de la organización criminal que excede con mucho a la mera finalidad encubridora de la que partíamos para pasar a convertirse en un importante factor destinado a preservar la *permanencia del ciclo delictivo*. Tal y como apuntan FERRACUTI y BRUNO, el blanqueo debería ser incluido dentro de la categoría de comportamientos que ellos mismos califican “de segundo nivel”, dado que, si bien carece de un rendimiento financiero inmediato para el grupo, está vinculado al control de sus actividades y al mantenimiento del poder.

En efecto, los clanes mafiosos son capaces de mantener despejadas las vías de circulación a través de las cuales afluye constantemente la riqueza ilícita gracias al reciclaje de fondos, evitando con ello que el formidable exceso de liquidez colapse el propio funcionamiento del sistema criminal y lo lleve a un “punto de choque” o “estrangulamiento”. Por otra parte, la definitiva reintroducción de capitales en el ámbito lícito de la economía permite a la delincuencia organizada consolidar su poder sobre la sociedad civil, facilitando con ello la el mantenimiento e incluso la proyección de sus actividades hacia el futuro.

Resulta inevitable, así mismo, hacer referencia al profundo *proceso de internacionalización* experimentado en los últimos años por las redes dedicadas al reciclaje, fenómeno que corre paralelo a la creciente universalización que también ha tenido lugar respecto de las actividades efectuadas por las organizaciones delictivas en general. En este sentido, no faltan quienes afirman que el blanqueo es una de las expresiones más patentes de la criminalidad multinacional: el deseo de eludir la intervención de la Justicia y evitar con ello la pérdida de los bienes ilícitamente obtenidos ha motivado la búsqueda de apoyo en aquellos territorios en los que la normativa vigente facilita el anonimato de las transacciones y dificulta el auxilio judicial entre

los diferentes Estados.

En buen número de ocasiones, la reconversión de capitales ilícitos se desarrolla a través de complejas transferencias internacionales dirigidas hacia bancos extranjeros por mediación de los llamados “paraísos fiscales”, países cuyos ordenamientos mercantil y tributario se convierten de este modo en poderosos aliados de la delincuencia organizada a gran escala. Con todo, estos territorios —que, a estos efectos, no interesan tanto por sus benévolas tasas de imposición como por otras facilidades más adaptadas a los requerimientos de los blanqueadores, como el anonimato— no son las únicas plazas financieras que intervienen en este género de operaciones.

No podríamos concluir esta breve exposición de concordancias entre el reciclaje de fondos y la criminalidad organizada sin referirnos finalmente al papel trascendental desempeñado por el blanqueo en esa *zona de penumbra* entre la legalidad y la ilegalidad en la que se desenvuelve la actuación de los clanes mafiosos en un buen número de ocasiones. En primer término, parece evidente que el principal *modus operandi* del blanqueador de dinero consiste en la fundación y llevanza de compañías destinadas a tal fin bajo la apariencia del tráfico comercial honesto. Como atestigua la conocida máxima seguida por los *barones* latinoamericanos de la droga, “el dinero sucio se transforma mejor a través de las manos limpias”. Por otra parte, el lavado de capitales no sólo es una actividad fronteriza en razón a las formas, entidades y profesiones de las que se valen sus agentes, sino que además es la penumbra misma, esto es, la vía empleada por las organizaciones criminales para poder traspasar el límite que separa un ámbito de otro y así abordar con éxito la emersión de la riqueza sucia a la superficie de la legalidad.

A tenor de todo lo expuesto, sería difícil negar la relación —tan estrecha como intensa— que existe entre el fenómeno del lavado de capitales y el cuadro de actividades practicadas por las asociaciones de tipo mafioso. Queda, pues, en manos del legislador la correcta apreciación de ese vínculo a fin de extraer las oportunas conclusiones y diseñar a partir de ellas una adecuada regulación jurídica del reciclaje de fondos sucios. Trataremos de abundar sobre este género de cuestiones en la segunda parte del presente trabajo.

Con todo, no hay razones que exijan que esa regularización de rentas ilegales se desarrolle en todo caso en el marco de la delincuencia organizada. Muy al contrario, creemos que es posible hablar con toda propiedad de hipótesis de blanqueo ajenas por completo a la dinámica de las organizaciones

criminales y que, sin embargo, reúnen todos y cada uno de los rasgos que confieren una especial naturaleza al reciclaje de capitales.

En efecto, la riqueza a reconvertir no tiene porqué proceder forzosamente de un programa delictivo continuado y de la consiguiente acumulación de rendimientos derivados de cada uno de los episodios que lo componen. Por el contrario, cabe la posibilidad de que ese patrimonio sucio proceda de una actividad de alta rentabilidad destinada a resolverse en una única transferencia de utilidad económica. De otro lado, tampoco es absolutamente imprescindible que el propio blanqueo sea llevado a cabo por un colectivo organizado: hay situaciones en las que —incluso actuando sobre bienes derivados de la actividad de un clan estable— es ejecutado por individuos que tan sólo prestan tales servicios de forma ocasional.

Por consiguiente, normalización de capitales y criminalidad organizada son dos realidades que, si bien coinciden en la gran mayoría de las ocasiones, no tienen por qué converger en todo caso. En consecuencia, si bien es cierto que la organización puede ser considerada un elemento *natural* del blanqueo de fondos de origen ilegal, no parece que pueda así mismo ser calificada como *esencial*.

B.) Definición de blanqueo de capitales

A lo largo del apartado anterior se han tratado de analizarlos rasgos cuya concurrencia podría ser determinante para la existencia de un fenómeno que ha alcanzado en nuestros días una notoria trascendencia social y ante el que, curiosamente, muy pocos expertos han manifestado reparos a la hora de acudir a la metáfora y al sentido figurado para darle nombre.

Coherentes con el citado planteamiento, cuando se recurra al empleo de expresiones tales como “blanqueo”, “lavado”, “reciclaje”, “normalización”, “reconversión” o “legalización” de bienes —y siempre que entonces no se indique otra cosa— se querrá hacer referencia al *proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad*.

Quede claro, sin embargo, que la noción que aquí se propone no aspira en ningún caso a que sea aceptada desde todos los sectores. Resulta evidente que ninguna definición podría negar que la emersión clandestina de rentas

lícitas ocultas al Fisco —pongamos por caso— también constituye un claro supuesto de normalización de bienes, toda vez que a través de ella se procura la plena adecuación de una ventaja patrimonial irregular al orden jurídico vigente. Algo semejante podríamos decir, así mismo, de la receptación de objetos robados, hipótesis en la que el llamado “perista” colabora a proporcionar un barniz de legalidad a unos bienes teñidos por la mancha de una procedencia ilícita.

No obstante, creemos haber demostrado la existencia de razones de índole socio-económica que impiden asimilar casos como los que acabamos de mencionar a aquellos otros en los que se verifica la reintroducción en los cauces oficiales de fabulosas cuantías procedentes de la realización de actividades ilegales en sí mismas.

Por todo ello, estimamos que sería necesario conceder una adecuada y específica respuesta jurídica a toda esa constelación de supuestos que se identifiquen con la caracterización expuesta. Al estudio de ese deseable tratamiento normativo dedicaremos la segunda parte del presente trabajo, tarea que, necesariamente, habrá de emprenderse a partir de las coordenadas de orden fenomenológico aquí descritas.

2. Fenomenología del blanqueo: La utilidad de su estudio

A.) El blanqueo como proceso

Como se acaba de ver, uno de los rasgos esenciales que definen al blanqueo de capitales —al tiempo que lo diferencia de otras figuras como la favorecimiento real y, sobre todo, de la receptación— es su carácter progresivo. El lavado es un proceso a lo largo del cual se distancia paso a paso una masa patrimonial de su origen delictivo.

En desarrollo de esta idea, también entonces se adoptó la segmentación de ese proceso en una secuencia de fases o etapas: la primera, de colocación u ocultación; la segunda, de conversión, control o intercalación; finalmente, la tercera, de integración o reinversión.

Ciertamente, la experiencia nos demuestra que la validez de esta forma de compartimentación debe de contemplarse dentro de sus justos límites. Las distintas etapas se solapan en muchas ocasiones e incluso coinciden, posibilidad que se dispara en el caso de las formas más características de la criminalidad económica, ámbito en el que los instrumentos que son utiliza-

dos para obtener cualquier clase de enriquecimiento ilícito también pueden ser empleados como medios con los que facilitar la circulación de ese patrimonio, distanciarlo de su origen delictivo o procurar su reintroducción en el mercado legal.

Con todo, aún reconociendo las limitaciones del modelo, parece sensato abordar el estudio de los modos a través de los cuales se blanquean capitales empleando esta secuencia. La gran variedad de técnicas y procedimientos conocidos hasta el presente exige contar con criterios de ordenación que, aunque sepamos que no son perfectos, nos permiten analizar las tipologías dentro de unos límites conceptuales adecuados para analizar una realidad realmente compleja.

B.) La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo

Evidentemente, este Capítulo no pretende ofrecer un traje *prêt-à-porter* con el que vestir de blanco el dinero. Desde la perspectiva de las instancias de control social, conocer los procedimientos de lavado interesa a los efectos de prevenir la comisión de nuevos actos de blanqueo.

En consecuencia, a lo largo del próximo epígrafe se pretende elaborar un estudio, nunca demasiado extenso, que sea para determinar cuáles son las líneas básicas sobre las que ha discurrido hasta el momento presente la práctica del lavado de capitales para deducir a partir de ellas ciertas conclusiones encaminadas a advertir de la vulnerabilidad de aquellas instituciones de orden jurídico-mercantil susceptibles de ser instrumentalizadas con vistas a tales fines. En este sentido, merece la pena destacar los esfuerzos continuados que realiza el GAFI, entidad que, año tras año, elabora sus conocidos “Informes de tipologías”.

Evidentemente, los métodos de lavado son muchos y complejos, y la imaginación de quienes se dedican profesionalmente a este género de actividades es inagotable. Por ello, cerrar un catálogo de operaciones de este tipo con la vana creencia de haberlo terminado definitivamente es algo tan absurdo como tratar de completar de una vez por todas una colección de sellos: mientras haya una Administración postal en el mundo que siga emitiendo trocitos de papel timbrado dotados de valor filatélico —o lo que es lo mismo, en tanto los operadores jurídicos y tecnológicos sigan poniendo al servicio del público nuevos y mejores medios de circulación de la riqueza— quedará pendiente la inclusión de nuevos elementos en el muestrario.

Además, siempre hay que tener presente que las operaciones de reciclaje que comportan una cierta envergadura, sea cual fuere la fase del ciclo de blanqueo en la que se encuentren, no suelen verificarse conforme a una única técnica. Muy al contrario, lo habitual es que el lavado de capitales se efectúe mediante la combinación de una serie de métodos. Conforme a este proceder se pueden lograr, al menos, dos objetivos: de un lado, la acumulación del número de operaciones sobre un mismo patrimonio hace que aumente la distancia que lo separa de su origen, reduciéndose correlativamente las posibilidades de que las pesquisas que pudieran emprender las Autoridades de control permitan establecer un vínculo sólido entre ese capital con su fuente ilícita; de otro, el fraccionamiento del proceso de blanqueo de un capital en una pluralidad de vías permite diversificar riesgos, garantizando con ello la discreta legalización de un amplio porcentaje del mismo. En el ámbito de las relaciones económicas lícitas, la diversificación de las actividades es una técnica empresarial encaminada a reducir el peligro de incurrir en pérdidas. Por el contrario, en el contexto de la empresa ilícita, la manobra no tiende tanto a asegurar el provecho puramente pecuniario —ya sabemos que éste puede llegar a ser astronómico— como a evitar que el excesivo volumen de la cuantía a reciclar delate su origen inconfesable.

Con todo, vale la pena señalar que la intensidad de un proceso de lavado se encuentra siempre en función del grado de “suciedad” con que esté impregnada la riqueza a blanquear. Una de las notas que caracterizan a la criminalidad organizada, en general, y a la moderna delincuencia económica, en particular, consiste en la llevanza de actividades ubicadas en una franja incierta o de penumbra en la que se alternan de continuo la legalidad y la ilegalidad, y en la que no siempre es fácil determinar dónde se encuentra la frontera que separa los comportamientos reglados de aquellos otros que se enfrentan al Derecho. Por otra parte, y dado que el blanqueo de capitales es un proceso, no hay que descartar que al reciclador se le encomiende una riqueza que ya haya sido sometida a un “prelavado”, esto es, a un previo distanciamiento de su origen ilícito por parte de algún otro sujeto. Por todo ello, a medida que las ganancias estén más “sucias”, mayor será la “higiene” precisada y más largo habrá de ser el ciclo de legalización a emprender, llegando a requerirse su “remojo, lavado y aclarado” —“*soaking, washing and rinsing*”— si así lo exigen las circunstancias.

Evidentemente, las probabilidades de coronar con éxito una operación de reciclaje se acrecientan si la riqueza no está demasiado “manchada”, ya sea por haber sido sometida con anterioridad a algún género de lavado —

sucesivos “*washing cycles*”—, ya sea porque proceda de actividades próximas a los umbrales de la ilegalidad.

Valorada la cuestión desde el punto de vista procesal, conviene así mismo contar con el dato de que el blanqueo es un ejercicio de maquillaje, esto es, una actividad dirigida a tratar de desvirtuar la procedencia ilícita de unas determinadas ventajas económicas mediante el uso de una cosmética prestada —y ahí está la paradoja— por el Derecho. En estas condiciones, el reciclador se vale del tráfico lícito, se aprovecha de sus recursos jurídicos y técnicos refugiado tras el *onus probandi* que, por exigencia constitucional, debe recaer siempre sobre la acusación. Por consiguiente, en una operación de blanqueo no importa tanto demostrar la licitud de los fondos encubiertos como promover su circulación de tal forma que la acusación sea incapaz de demostrar su vinculación a un origen ilegal. Así las cosas, el reciclador, presunto inocente hasta que se demuestre lo contrario en el momento del juicio, se aprovecha de la buena fe que inspira al sistema y juega a su conveniencia con la licitud de la causa de los contratos.

3. Fases del proceso de blanqueo

A.) Fase de colocación u ocultación: la reducción del dinero al contado

1. Planteamiento general del problema

En el marco de la Operación *Green Ice*, a finales de septiembre de 1992, la policía londinense descubrió en Berdmonsey, en el sudeste de la *City*, un garaje en el que aparecieron veinte metros cúbicos de billetes de curso legal. Procedían del tráfico de la cocaína colombiana y descansaban “congelados” a la espera del mejor modo de reintroducirlos en los circuitos económicos oficiales sin que la aparición de semejante avalancha de dinero contante y sonante delatara su ilícita procedencia. Providos de mascarillas, los agentes británicos tuvieron se dedicaron durante varios días a contar dólares, libras, florines y otras muchas divisas, generalmente fraccionadas en billetes de pequeña cuantía, procedentes de la venta de la droga al por menor en toda Europa.

Más allá de la aparente espectacularidad del ejemplo recién citado, cabría citar otro ejemplo en el que se combina el gigantismo de las cifras con el desmoronamiento de las estructuras públicas y el afianzamiento en el tejido

social de grandes mafias organizadas. En la Rusia post-soviética, las mayores organizaciones criminales internacionales consiguieron apoderarse a comienzos de los años 90 de cantidades absolutamente exorbitantes de rublos de curso legal —se tiene noticia de la salida de más de medio billón— con la inestimable ayuda de políticos y funcionarios. Amparados por tan singular protección, los contenedores llenos de billetes eran transportados a bordo de *trailers*, trenes y aviones de línea rumbo al Oeste del continente, lugar en los que se canjeaban por divisas occidentales —sobre todo, dólares norteamericanos— a un tipo de cambio varias veces inferior al oficial —según parece, hubo ocasiones en las que los títulos con la efigie de Lenin se compraron por poco más de la vigésima parte de su valor—. Realizada la transacción, y en cumplimiento del pacto celebrado previamente entre las autoridades rusas y los recicladores, los millones y millones de rublos en papel moneda eran remitidos nuevamente a Moscú cumpliendo todas las formalidades legales, siendo reinvertidos allí por las citadas redes criminales en las más diversas actividades. Por su parte, las divisas “fuertes”, obtenidas gracias a las gestiones realizadas por las más altas instancias del Estado, se destinaban a paliar la precaria situación de una economía en la bancarrota más absoluta.

El enorme desarrollo de los intercambios económicos experimentado en nuestra sociedad ha demostrado las grandes limitaciones a las que se encuentra sujeto el dinero corriente como medio de saldar las obligaciones. La necesidad de contar con nuevos instrumentos al servicio de ese complejo mercado ha hecho que el pago en metálico haya sido relegado a un segundo plano en favor de otros muchos medios, más ágiles y seguros, propiciados por los avances jurídicos y tecnológicos. Inmersos en esta *cashless society*, la circulación de moneda de curso legal se ha visto reducida a su mínima expresión, quedando reservada a las transacciones más triviales y económicamente menos relevantes —como media, un 5 por 100 del PIB—, sustituida en la mayoría de las ocasiones por el título valor, la anotación contable, la transferencia bancaria o la compensación electrónica.

En este contexto, la acumulación masiva de papel moneda, por anormal, constituye un problema de primer orden para la criminalidad económica a gran escala. Hace ya algunos años, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos afirmaba que el crecimiento injustificado de los excedentes en efectivo en los bancos constituye el síntoma más evidente de la entrada en el sistema financiero de riqueza procedente de fuentes ilícitas. Por ejemplo, se dice que el 75 por 100 del dinero en metálico que circula en la ciudad nor-

teamericana de Los Ángeles está vinculado al tráfico de drogas y, en especial, al mercado de la cocaína.

Nos encontramos de este modo ante una curiosa paradoja: mientras la delincuencia más tradicional aún hace lo posible por convertir sus ganancias en dinero al contado de pequeña denominación —la libre circulación de billetes usados de poca cuantía impide en la práctica toda posibilidad de mantener su seguimiento—, las grandes organizaciones, bloqueadas por una formidable masa física de riqueza, se ven obligadas a transformar ese dinero corriente en otros activos susceptibles de ser reintroducidos de un modo más discreto en los cauces propios de una economía desmetalizada. De hecho, los expertos de la Policía y de las finanzas coinciden al afirmar que la etapa de colocación es, precisamente, la fase en la que hay más probabilidades de detectar y descubrir eficazmente el blanqueo de capitales; una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación del origen de los bienes.

En este sentido, resulta sospechoso que en un contexto como el español, en el que se observa con preocupación la consolidación de grupos delictivos organizados en ciertas zonas del país, demasiadas veces vinculados al mercado inmobiliario y a la corrupción, se haya detectado que el 28,45 por 100 de los billetes emitidos de 500 euros para los doce países que actualmente integran la unidad monetaria se encuentren dentro de nuestras fronteras. Aunque el ciudadano no sea capaz de entenderlo, ¡en España circulan —o se almacenan— más billetes de 500 que de 5 euros!

Cabe advertir, sin embargo, que no toda la gran criminalidad económica opera como un gigantesco colector de liquidez. La progresiva desmaterialización de las transacciones también ha alcanzado en cierta medida al ámbito delictivo, no ya en la ulterior manipulación de fondos obtenidos antes de forma ilegal —como veremos a continuación—, sino incluso en la percepción misma de esos rendimientos. En términos generales, la existencia masiva de dinero sucio al contado suele estar ligada a las actividades continuadas de tráfico ilícito de bienes o servicios —drogas, contrabando, juego clandestino, objetos producidos en infracción de derechos de propiedad industrial, inmigración ilegal, etc.—, agudizándose el problema a medida que disminuye el precio del objeto con el que se comercia y aumenta el número de demandantes. Con todo, existen ciertas formas de delincuencia ajenas a este género de intercambios económicos —secuestro de personas bajo rescate, algunas

formas de extorsión, etc.— que pueden producir así mismo grandes cantidades de numerario.

Por ello, cuando los beneficiarios de ese formidable flujo emprenden la tarea de reciclarla, el primer problema al que se enfrentan no consiste tanto en distanciarla jurídicamente de su origen ilícito como en superar con éxito el punto de choque o estrangulamiento que constituye su extraordinario volumen. Al menos en el caso de la heroína y la cocaína, el espacio físico que ocupan los billetes procedentes de la venta al consumidor final es bastante superior al calibre de las propias drogas.

La forma más simple de reducir papel consiste en canjear el dinero que procede directamente del delito por otros billetes de mayor valor. Así operaba, por ejemplo, la red de blanqueo desmantelada tras las investigaciones seguidas hace ya bastantes años con motivo de la operación italo-norteamericana *Pizza Connection* contra el tráfico de heroína. Recurriendo a una diversidad de técnicas gracias a las cuales llegaron a difuminar la procedencia criminal de unos 1.650 millones de dólares, los miembros de la organización acostumbraban a comenzar el proceso de reciclaje utilizando a jóvenes estudiantes que, ignorando para qué intereses trabajaban, eran enviados a diversas oficinas bancarias a fin de trocar los billetes de 5, 10 y 20 dólares que se les entregaban —procedentes de la venta en la calle de la droga— por otros de 100 dólares, todo ello a cambio de una pequeña comisión.

Con todo, hay ocasiones en las que la cantidad de efectivo es tan grande que ni siquiera su permuta por moneda de mayor denominación basta para reducirlo hasta límites aceptables. Resignados ante la imposibilidad material de contar uno tras otro los miles de billetes de 100 dólares que habrían de ser transportados hasta los paraísos financieros del Caribe, los *pizzaioli* implicados en la trama antes citada se vieron forzados a utilizar balanzas comerciales a fin de conocer el peso exacto de un millón de dólares. Averiguado este dato, lograron acelerar considerablemente los envíos de numerario llenando cajas hasta completar la carga necesaria en cada una de ellas para alcanzar la referida cifra.

Sin embargo, los enormes riesgos que encierra para los recicladores la manipulación de una mercancía tan especial demuestran la necesidad ineludible de transformar toda esa moneda bajo algún otro título jurídicamente reconocido que sea capaz de documentar la mayor cantidad posible de numerario y que, al mismo tiempo, pueda transmitirse y ejecutarse con las

máximas facilidades. Llegados a este punto, comenzaremos a comprobar cómo el blanqueo y la defraudación tributaria —conceptos, en teoría, contrapuestos— participan de los mismos cauces en un buen número de ocasiones, al mismo tiempo que los dispositivos legales tradicionalmente destinados a prevenir el segundo pueden ser de gran utilidad a la hora de controlar las operaciones de lavado de capitales.

2. *Depósitos bancarios*

Evidentemente, el procedimiento más extendido para deshacerse del dinero al contado consiste en dejarlo en manos del sistema financiero mediante su ingreso en una o varias cuentas bancarias abiertas al efecto. No obstante, este método se encuentra sometido a un inconveniente considerable: resulta muy difícil encontrar a un empleado de caja que no sospeche de un cliente que, sin razones que lo justifiquen, se presente ante él con una suma extraordinaria de billetes. En ocasiones, se cuenta con la complicidad del personal al servicio del banco, en cuyo caso nada impide, por ejemplo, el ingreso de sacos cargados de dinero en metálico en cuentas numeradas internas del propio banco, ajenas a su contabilidad oficial. Cuando no es así, una manera habitual de amortiguar esos lógicos recelos radica en fraccionar artificiosamente el ingreso por ventanilla de la totalidad del dinero en una pluralidad de imposiciones de menor cuantía a lo largo de un periodo de tiempo determinado —*structuring*, *smurfing*, *pitufeo*—, bien sea al contado, bien a través de otros instrumentos.

La popularización de los cajeros automáticos ha incrementado las posibilidades de eludir el control sobre la circulación masiva de dinero al contado. En tanto lo permita el sistema, ciertos recicladores se valen de estas máquinas para efectuar ingresos fuera del horario de apertura al público, impidiendo con ello que los empleados al servicio de la oficina puedan supervisar personalmente la entrada de efectivo y vinculen a un cliente determinado con la manipulación masiva de dinero. De este modo, cuando los responsables de la sucursal bancaria recogen lo acumulado durante la noche o el fin de semana, poco más pueden hacer que verificar la realización del depósito y confirmar el asiento contable que la máquina ya se encargó de realizar provisionalmente.

Otro de los medios más empleados por los recicladores consiste en consignar todo ese dinero en una o varias de las cajas de seguridad de un banco. Realmente, con ello no se soluciona el problema que implica la tenencia de

una cantidad excesiva de dinero; de hecho, el contrato no obliga al banco a custodiar el contenido de la caja —que suele desconocer—, sino la caja misma, que ha de permanecer cerrada e intacta hasta el momento en que el propietario de los objetos en ella colocados decida retirarlos. No obstante, los recicladores pueden valerse de este servicio para mantener a buen recaudo una cantidad importante de billetes en tanto encuentren la mejor forma de poderlos reintegrar a los cauces regulares de la economía.

3. Instrumentación de títulos valores

La especial configuración legal de los títulos valores justifica el hecho de que su adquisición también haya sido utilizada con mucha frecuencia por los blanqueadores como medio para alcanzar los fines señalados. Por otra parte, la seguridad con la que pueden hacerse efectivos los derechos de crédito incorporados a este género de instrumentos comerciales, unida a su fácil transmisibilidad, los convierte en un medio idóneo para facilitar la ulterior circulación de capitales ilícitos de cara a su final reinversión.

Sin perjuicio del posible uso de documentos nominativos y a la orden — el más notorio de estos últimos sería la letra de cambio—, los que más se prestan a las operaciones de lavado son los títulos valores librados al portador. Para su transmisión basta la simple tradición o entrega, siendo suficiente para el tenedor la mera posesión, ya fuere justa o injusta, para poder exigir la satisfacción del crédito que les es inherente. Por consiguiente, los títulos valores al portador pueden circular de mano en mano de forma ininterrumpida sin que consten en ellos más datos personales que los del obligado a pagar, convirtiéndose en titular de pleno derecho —y, con ello, acreedor de la cantidad reflejada en el documento— quien cuente en cada instante con su dominio material.

Los cheques y los pagarés anónimos son dos de los activos más utilizados para acumular dinero al margen del oportuno control de las Haciendas Públicas. Asistimos con ello a un indeseable proceso de perversión de la finalidad económica de estos títulos cambiarios: creados para servir a la dinamización de las operaciones comerciales, facilitar los pagos y documentar el crédito, se convierten ahora en un cómodo instrumento a través del cual se inmoviliza la riqueza y se mantiene —al menos, durante el espacio de tiempo que sea funcional a la operación de lavado de que se trate— separada del mercado.

Respecto de los primeros, conviene llamar la atención sobre la frecuente utilización por parte de los recicladores de los llamados “cheques de caja”, emitidos por las instituciones financieras contra sí mismas a cambio de una determinada cantidad en metálico. Ésta es una manera realmente ventajosa de deshacerse del dinero al contado, sobre todo en aquellos países en los que la legislación vigente permita el libramiento de tales títulos en favor de un portador anónimo. A semejanza de lo ocurrido con otras operaciones en efectivo ni la adquisición ni el posterior pago de los cheques bancarios suele reflejarse en la contabilidad de la entidad —todo lo más, se hace a través las llamadas “cuentas puente”, cuya titularidad pertenece al banco por razones técnicas o de tesorería para realizar operaciones a cortísimo plazo—, facilitándose con ello de manera considerable la tarea de los blanqueadores en pos del encubrimiento definitivo de los capitales ilícitos.

Por lo que se refiere a los pagarés al portador o pagarés de empresa, la extraordinaria difusión de la que han gozado como instrumento al servicio del fraude fiscal ha provocado su proscripción en muchos Estados. Con todo, la presencia en algunas de esas jurisdicciones de un importante sector de actividad económica ajeno a toda clase de tributación ha motivado la adopción de ciertas medidas excepcionales que, aun destinadas a propiciar el paulatino reflotamiento de toda esa riqueza sumergida, han supuesto la derogación —cuando menos, parcial— de la citada prohibición.

Asociado al problema de la economía sumergida, el alarmante crecimiento del déficit público que se produjo hace años en algunos Estados de nuestro entorno, unida a una elevada tasa de fraude fiscal, movió a las respectivas autoridades económicas a facilitar la emersión del dinero negro mediante el ofrecimiento de Títulos de Deuda Pública. Empleando un ejemplo producido en nuestro país, la Ley 18/1991 introdujo la denominada “Deuda Pública Especial”. Mediante la adquisición de estos activos emitidos al descuento, los compradores disponían de la potestad de legalizar cualesquiera rendimientos ocultos sin más inconveniente que el sometimiento a un reducido tipo de interés del 2 por 100, así como a un período ordinario de vencimiento de seis años. Por su parte, el Estado, deliberadamente ignorante de la procedencia de los fondos —parte promotora de este verdadero “pacto ilícito de silencio”—, conseguía de sus ciudadanos el crédito necesario para salvar durante un tiempo considerable esa diferencia entre ingresos y gastos públicos a un precio realmente bajo, a la vez que lograba el sometimiento al debido control fiscal de capitales ocultos hasta entonces.

Por su parte, carente de toda clase de disfraz, el *State Bank of Pakistan* quiso lanzar al mercado una emisión de obligaciones en varias monedas, aceptando incluso suscripciones por pequeñas sumas, precisando con audacia que la entidad no se interesaría en ningún caso por la procedencia de los fondos. La emisión fue finalmente anulada bajo las presiones de los bancos centrales occidentales.

Ciertamente, el compromiso de los Estados en la lucha contra el blanqueo de capitales permitiría presagiar que esta vía no debe tener mucho futuro, especialmente en aquellos territorios que han demostrado preocupación por cumplir con lo preceptuado por los organismos internacionales. Con todo, la actuación temeraria de algunos países en este terreno —valga el ejemplo de Pakistán—, unida al crecimiento del déficit público en un buen número de economías desarrolladas nos autoriza a recordar esta posibilidad.

4. Operaciones de “ingeniería financiera”

La cruzada emprendida por las Administraciones Públicas contra las bolsas de riqueza que aún permanecen ajenas a esa intervención fiscal ha provocado la aparición de nuevos productos financieros que, amparados bajo la cobertura legal ofrecida por instituciones jurídicas pensadas para otro género de situaciones, brindan al contribuyente la oportunidad de que su patrimonio —sea cual fuere su origen, lícito o ilícito— se mantenga libre de toda vigilancia por parte del Estado. En esta línea, España conoció hace años la instrumentación del mercado de seguros mediante la suscripción de pólizas de prima única. En ellas, el tomador abonaba de una sola vez el importe, comprometiéndose la compañía a devolverlo junto con los intereses en el plazo de tiempo acordado, promesa que se combinaba con un seguro para el caso de fallecimiento. Cumplida —cuando menos, aparentemente— la vertiente asegurativa del negocio, las compañías no estaban obligadas a practicar retenciones de intereses ni a entregar al Ministerio de Hacienda la relación nominal de los clientes, con lo que se garantizaba la total opacidad fiscal del dinero negro aportado.

Una vez reducida la huida hacia las primas únicas después de la necesaria actuación del Ministerio de Hacienda, las técnicas de ingeniería financiera lanzaron al mercado español otro mecanismo de evasión fiscal que pronto comenzó a hacerse célebre: las cesiones temporales de créditos. En síntesis, la operación giraba en torno a un traspaso con pacto de retorno de una participación en un crédito concedido a un tercero por una entidad financiera. De

esta forma, los bancos y cajas de ahorro que hubieran otorgado un préstamo a un cliente cedían una parte o incluso la totalidad de dicho crédito a un depositante deseoso de eludir al Fisco. Evidentemente, el interés a percibir por el cesionario era menor que el acordado entre el beneficiario del préstamo y la propia entidad, siendo la diferencia entre ambos tipos el margen de beneficio a percibir por la intermediación. Amparándose en la carencia de una normativa específica que regulara este género de supuestos, las instituciones financieras implicadas se comprometieron con los cesionarios a abstenerse de practicar retención alguna de intereses, así como a no facilitar ningún dato de tales operaciones a la Administración tributaria.

5. *Aproximación al ámbito del juego y las apuestas*

La adquisición clandestina de boletos premiados de cualquier clase de lotería legal constituye una de las formas más simples y eficaces de justificar la tenencia de una cantidad excesiva de dinero en metálico. En la mayoría de las ocasiones, quien obtiene un premio de cierta cuantía no suele arriesgarse a retenerlo en su domicilio hasta el momento en que pueda hacerlo efectivo, sino que acostumbra a depositarlo en poder de un banco a fin de que éste lo custodie y, llegado el momento oportuno, se encargue así mismo de gestionar su liquidación. Por todo ello, cabe la posibilidad de que alguno de los responsables de la oficina ofrezca al ganador la opción de vender ese billete de lotería o esa quiniela —títulos que suelen ser anónimos y que, por ello, pueden ser negociados a semejanza de los cheques al portador— a otro de sus clientes que posea demasiado dinero oculto al Fisco, proceda o no de actividades ilegales, quizás oculto en una caja de seguridad de la propia entidad. Así las cosas, el personal bancario estaría en condiciones de servir de intermediario neutral entre ambos sujetos a fin de acordar un precio de compra —una cantidad superior al importe del premio, diferencia que constituye el precio del blanqueo—. Concluida la transacción, quien antes poseyera excesiva liquidez inconfesada podría manifestarla ante el público como el producto de un cuantioso premio.

Otra forma bastante simple de reducir numerario consiste en participar en el mundo del juego, no ya como sucesor subrepticio del auténtico beneficiario de un boleto ya premiado, sino como legítimo acreedor de una suma obtenida de primera mano tras apostar —real o aparentemente— una determinada cantidad de dinero en metálico. Éste es el caso de quien entra en un casino con una masa importante de efectivo con objeto de comprar fichas y,

tras jugar parte de ellas o no jugar ninguna, las restituye a la caja como si fueran ganancias. De acuerdo a esta forma de proceder, el supuesto apostante consigue deshacerse de mucho papel y obtiene a cambio un simple cheque librado por el local, probablemente después de haber jugado lo suficiente como para burlar la atención de los responsables del local.

Otra forma prácticamente indetectable de reducir y blanquear enormes cantidades de efectivo a través del juego consiste en adquirir el mayor número posible de boletos —participaciones de lotería, quinielas, etc.— para un mismo sorteo o jornada deportiva. La captación en masa suprime en la práctica la eventualidad de perder demasiado dinero, dado que, al aumentar el número de sucesos, el cálculo matemático de probabilidades relega a un segundo plano la aleatoriedad que caracteriza al juego. De este modo, a medida que crece la cuantía empeñada en la operación, mayores son las probabilidades de obtener una cantidad de dinero próxima al porcentaje del total apostado que la entidad organizadora se compromete a devolver a los participantes. Así mismo, el incremento del capital aplicado también favorece las posibilidades de que la red de blanqueo consiga, por mediación de alguno de sus apostantes, algún premio de importancia susceptible de ser cobrado mediante cheque o transferencia bancaria.

6. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”

Indudablemente, si la existencia física del dinero sucio constituye una fuente de sospechas en el marco de una *cashless society*, la mejor forma de atenuarlas habrá de consistir en desviar toda esa riqueza hacia aquellos mercados lícitos en los que la presencia de moneda de curso legal resulte más usual. Por consiguiente, a medida que aumente el grado de liquidez en el mercado —bien se refiera a un determinado territorio, bien al objeto en torno al cual se desarrolle—, mayores posibilidades habrá de iniciar con éxito un proceso de blanqueo.

Como ya tuvimos ocasión de apuntar más arriba, los sectores de actividad económica en los que se manifiesta con mayor intensidad la presencia de dinero al contado suelen ser aquéllos sobre los que converge una masa anónima e indeterminada de consumidores que demandan bienes o servicios de primera necesidad. Por ello, no debe de extrañar que una de las técnicas utilizadas por los blanqueadores para conceder carta de legalidad a sus voluminosas ganancias sea la de aproximarlas al enorme chorro de numerario recaudado diariamente, por ejemplo, en una cadena de grandes almacenes o de superfi-

cies comerciales tales como los hipermercados. En términos generales, resulta prácticamente imposible establecer un control pormenorizado de todas y cada una de las transacciones puntuales con la clientela en estas hipótesis de “corrupción de un negocio lícito”, razón por la cual no parece excesivamente difícil “inflar” artificialmente la cifra real de ingresos de caja mediante la incorporación a la misma de caudales procedentes de fuentes ilegales.

En línea con todo lo que acabamos de exponer, la hostelería y el comercio minorista de alimentación son dos de los sectores que presentan mayores ventajas a aquéllos que tratan de reintegrar liquidez a los cauces económicos oficiales. Habitualmente, en bares, cafeterías, restaurantes o pequeños comercios, los clientes pagamos en metálico sin que a cambio se nos entregue ningún documento dotado de relevancia fiscal. Evidentemente, las especiales características de sectores como éstos exigen que el ordenamiento ofrezca a los contribuyentes que en ellos operan alguna fórmula alternativa de determinación de la base imponible que los libere de tener que llevar una contabilidad tan minuciosa como impracticable. Por todo ello, casi todos los países cuentan con una normativa que permite eludir en estos casos los métodos de determinación directa para optar por otros, objetivos o indiciarios, conforme a los cuales la base imponible correspondiente se calcula a partir de los índices, signos o módulos externos que el legislador considere representativos de la capacidad económica del contribuyente en el sector de que se trate.

Ciertamente, en tanto haya sectores de la actividad económica que operen con una clientela masiva que paga con dinero contante prestaciones de ínfima cuantía, será necesario contar con este género de técnicas indiciarias. No obstante, también es verdad que tales métodos pueden ser instrumentalizados con mucha facilidad para hacer emerger a la superficie de la legalidad rendimientos ocultos, ya sean lícitos o ilícitos, incorporándolos a la caja diaria como si se tratase de ingresos ordinarios. Por lo tanto, un restaurante, una discoteca de moda o un establecimiento de ultramarinos pueden ser lugares ideales para normalizar de forma continuada y sin apenas riesgos cantidades respetables de dinero. En este sentido, la optimización de este procedimiento de lavado dependerá en gran parte del conocimiento que tengan los recicladores de la normativa fiscal imperante y, en especial, del cuadro de índices, signos o módulos vigente en cada momento. Así las cosas, añadir unos metros de barra, aumentar la plantilla de trabajadores o añadir algunas mesas al local pueden ser medios idóneos para optimizar este sistema de legalización.

Antes de cerrar estas anotaciones sobre las transacciones-masa, creemos necesario referirnos, siquiera puntualmente, a la introducción de algunas de las organizaciones más importantes dedicadas al blanqueo de capitales sucios en el universo del deporte de alta competición. Todos sabemos que una de las principales fuentes de financiación de que gozan las entidades deportivas está constituida por los ingresos de caja realizados en metálico por los aficionados que adquieren su entrada. A semejanza de los casos citados líneas arriba, el enorme movimiento más o menos encubierto de dinero que suele producirse en el ámbito del fútbol, del boxeo o del automovilismo — contratación de jugadores, organización de campeonatos, pago de primas a propios o a terceros, acuerdos millonarios de publicidad, etc.— favorece considerablemente las posibilidades de justificar la tenencia de dinero en efectivo procedente de actividades ilegales.

7. Operaciones de préstamo de dinero al contado

El préstamo de cantidades en metálico es otra de las alternativas que se pueden utilizar para desdibujar la procedencia ilícita de una masa excesiva de dinero. En efecto, los blanqueadores pueden desatar una campaña de préstamo de cantidades moderadas de dinero entre las capas más humildes de la sociedad con objeto de recuperarlo posteriormente, ya blanqueado, al vencimiento de cada una de las operaciones de crédito. Cierto es que este sistema no sirve para reducir sustancialmente la cantidad de dinero en circulación —a medida que disminuye la suma facilitada, mayores probabilidades habrá de que también se restituya en metálico—, pero también es verdad que gracias a él se puede disculpar la tenencia de una masa importante de numerario. Evidentemente, para que este procedimiento de lavado sea operativo será preciso granjearse la confianza de una amplia clientela cuya mera existencia justifique el manejo de mucho dinero de curso legal. Por ello, el dinero habrá de ofrecerse en condiciones lo suficientemente ventajosas — cuotas de interés muy inferiores a las vigentes en el mercado, no exigencia de garantías para su devolución, facilidades de amortización, etc.— como para atraer la atención de una auténtica legión de interesados. En tales condiciones, incluso los *mass media* pueden ser la vía de penetración.

8. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas

Agotadas las posibilidades de disimular grandes cantidades de dinero de curso legal fronteras adentro del lugar en el que se generan, los recicladores pueden verse obligados a transportarlo materialmente a otras jurisdicciones más apropiadas para ello, si no transformado en otros activos financieros dotados de un valor equivalente. Es indudable que esta particular forma de contrabando implica riesgos importantes y se encuentra superada en gran medida por los avances tecnológicos de nuestro tiempo. No obstante, la enorme productividad de las actividades ilícitas permite asumirlos como un coste más de empresa.

Son dos los factores que condicionan la elección de un territorio como lugar ideal al que destinar esa riqueza. El primero de ellos, técnico, vendría determinado por la mayor o menor debilidad de los mecanismos legales destinados a vigilar la circulación de la riqueza, así como por las posibilidades reales de eludir tales dispositivos de control. El segundo, más subjetivo, dependería del grado de colaboración demostrado por las personas e instituciones encargadas de practicar los citados controles.

A pesar de su estrecha relación, ambos factores no siempre discurren en el mismo sentido. Así, parece poco probable que una entidad financiera, actuando en contra de sus intereses, renuncie a efectuar una operación sospechosa de estar vinculada a un proceso de blanqueo, a no ser que una ley se lo imponga bajo la amenaza de una sanción. *Contrario sensu*, existen numerosos países cuyos ordenamientos están dotados de normas dirigidas a neutralizar los movimientos irregulares de riqueza, a pesar de lo cual constituyen la base sobre la que operan muchas instituciones abiertas al público que ignoran en mayor o menor medida las obligaciones de este orden a la que pudieran estar sometidas, a veces con el concurso del propio Estado.

En un buen número de ocasiones, la salida de dinero en metálico del país está ligada a la necesidad de transformar previamente las ganancias ilícitas en una divisa sólida y estable, como el dólar o el euro, dotada del suficiente grado de reconocimiento internacional como para poder ser aceptada en cualquier Estado. Además, la adquisición de una divisa “fuerte” no sólo sirve para facilitar el blanqueo de capitales, sino que también puede ser precisa, sin salir del ámbito ilegal, para hacer frente al pago de la mercancía con la que se negocie —drogas, armas, tecnología, órganos humanos, etc.—

La transformación del dinero inmediatamente procedente de la comisión de actividades ilegales puede constituir, además, el primer paso de ese proceso de paulatino distanciamiento de las ganancias sucias respecto de su origen. No hay que olvidar que las grandes multinacionales criminales cobran sus ingresos en una pluralidad de monedas extranjeras que debe ser homogeneizada bajo la forma del menor número posible de divisas a fin de llamar lo menos posible la atención de las autoridades. Así mismo, mediante esta operación también cabe la posibilidad de reducir el volumen físico de ese capital, siempre y cuando la divisa originaria sea canjeada por billetes o cualesquiera otros instrumentos financieros dotados de mayor valor.

Los recicladores cuentan con una serie prácticamente ilimitada de métodos idóneos para convertir una moneda en otra. Con todo, la amplitud del abanico de posibilidades se encuentra en íntima conexión con el grado de flexibilidad del régimen de control de cambios imperante en el país de que se trate. Evidentemente, el método más sencillo de conseguir divisas consiste en acudir a un intermediario financiero para solicitar allí la cuantía deseada en la especie que se necesite. Sin embargo, las limitaciones impuestas por la legislación vigente —establecimiento de topes máximos de adquisición de moneda extranjera, necesidad de conocer la identidad completa del solicitante y el destino de la moneda, exigencias de orden formal como la obtención de la pertinente autorización administrativa, dilaciones en el tiempo, etc.— pueden llevar a quienes se dediquen al blanqueo de dinero sucio a optar por otros cauces alternativos, dotados o no de cobertura legal.

La adquisición de cheques de viaje permite la conversión de cantidades moderadas de dinero nacional en otras divisas generalmente reconocidas sin apenas tener que someterse a la legislación vigente en materia de control de cambios. De este modo, los *travellers checks* se constituyen como medio ideal para propiciar el blanqueo de pequeñas sumas de dinero.

Otra posibilidad de trocar moneda al margen de toda supervisión viene dada por la divulgación de cajeros automáticos de compra de divisas. A cambio de una pequeña comisión, estas máquinas están programadas para admitir un amplio surtido de monedas extranjeras —dólares, euros, libras, coronas, etc.— y emitir, de conformidad al contravalor vigente en cada momento, la cantidad de moneda nacional correspondiente. Conforme a este procedimiento tan elemental, resulta fácil convertir dinero de un modo absolutamente anónimo a lo largo de las veinticuatro horas del día, suprimiéndose con ello toda posibilidad de reconstruir la operación a los efectos de una

eventual investigación. Duramente criticados por el GAFI, han sido progresivamente retirados.

Más allá de su mera instrumentación, las entidades financieras que desempeñan tareas de intermediación en el mercado de divisas también pueden colaborar activamente en el blanqueo de capitales. En efecto, resulta prácticamente imposible impedir que una institución legalmente habilitada, quebrantando flagrantemente tanto la normativa vigente sobre control de cambios como los límites de su autorización, retenga clandestinamente una parte de la moneda extranjera que le llegue a sus mostradores a fin de venderla más tarde a quienes puedan encontrarse ante la necesidad de adquirirla en las mejores condiciones de anonimato. Señalemos, además, que este método resulta especialmente ventajoso para tales establecimientos, si no lo es para el personal a su servicio, pues a través del mismo se elude el cumplimiento de unas obligaciones formales realmente incómodas —identificar al cliente que vende moneda extranjera, comunicar los pormenores de la operación a las autoridades competentes, etc.—, al mismo tiempo que permite lograr unas ventajas económicas que pueden llegar a ser muy importantes —no se declara a las autoridades el cobro de la correspondiente comisión de cambio, existe la posibilidad de percibir una cuantiosa remuneración por colaborar en el proceso de reciclaje, etc.—.

La realidad demuestra que las pequeñas oficinas de cambio poseen unas cualidades excepcionales para el suministro irregular de divisas. Situadas en la mayoría de las ocasiones en zonas turísticas o próximas a los pasos fronterizos, estos establecimientos sólo están autorizados a comprar billetes extranjeros y pagarlos en moneda nacional. Sin embargo, el contexto social en el que operan —muchos de sus clientes acuden a la ventanilla en bermudas y con una máquina fotográfica colgada al cuello, ajenos a si la transacción se refleja en un documento oficial, en un simple trozo de papel o, incluso, en nada— propicia sobre manera la informalidad del negocio. En estas condiciones, no debe de extrañarnos que estas oficinas se convirtieran durante un tiempo en una de las piezas fundamentales sobre las que se apoyan algunas de las redes más importantes dedicadas al blanqueo de capitales a gran escala.

Con todo, la obtención de divisas al margen de los cauces oficiales no tiene por qué pasar necesariamente por el mostrador de alguna de las citadas entidades. En efecto, una de las formas más fáciles de conseguirlas consiste en acudir a aquellos establecimientos mercantiles que, en razón a su activi-

dad o a su ubicación geográfica, acepten moneda extranjera como medio habitual de pago. Así, las operaciones que ahora comentamos pueden asociarse a la técnica ya mencionada de las transacciones-masa, de manera que los responsables de un supermercado, un restaurante, un hotel o una gasolinera que estén situados cerca de la frontera pueden abstenerse conscientemente de acudir con esas divisas a un intermediario autorizado y optar por traficar privadamente con ellas a un tipo de cambio a convenir entre las partes.

Otra de las innumerables formas que se han detectado para favorecer la proyección del dinero en efectivo al exterior está relacionada con la adquisición de grandes cantidades de pasajes aéreos o de cualesquiera otros títulos de transporte internacional dotados de un cierto valor económico. En efecto, estos billetes se compran en el interior del país con dinero local procedente de la comisión actividades ilegales para luego venderse más allá de las fronteras a cambio de divisas “fuertes”, apoyándose en la sobre la infraestructura prestada por una o varias agencias de viajes.

Las Autoridades españolas tuvieron conocimiento del empleo de esta técnica de lavado con ocasión del *boom* turístico generado en 1992 con motivo de la Exposición Universal de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona. Según parece, una red de narcotraficantes llegó a constituir una sociedad instrumental en Suiza a fin de financiar con dinero sucio la compra de grandes cantidades de pasajes con destino a ambas capitales y que eran expedidos a través de una agencia de viajes situada en Frankfurt. Una vez vendidos los billetes, los beneficios obtenidos —ya transformados en marcos libres de toda sospecha— eran nuevamente remitidos a Suiza en concepto de devolución del préstamo facilitado por la financiera.

Como no podría ser de otro modo, el blanqueo de capitales efectuado a través del mercado de divisas adquiere su máxima expresión cuando se cuenta con la colaboración de las autoridades del Estado. Un excelente ejemplo de ello lo constituye el denominado *Caso Bahl*, al que se hizo referencia al comienzo del presente apartado, y en el que fueron intervenidos en Europa Occidental varios contenedores llenos de rublos de curso legal procedentes, en última instancia, del Gobierno de Yeltsin.

B.) Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto**1. Consideraciones preliminares**

No todo proceso de blanqueo se inicia reduciendo grandes cantidades de dinero en metálico. De hecho, ya hemos señalado más arriba que existen ciertas actividades ilegales que no dan lugar a esas avalanchas de numerario a las que nos hemos venido refiriendo hasta ahora. Sin embargo, nada puede evitar que todo capital sucio haya de someterse necesariamente a un ciclo de blanqueo *stricto sensu* que sea lo suficientemente eficaz como para borrar las huellas que pudieran vincularlo a su origen ilegal y separarlo definitivamente del mismo. Con vistas al logro de esa apariencia de legitimidad, es necesario propiciar la circulación de toda esa masa patrimonial en el mercado, esto es, convertirla en el objeto de una serie de operaciones económicas tan prolongada como sea preciso para conseguir tal finalidad.

La traslación de los reglas de la dinámica patrimonial al ámbito del reciclaje de capitales ha generado ciertas consecuencias. Así, en este ámbito, el término “circulación” no sólo debe vincularse al movimiento material de esos capitales —en especial, la adquisición de otros bienes a cambio de los originales—, sino también a cualquier otra clase de intervención sobre los mismos que de alguna forma los aleje de su ilegítima procedencia. Así mismo, deberemos de admitir la posibilidad de que una maniobra de blanqueo se verifique sin que los bienes a reconvertir cambien de titular, toda vez que hay ocasiones en las que puede bastar la simple modificación del título en virtud del cual se detentan para dotarlos de un disfraz de licitud: si una empresa constituye a través de una falsa facturación un fondo no inscrito en el balance destinado al pago de comisiones ilegales con el fin de obtener la adjudicación de una concesión estatal y, tras frustrarse la operación, incorporara la citada cuantía en el balance mediante un artificio contable, continuaría siendo titular del importe del fondo, consiguiendo sin embargo ocultar su origen ilícito.

2. Uso del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales

Los bancos y el resto de instituciones financieras son los principales transmisores de dinero. Así las cosas, no debe extrañar que una de las opera-

ciones que se efectúan con más frecuencia en el marco de los procesos de blanqueo consista en promover la circulación de esos capitales sucios a través del número que sea preciso de cuentas corrientes, entidades o jurisdicciones. A medida que aumente el número de transferencias realizadas, menor será la posibilidad de reconstruir documentalmente el recorrido del dinero —*paper tracing, paper trail*— y mayores las probabilidades de distanciar definitivamente los capitales respecto de su origen ilícito.

Evidentemente, al buen fin de estas operaciones ha colaborado la creciente universalización del mercado de capitales y la existencia de una tupida red que ha permitido interconectar jurídica y tecnológicamente a la mayoría de las entidades financieras repartidas por todo el mundo. En el momento presente, una enorme masa de dinero caliente y sin nacionalidad circula electrónicamente en cuestión de instantes de un punto a otro del Planeta con un coste absolutamente irrelevante. Seguir las huellas de ese dinero a través de tales transacciones se torna en una tarea casi imposible en la práctica.

Si bien es cierto que esta clase de operaciones se pueden efectuar en el interior del país donde se ha generado el dinero a blanquear, lo normal es que trasciendan más allá de sus fronteras y se apoyen en las facilidades ofrecidas por los refugios financieros. En efecto, se tiene noticia de la existencia de organizaciones dedicadas al reciclaje de fondos sucios que instalan su centro de operaciones en estas plazas financieras internacionales, abriendo en ellas cuentas-colector a las cuales van a parar las sumas venidas desde cualquier punto del planisferio, ya sea a través de las transferencias electrónicas más complejas o por medio de contrabandistas provistos del clásico maletín repleto de dinero. Posteriormente, esas cantidades son distribuidas entre las cuentas abiertas en el país de acogida a nombre de aquellas personas que hayan encargado a la red de blanqueo la salida de sus capitales o en favor de sus fiduciarios.

Una de las formas más discretas de canalizar dinero de un punto a otro consiste en valerse de mecanismos de compensación entre dos oficinas de una misma institución financiera, estén o no ubicadas bajo una misma jurisdicción. En estos casos, los dispositivos oficiales de detección de operaciones sospechosas suelen revelarse ineficaces, toda vez que estos movimientos se verifican puertas adentro de una misma entidad, generalmente ajenos a los controles que pudieran proceder del exterior de la misma.

Por otra parte, en aquellos países en los que las entidades financieras están sometidas a la obligación de conocer la identidad de sus clientes y a faci-

litarla a las Autoridades, se ha podido constatar que ciertas instituciones han constituido sociedades fiduciarias *off shore* a cuyo nombre abren cuentas en el seno de la casa matriz. En estas condiciones, los haberes de determinados clientes se transfieren desde las cuentas de la entidad principal hasta las de las “entidades-satélite” radicadas en el exterior, siendo el nombre de estas últimas el único que figura en los archivos de aquélla. Por consiguiente, en el caso de que las Autoridades soliciten cualquier información relativa a alguno de los verdaderos clientes de la financiera local, ésta puede responder que esa persona les es totalmente desconocida, dado que las relaciones que sostiene con ella se encuentran amparadas por la mediación de tales sociedades interpuestas.

Con todo, la actitud de los bancos tiende a cambiar, bien sea por miedo a los controles, bien sea por participar de los criterios que los inspiran. Como resultado de esta nueva forma de actuar, las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales sucios vienen manifestando una creciente tendencia en los últimos tiempos a trasladar sus operaciones hacia otros sectores de la actividad económica en los que les resulta más fácil canalizar el dinero sucio.

Por otra parte, la evolución que ha experimentado el crimen organizado en los últimos años ha favorecido la aparición de redes financieras clandestinas dirigidas única y exclusivamente a facilitar la circulación internacional de dinero sucio. Valiéndose en la mayoría de los casos de la compensación internacional entre sucursales situadas en dos puntos separados por miles de kilómetros, este género de redes —“Hawalla” en los países árabes, “Chop Shop”, “Chiti” o “Hundi” en China y en otros países asiáticos, “Stash House” en Estados Unidos y en Latinoamérica, “Bancos Brujos” en Panamá, etc.—, fundadas en ocasiones sobre vínculos familiares, consiguen transferir dinero en efectivo, títulos valores o metales preciosos sin ninguna constancia documental oficial ni control por parte de las autoridades de ninguno de los dos países. En ocasiones, la necesidad que tiene la red clandestina de contar con una prueba del negocio efectuado se soluciona mediante el empleo de naipes partidos por la mitad.

3. Adquisición efectiva de bienes

La transformación en otros bienes de las ganancias obtenidas a resultas de la comisión de actividades ilegales constituye una de las maneras más conocidas y más simples de alejar esos beneficios de su origen. De hecho, se

sabe que los clanes criminales han incrementado significativamente sus movimientos de dinero a través de medios no monetarios como el oro o los diamantes.

Como ya hemos señalado antes, los recicladores ocultan con bastante frecuencia las ganancias ilícitamente obtenidas transformándolas en otros bienes patrimoniales, ya sean muebles o inmuebles —fincas rústicas o urbanas, metales y piedras preciosas, joyas, colecciones de sellos, obras de arte, antigüedades, etc.—, dotados de una cierta significación económica. A su vez, estos bienes pueden ser vendidos o permutados por otros, incurriendo con ello en un ciclo ilimitado de transacciones dirigido a alejar progresivamente esa riqueza de su origen. En muchas ocasiones, tales maniobras dejan de ser una forma de facilitar la circulación de esas ganancias para constituir en sí mismas auténticos actos de inversión final de las ganancias.

Evidentemente, las posibilidades que ofrece esta técnica de reciclaje se potencian en el momento en que el precio declarado en la transacción sea inferior al valor real del objeto adquirido —*double invoicing*, *double pricing*—. Así, mientras la cuantía manifestada frente a terceros suele satisfacerse con dinero obtenido lícitamente o tras haber sido sometido a un proceso de blanqueo —en cualquier caso, riqueza susceptible de ser justificada—, la diferencia existente hasta alcanzar el importe efectivo del negocio se completa con la entrega de una cantidad aún pendiente de ser regularizada. De este modo, una vez realizada la operación, el adquirente logra deshacerse de una masa patrimonial no confesada, obteniendo a cambio un bien cuyo auténtico valor podrá defender en negociaciones posteriores. Este último procedimiento es frecuentísimo en el mercado inmobiliario, convirtiéndose de hecho en un elemento más de negociación.

En los últimos tiempos, la globalización de los mercados y las grandes diferencias existentes entre los costes de producción en los países del extremo Oriente y en Occidente ha propiciado la tentación de blanquear fondos a través de la gran diferencia existente entre los bienes en origen y el precio de venta a los consumidores finales. Así, ante el caso de prendas de vestir declaradas en frontera a menos de medio euro que se colocan en mercado a seis, cabe sospechar que una buena parte de los beneficios aparentes proceda realmente de la infiltración de capitales ocultos a las instancias públicas de control. Probablemente, esas prendas cuesten más de ese medio euro declarado por unidad; pero este posible desfase con la realidad —que puede resolverse entre las partes facturando menos en origen, aunque el proveedor

cobre la diferencia a través de una operación financiera paralela— permite incorporar a la legalidad fondos ilegales como si fueran beneficios comerciales. Añádase a ello el posible fraude tributario para las arcas del Estado receptor que derive del impago de los aranceles que concurran en el caso.

Sin embargo, hay determinadas ocasiones en las que los recicladores no están en condiciones de acceder directamente a los cauces oficiales para efectuar tales adquisiciones. Con bastante frecuencia, esta clase de operaciones comienzan a gestarse en el mismo ámbito ilegal en el que se produjeron los fondos a blanquear, contexto en el que la riqueza sucia se cambia una o más veces por otros objetos ilícitos. De este modo, la secuencia de compraventas o permutas clandestinas se prolonga hasta que los distintos agentes que participen en tales negociaciones obtengan unos bienes susceptibles de ser reintroducidos en la economía regular sin que ello levante demasiadas sospechas.

4. Instrumentación de transacciones ficticias

En ciertos momentos, el interés de los recicladores no se centra tanto en la transformación un capital sucio en otros bienes como en traspasar su titularidad en favor de otro sujeto. Con independencia de aquellos hipótesis en las que el destinatario de esas ventajas económicas es utilizado para tal fin sin que para ello se cuente en ningún momento con su colaboración —así ha ocurrido en algunas ocasiones con menores, ancianos o disminuidos psíquicos, cuando no de personas ya fallecidas—, lo más corriente es que dos o más individuos, unidos bajo una comunidad de intereses económicos, con vengan en aparentar la celebración de una supuesta transacción económica que sirva para justificar la transferencia de un patrimonio de unas manos a otras. De este modo, se consigue que el capital ilícito circule —y, en definitiva, se blanquee— sin que ello suponga su salida del círculo de poder en el que se generó.

Estas operaciones simuladas pueden estar dotadas de una base material que sirva para disfrazarlas de un elevado grado de verosimilitud. De este modo, se han conocido algunos casos de supuestas compras internacionales de metales preciosos en las que los lingotes de oro cruzaban efectivamente la frontera, si bien luego eran reintegrados clandestinamente por contrabandistas al lugar de donde partieron, manteniéndose el precio abonado por tan singular contrato en poder de los presuntos vendedores. En otras ocasiones, los recicladores han aparentado exportar grandes cantidades de oro en barras

cuando, en realidad, los envíos que remitían al exterior no eran otra cosa que acero dorado. Así actuó el *Cártel* de Medellín en Uruguay —país que ese año fue el segundo exportador de oro del mundo, tras Sudáfrica, según las estadísticas oficiales—, según revelaron las investigaciones seguidas con motivo del caso “Polar Cap”.

No obstante, el grupo de casos en los que la falsedad de la transacción es más evidente está constituido por aquellos supuestos en los que no existe más que un título puramente ficticio —*counterfeit invoice*—, capaz de justificar frente a las instancias oficiales de control el traspaso de una masa patrimonial de una persona a otra, pero que en realidad no se corresponde con ninguna prestación —ni siquiera aparente— de bienes o de servicios. Llegados a este punto, parece confirmarse la regla: “si quieres producir dinero negro, rompe una factura; si quieres blanquearlo, invéntatela”.

Aunque se tiene constancia de algunas de estas hipótesis en el ámbito de las operaciones de intercambio de bienes, es evidente que la técnica de la facturación falsa cuenta con muchas más posibilidades de prosperar en el marco de las denominadas “operaciones invisibles”, es decir, aquéllas en las que tiene lugar el pago o cobro de servicios. A medida que crece el porcentaje de la Renta Nacional generado por el sector terciario de una economía, mayores son las facilidades para blanquear riqueza en ella, toda vez que la intangibilidad de la prestación declarada reduce considerablemente las posibilidades reales de controlar su efectivo cumplimiento. Con ello nos encontramos ante un procedimiento habitualmente utilizado en el marco de la financiación ilegal de partidos políticos, que obtienen fondos libres de sospecha a través de entidades instrumentales creadas al efecto, procedentes de empresas que aparentan prestar servicios inexistentes de consultoría.

En línea con este género de sucesos, también se ha apuntado por algún autor la eventualidad de reciclar dinero a través de la ejecución judicial de deudas derivadas de negocios jurídicos ficticios. Para ello bastaría contar con dos partes puestas de acuerdo: mientras una solicita la satisfacción de un crédito en virtud de un título imaginario previamente pactado —realización de un documento cambiario, reclamación de una indemnización en concepto de unos hipotéticos daños y perjuicios, etc.—, la otra se limita a esperar una sentencia condenatoria o incluso se allana ante las pretensiones del demandante. Todo parece indicar que la acumulación de asuntos ante los Tribunales perjudica las posibilidades de detectar una maniobra semejante.

5. Préstamos de dinero

Las Autoridades de supervisión bancaria han venido advirtiendo en los últimos tiempos a las entidades dedicadas a la intermediación financiera de la progresiva utilización de los contratos de préstamo de dinero como forma idónea para lavar capitales sucios. Evidentemente, las posibilidades de culminar con éxito este tipo de operaciones aumentan a medida que se incrementa el grado de implicación de la entidad de que se trate con los poseedores del dinero a reciclar, alcanzando su máximo en aquellos casos en los que tales sujetos —por lo general, escondidos tras un testaférro radicado en algún paraíso fiscal— son los propietarios de la entidad financiera. Sin embargo, el banco no tiene por qué ser más que un simple instrumento en manos de los blanqueadores que acuden a él fingiendo ser clientes necesitados de financiación.

En muchas ocasiones, los préstamos son utilizados como medio de retornar la riqueza procedente de actividades ilícitas al lugar del que partió en su día para su blanqueo en el exterior. Así, se sabe que ciertas organizaciones criminales han solicitado a bancos situados en el mismo refugio financiero en el que se reciclaron los fondos ilícitos la concesión de cuantiosos créditos a fin de contar con una masa limpia de dinero con la que introducirse en el mercado inmobiliario o en cualquier otro sector de inversión ubicado en el territorio nacional. Naturalmente, la devolución del dinero prestado se efectúa con cargo a las cantidades depositadas en esos “paraísos”, bien sea de manos del propio prestatario, bien a través de cualquier otro sujeto que pudiera presentarse como aparente avalista.

Por otra parte, no conviene descartar la posibilidad de que el beneficiario del préstamo se dote a sí mismo de un disfraz de precariedad económica permitiendo la ejecución de las garantías patrimoniales que ofreciera en su momento para el reembolso del crédito —activos financieros, depósitos en moneda extranjera, avales bancarios de entidades extranjeras, etc.—. De acuerdo a esta forma de proceder, el blanqueador consigue deshacerse de una riqueza que pudiera estar demasiado próxima a la comisión de las actividades ilícitas que la generaron.

Para contar con una causa aparente que justifique la concesión del crédito y atenúe al máximo las posibilidades de que los responsables de la entidad financiera recelen de la finalidad real de la operación, hay ocasiones en las que los recicladores se valen de la organización de espectáculos de masas —artísticos, deportivos, etc.— como excusa válida para solicitar la concesión de préstamos millonarios. Tras obtener esa financiación libre de toda sospe-

cha, su reintegro se efectúa con dinero sucio, si bien declaran hacerlo con las ganancias en metálico logradas a partir de la celebración de tales acontecimientos.

6. Instrumentación de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas

La complejidad de los procesos de blanqueo crece a medida que aumenta la importancia de la masa patrimonial a reciclar. En ese contexto, la circulación de capitales sucios necesita contar con un número cada vez mayor de puntos de apoyo y, en especial, con la cifra más elevada posible de sujetos ajenos a toda sospecha que puedan figurar como titulares de las múltiples transacciones económicas —reales o ficticias— que compongan un ciclo completo de lavado. Así las cosas, no debe de extrañar que los recicladores, a semejanza del resto de la moderna criminalidad económica, hayan demostrado su disposición por constituir cuantas entidades dotadas de capacidad jurídica les sean precisas para poder disfrazar la auténtica naturaleza de sus actividades.

Teniendo presente cuál es la finalidad a la que sirven estas entidades, sus promotores se esfuerzan por dotarlas de un tinte de legalidad lo más perfecto posible, cumpliendo la normativa vigente sobre la materia con objeto de aparentar que su fundación y llevanza tiene lugar en el marco del tráfico jurídico honesto. No obstante, la necesidad de someterse a Derecho, unida a la conveniencia de dificultar al máximo la posible acción de la Justicia, han hecho que la domiciliación de tales sociedades se realice con mucha frecuencia más allá de las fronteras nacionales —*off-shore companies*—, en un intento por buscar en otros ordenamientos más permisivos el amparo que no pudo encontrarse en el propio. En este sentido, resulta fácil comprobar que las jurisdicciones más ventajosas para esta clase de operaciones suelen coincidir con aquellas que acostumbran a recibir el calificativo de “paraísos fiscales”, a pesar de que en estos casos los objetivos tributarios sean subsidarios.

En efecto, las investigaciones policiales y judiciales han dado en incontables ocasiones con las denominadas “sociedades ficticias” —*sham corporations, sociétés fictive*— o “sociedades-buzón” —*letter-box companies, sociétés boîte-aux-lettres, briefkartenfirmer*—, caracterizadas por no contar con ninguna clase de medios de gestión ni de actividades económicas, limitándose tan solo a tener un simple casillero con su nombre situado en un banco o en el despacho de un abogado o de un contable en el que recibir la

correspondencia. Evidentemente, no todos los países aceptan la constitución en su territorio de este género de entidades. Con todo, también es cierto que no siempre es fácil determinar la pertenencia de una determinada corporación a alguna de estas categorías, especialmente si tenemos en cuenta que las implicadas en los procesos de blanqueo suelen distinguirse por mantenimiento aparente de una actividad que no se da en la realidad. Aparte de aquellas que se fundan con el falso propósito de secundar toda clase de finalidades cívicas, benéficas o altruistas bajo la forma de ONG's, lo normal es que las sociedades instrumentales declaren oficialmente su adscripción al sector terciario de la economía —asesoría de empresas, elaboración de informes, etc.—, ámbito en el que es prácticamente imposible fiscalizar el efectivo desarrollo de sus actividades.

Así mismo, los refugios financieros internacionales también son empleados en las operaciones de blanqueo debido al elevado grado de secreto profesional que en ellos se garantiza. Como ya vimos antes, la normativa vigente en algunos de esos territorios no sólo protege el derecho al anonimato de quien desea constituir una persona jurídica valiéndose de un testaferrero —técnica que, por lo demás, se encuentra ampliamente extendida por todo el mundo sin que pueda hacerse demasiado por evitarla—, sino que incluso suprime toda posibilidad de desenmarañar el pacto fiduciario celebrado entre quien se aprovecha en realidad del negocio realizado —*beneficial owner, ayant droit économique, dirittoavente economico*— y el que aparentemente lo efectúa. Si a ello unimos la existencia de una legislación demasiado tolerante a la hora de fijar los requisitos necesarios para que una determinada entidad sea dotada de personalidad jurídica —número mínimo de miembros, capital social, fines de la corporación, etc.—, no nos será demasiado difícil encontrar en estos países algún despacho de abogados que se dedique profesionalmente a mantener a disposición del cliente un amplio muestrario de sociedades ficticias “de papel” o “de estantería” prefabricadas, constituidas, administradas y participadas en apariencia por ellos mismos.

Evidentemente, la supuesta desvinculación que se produce entre un capital y su detentador a través de la constitución de sociedades interpuestas se potencia a medida que aumenta el número de entidades de este género que intervienen en el proceso de reciclaje. De entre todo este marco de actuaciones, posiblemente la que más desarrollo está teniendo hoy día sea la creación de grupos de empresas, pequeñas y medianas, con una complejidad organizativa extrema cuyo fin no es el desarrollo de tipo productivo, sino que responde más bien a la exigencia de ocultación y blanqueo de capital y

restituirlo a los circuitos legales. En última instancia, los blanqueadores se esfuerzan por formar grupos internacionales de empresas ficticias con el fin de favorecer la circulación de la riqueza ilícita entre las mismas. Por lo general, tales entidades se compran acciones las unas a las otras con dinero sucio, convirtiéndose en algo muy remoto la posibilidad de conocer la identidad de las personas físicas que dominan en la práctica estos *holdings* tan especiales.

Contando a su entera disposición con un ramillete de entidades de este tipo, quienes se dedican a reciclar riqueza sucia pueden cruzar entre ellas cuantas transacciones estimen por conveniente. De este modo, las probabilidades de efectuar al margen de todo control muchas de las operaciones que hemos descrito hasta el momento —transferencias de capital, adquisición de valores a nombre de estas sociedades, doble o falsa facturación de bienes o servicios entre ellas, cesión aparente de patentes o *royalties*, préstamos de dinero, etc.— se multiplican casi hasta el infinito.

De todos modos, la complejidad de las operaciones indicadas se reduce a veces de manera considerable cuando el sujeto interpuesto es un simple ser humano. En estos casos, la persona física participa a veces del conocimiento de la operación, siendo por ello un reciclador más. Sin embargo, hay otras ocasiones en las que el sujeto implicado es totalmente ajeno a la transacción —ancianos, disminuidos psíquicos, personas fallecidas, etc.— o, siendo consciente de ella, desconoce la ilicitud de la causa y participa en tales actos llamado por el deseo de conseguir una recompensa fácil. Hace muy poco tiempo, una entidad rusa que se presentaba como agencia matrimonial remitió un correo electrónico a un número indeterminado de personas residentes en España, prometiendo una tentadora comisión a quienes aceptaran recibir en su cuenta bancaria personal importantes sumas —derivadas, según su testimonio, del citado negocio en nuestro país— para luego reintegrarlas y reenviarlas a quienes en cada momento se indicara a través de una conocida empresa dedicada a la ejecución de remesas internacionales. La excusa que se indicaba en el propio *e-mail* para valerse de este procedimiento era muy simple: los altos costes que para la citada empresa implicaría el mantenimiento de una cuenta bancaria en España. El mensaje de correo electrónico se remitió empleando como servidor un portal de Internet en el que es muy fácil conseguir una dirección sin necesidad de aportar ninguna clase de identificación.

C.) Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos

1. Introducción

A menos que el capital sucio sea despilfarrado por quienes lo produjeron o se reintroduzca en el circuito ilegal para financiar la realización de nuevas actividades clandestinas, la última fase del proceso dirigido al aprovechamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos se encuentra constituida por la integración final de esa riqueza vacante en los cauces económicos oficiales.

No obstante, parece oportuno advertir que la reintroducción de una masa patrimonial ilegítima al ámbito lícito del que se detrajo en su día no tiene por qué constituir forzosamente una maniobra de inversión en el sentido más estricto del término. El Diccionario de la Real Academia nos dice que, hablando de caudales, invertir consiste en “emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas”, y es evidente que el objetivo prioritario en un proceso de blanqueo no estriba tanto en situar un capital allí donde el mercado ofrezca una mayor rentabilidad —poco prudente sería un hipotético reciclador que, por ejemplo, se limitara a depositar en un banco los fondos que le hubieren sido encomendados por la única razón de que tal entidad fuera la que prometiera un tipo de interés más elevado— como en desviarlos hacia aquellos sectores en los que sea más difícil descubrir su origen inconfesable, incluso en el caso de que el cumplimiento de este último fin implique un decremento patrimonial.

Por ello, no debe de extrañar que las redes de blanqueo se entreguen a la administración de negocios que, si bien pueden ser absolutamente ruinosos, puedan operar a modo de magníficas “lavadoras” en las que dotar de apariencia lícita a cuantos beneficios ilegales se presenten. Con todo, si realizáramos una valoración del problema que trascendiera más allá de esa perspectiva puramente pecuniaria, quizás fuera más fácil aceptar el concepto de inversión antes indicado, pues el beneficio que implica el pacífico disfrute de unas rentas ilícitas puede compensar con creces los costes derivados de las pérdidas dinerarias en las que se incurriere.

A fortiori, la imposibilidad de equiparar el destino final de las ganancias ilegales con la inversión de las mismas se acrecienta si analizamos la cuestión desde la perspectiva estrictamente económica. Técnicamente, sólo las empresas —es decir, aquéllos sujetos que lanzan al mercado bienes y servi-

cios— pueden realizar inversiones en el sentido más riguroso del término, adquiriendo capital con vistas a obtener una mejora de la producción y, en su caso, un incremento del beneficio empresarial.

Por otra parte, debe tenerse presente que el ejercicio de compartimentación que ahora se concluye —*colocación, conversión, e integración* de capitales sucios—, si bien puede ser aceptado desde el punto de vista conceptual sin demasiadas reservas como una fórmula idónea para facilitar la investigación de una realidad bastante compleja, revela ciertas deficiencias a la hora de ponerlo a prueba en el campo de la práctica. Las tres fases citadas del proceso de blanqueo se solapan con bastante frecuencia, llegando incluso a coincidir en no pocas ocasiones. Creemos que esta circunstancia justifica la relativa brevedad del presente apartado, último elemento de la citada terna, que se convierte de este modo en una suerte de furgón de cola —aunque no por ello menos importante, por supuesto— en el que sólo se describen aquellas hipótesis cuya especial naturaleza difícilmente hubiera permitido su acomodo en los asientos de alguno de los dos vagones precedentes.

2. Factores que favorecen la integración

Si bien no es demasiado difícil encontrar un cierto número de referencias bibliográficas dedicadas directa o indirectamente al estudio fenomenológico del blanqueo de capitales y al de su tan abundante casuística, resulta mucho más complicado descubrir alguna obra en la que se analicen con algún detenimiento las razones por las cuales los recicladores escogen determinados sectores de la economía lícita en perjuicio de otros como lugares hacia los cuales destinar las ganancias ilegales que les son confiadas.

Según COLOMBO, son tres los factores que determinan el grado de aptitud de un determinado sector económico con vistas a la reintroducción en el mismo de la riqueza sucia. Como es de todos conocido, a medida que un solo sujeto logra acaparar una mayor proporción de la oferta de bienes o servicios en el mercado de que se trate, más fácil le resulta evitar los controles espontáneos que derivan del sistema de libre competencia —adecuación del precio a la demanda, baremos de calidad de los productos, etc.— y, por consiguiente, cuenta con mayores posibilidades de planificar sin sobresaltos la progresiva ampliación de las actividades de un modo totalmente independiente. Así las cosas, la perspectiva de poder erigirse en monopolio sería el primero de los citados factores, dado que la estabilidad que caracteriza a un

mercado semejante facilitaría la infiltración incontrolada de capitales sucios en la economía diaria.

El segundo elemento estaría relacionado con la eventualidad de que la aplicación masiva de capitales sucios sobre el sector económico considerado dé lugar a una inmediata productividad. Con todo, ya sabemos que éste es un aspecto que se encuentra claramente subordinado al objetivo primordial perseguido por los recicladores, esto es, la total desvinculación de la riqueza ilícita a su origen y la ocultación de la procedencia de tales fondos. De poco serviría situar una ingente masa patrimonial en el negocio más provechoso imaginable si con ello quedara al descubierto su auténtica naturaleza.

El tercero y último de los factores recogidos por el mencionado jurista italiano, aun siendo ajeno a la actividad económica en sí misma, conlleva tanta importancia que puede determinar que el interés de los blanqueadores por un determinado mercado respecto de otro u otros se modifique radicalmente. Nos referimos con ello al sistema de controles jurídicos al que se encuentren sometidos tales sectores por la legislación vigente en un momento dado. La existencia de una normativa administrativa eficaz, destinada a vigilar la ejecución conforme a los cánones de la buena fe de aquellas transacciones susceptibles de ser utilizadas como medio de lavar capitales sucios, constituye una forma excelente de evitar el reciclaje de los mismos.

Aun aceptando los tres criterios expuestos, a continuación nos permitimos señalar otros dos más que, a nuestro juicio, cobran una especial importancia en aquellos casos —frecuentes en extremo— en los que las operaciones de blanqueo no responden a la necesidad de legalizar las ganancias obtenidas a partir de la comisión de un hecho ilícito aislado sino que, por el contrario, son el medio a través del cual se blanquean los beneficios derivados de una actividad delictiva ininterrumpida desarrollada por una organización criminal.

En efecto, hay ciertos sectores de la economía que, además de soportar en mayor o menor medida la recepción de fondos para su blanqueo, ofrecen otras ventajas añadidas encaminadas directamente a consolidar, potenciar o facilitar el ciclo generador de capitales ilegales. Así las cosas, estamos convencidos de que la perspectiva de dominar un haz de entidades capaces de coadyuvar de algún modo a perpetuar la producción de riqueza sucia —empresas de seguridad, industrias lícitas dedicadas a la fabricación de armas o de sustancias químicas, compañías de transportes internacionales, etc.—

es lo suficientemente halagüeña como para que los recicladores sientan cierta predilección por las mismas.

Con todo, pensamos que el objetivo más codiciado por quienes gestionan los procesos de normalización de rendimientos sucios consiste en lograr el dominio de empresas cuya actividad les permita, a su vez, lavar cuanto riqueza sucia pase a través de ellas. De esta manera, los recicladores no sólo procuran el blanqueo de un patrimonio determinado, sino que también multiplican su capacidad de maniobra conforme a los patrones propios de una progresión geométrica al dotarse a sí mismos de los medios necesarios para mantener permanentemente abiertos los cauces a través de los cuales canalizar esas rentas hacia el ámbito de la legalidad. Resulta mucho más práctico comprarse una lavadora que llevar la colada todos los días a la lavandería, pues nunca se sabe si el establecimiento puede quebrar, si va a aumentar su tarifa, si acaso emplea el detergente más eficaz contra las manchas o si un día puede darnos con la puerta en las narices.

3. Algunos ejemplos concretos

Resulta difícil encontrar un ámbito económico en el que se manifiesten simultáneamente todas las características que sirven de reclamo para el dinero ilícito, razón que lleva a los recicladores a aguzar el ingenio de cara a la búsqueda del mercado más favorable y a sopesar cuidadosamente tanto las ventajas como los inconvenientes que cada uno de ellos esconde.

A continuación recogemos un limitado catálogo de hipótesis de regreso de capitales sucios a los circuitos oficiales que habrá que sumar a aquellas otras ya citadas en este mismo apartado o en otros anteriores. El listado es breve por necesidad, pues la pretensión de realizar un análisis exhaustivo de la cuestión nos llevaría de manera obligada a estudiar las potencialidades de un número prácticamente interminable de sectores de actividad económica, tarea que estimamos prácticamente imposible, amén de inconveniente a los efectos del presente trabajo. Por ello nos limitamos a exponer una serie de supuestos que hemos considerado de especial importancia, ya sea por la frecuencia con la que se manifiestan en la práctica, ya por su relevancia puramente cuantitativa.

La inversión en el sector financiero y el dominio de la gestión de la actividad crediticia constituyen objetivos dotados de un poderoso atractivo. La posibilidad de servir de cauce de inmensas fortunas hace que estas empresas se encuentren, sin lugar a dudas, entre las más codiciadas por las organiza-

ciones dedicadas al reciclaje. Por otra parte, conviene tener presente que el sistema bancario es, además, el principal receptor de la documentación relativa a toda clase de intercambios comerciales, ofreciendo con ello la posibilidad de manipular tales registros según convenga.

Los mercados del juego y de las apuestas autorizadas ofrecen así mismo excelentes posibilidades de blanquear riqueza sucia —total anonimato de las transacciones, imposibilidad práctica de someterlas a una eventual reconstrucción, rentabilidad inmediata del negocio, total estabilidad, etc.—, llegando a afirmar que es éste el sector sobre el que convergen todos los factores que pueden facilitar una operación de lavado de capitales a gran escala.

La práctica de algunos países nos demuestra que la contratación pública es una de las áreas que mayor delincuencia económica aglutina, convirtiéndose en el destino de un volumen considerable de fondos ilegales. A tenor de las noticias que de allí proceden, la situación resulta paradigmática en Italia, país en el que la constelación de las adjudicaciones públicas —los famosos *appalti*— es invadida con mucha frecuencia por el capital procedente de las actividades de la *Mafia*, la *Camorra*, la *N'Drangheta* o la *Sacra Corona Unita*. En relación con este tema, creemos necesario advertir de los riesgos que implica una regulación en materia de contratos del Estado que se base predominantemente en consideraciones de índole pecuniaria: coste estimado de la obra o servicio proyectado, precio ofrecido por el potencial concesionario, etc. Tras el ofrecimiento de una plica inmejorable puede esconderse el interés de una organización criminal por blanquear una enorme masa de dinero, aun a costa de perder una porción del mismo.

Otra de las formas más eficaces de lograr el mantenimiento de cauces expeditos para la realización continuada de operaciones de blanqueo consiste en desviar fondos ilícitos para constituir o adquirir empresas cuya normal actividad en el mercado les permita contar con enormes cantidades de dinero en metálico. Además de los sectores de la intermediación financiera o del juego, citados pocas líneas arriba, merecerían ser mencionados sin duda alguna todos aquellos negocios vinculados al ámbito de las llamadas “transacciones-masa”, así como algunos otros como el campo ocupado por las entidades de seguros.

Igualmente, se viene observando el interés de las organizaciones criminales por apoderarse de empresas lícitas, sea cual fuere el sector al que pertenezcan, que se encuentren en situaciones económicas apuradas, incluso

próximas a la quiebra. En efecto, parece ser que una de las últimas formas a través de las cuales se procura el afloramiento de la riqueza sucia a la legalidad consiste en inocular todo ese patrimonio en explotaciones mercantiles en crisis a fin de procurar su reflotamiento y, eventualmente, su ulterior enajenación a cambio de un capital absolutamente libre de toda sospecha. Cabe la posibilidad de que ese apoyo financiero adopte en un primer momento la forma de un préstamo por parte de las organizaciones criminales en condiciones más favorables que las dadas por cualquier otra entidad de crédito a una empresa en crisis a fin de hacerse luego con su control. Valorado todo ello en su conjunto, creemos oportuno tener muy presente la eventualidad de que ciertos empresarios dotados de una audacia y de una capacidad de sacrificio tan aparente como falsa —presuntos garantes del mantenimiento de plantillas de trabajadores en épocas de recesión— se ganen la confianza, si no el favor, de las instituciones públicas y de la sociedad en general.

No deberíamos de concluir este breve muestrario de grupos de casos sin antes citar un procedimiento de retorno de las ganancias sucias cuya eficacia trasciende mucho más allá del plano jurídico-económico para proyectarse sobre el tejido social, generando en éste un alarmante sentimiento de armonía con las organizaciones criminales, versión adaptada a nuestros días del “pan y circo” que con tanta frecuencia ha servido de instrumento a las tiranías que ha conocido la Historia para comprar el apoyo de sus súbditos y, con ello, la estabilidad en el poder. Como si de modernos césares se tratase, los dirigentes de esos clanes no dudan a la hora de destinar una parte sustancial de sus ganancias a la creación de infraestructuras allí donde más falta hacen —colegios, hospitales, guarderías, carreteras, casas de acogida, instalaciones deportivas, etc.—, cuando no al puro obsequio en metálico. Por otra parte, la imagen de padrino mafioso también se enmascara tras la postiza bonhomía de un aparente padrino benéfico a través de la organización de grandes espectáculos para el disfrute de sus conciudadanos —financiación de equipos deportivos plagados de estrellas internacionales, organización de carreras de automóviles o de combates de boxeo, festejos taurinos, etc.—.

En tal sentido, resultan paradigmáticos los casos de ciertos narcotraficantes a quienes se les dedican capillas donde rezar por su alma... y seguir pidiéndoles su ayuda. La propia Iglesia Católica mexicana ha expresado últimamente su preocupación por el culto a la “Santa Muerte”, mezcla de rituales en la que la veneración por el poder derivado de los usos mafiosos tiene mucho que ver.

**II. PENALIZACIÓN DE LAVADO DE
DINERO. ASPECTOS SUSTANTIVOS.
PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES
INTERNACIONALES**

PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES PARA LA PENALIZACIÓN DEL LAVADO DE DINERO. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Dr. ISIDORO BLANCO CORDERO *

Sumario

I. Introducción. II. Instrumentos internacionales relativos al lavado de activos. III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales. 1. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia. 1.1. La conversión de bienes procedentes de un delito grave. 1.2. La transferencia. 2. La ocultación o encubrimiento. 2.1. La ocultación. 2.2. El encubrimiento. 3. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir. 3.1. La adquisición de bienes. 3.2. El transporte. 3.3. La posesión y la tenencia. 3.3.1. Introducción. 3.3.2. Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia. 3.3.3. Distinción entre tenencia y posesión. 3.4. La utilización. 3.4.1. Introducción. 3.4.2. Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización. 3.5. La administración. 3.6. El problema de las acciones socialmente adecuadas. 4. Examen especial de la conducta omisiva. IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales. 1. En la normativa internacional. 2. Características que debe reunir. 2.1. Amplitud del término. 2.2. Necesidad de conexión con un delito previo. 2.2.1. La conexión de los bienes con un delito previo. 2.2.1.1. Clases de delitos previos. 2.2.1.2. La accesoriedad. 2.2.1.3. Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo. 2.2.2. El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena. 2.2.3. Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero. V. El sujeto activo en la normativa internacional. VI. Responsabilidad de las personas jurídicas (sanciones), según los instrumentos internacionales. VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia. 1. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo. 2. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del *dolus subsequens*. 3. La ignorancia intencional. 4. ¿Elementos subjetivos específicos? 5. El error en el delito de lavado de activos. 6. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia. VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa. 1. Actos preparatorios punibles. 1.1. Introducción. 1.2. Normativa internacional. 2. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional. IX. Causas de justificación. Especial atención a la actividad de los abogados. 1. Actividad de asesoramiento. 2. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al

* Profesor Titular de Derecho Penal - Universidad de Vigo.

abogado con bienes de origen delictivo. X. Tipicidades agravadas según las recomendaciones internacionales. 1. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte. 2. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas. 3. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. 4. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo. XI. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito. XII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas. 1. Lavado de activos y receptación. 2. Lavado de activos y encubrimiento. 3. Lavado de activos y otras figuras delictivas. 4. Unidad y pluralidad de acciones.

I. Introducción

El lavado de activos es uno de los fenómenos criminales que más atención ha suscitado a nivel internacional. De hecho, son numerosos los **instrumentos internacionales**, multi- y bilaterales, que tratan de enfrentarse a él. Objetivo de esta contribución es evidenciar el estado actual de los principios y recomendaciones internacionales contenidos en estas iniciativas para la sanción penal del lavado de dinero, con atención exclusiva a los aspectos sustantivos.

II. Instrumentos internacionales relativos al lavado de activos

El delito de lavado de activos, a diferencia de los delitos más clásicos (homicidio, robo, etc.), es de **tardía aparición**. Una de las primeras referencias internacionales a este fenómeno la encontramos a finales de los años 70 del siglo pasado, cuando el Consejo de Europa abordó los graves problemas que en el marco de los países miembros planteaba el lavado de activos de origen delictivo. Esto llevó a la aprobación de la Recomendación N° R(80)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980. Las recomendaciones dirigidas a sus Estados miembros tienen como objetivo garantizar que el sistema bancario colabore y preste asistencia a las autoridades judiciales y policiales en la lucha contra el lavado de activos¹.

¹ Cfr. ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Pamplona, 1997, pgs. 119 ss.

Hay que esperar hasta el mes de diciembre de 1988, cuando el **Comité de Basilea** sobre Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias (compuesto por representantes de los bancos centrales del Grupo de los diez países más industrializados (G-10)) promulgó una declaración de principios urgiendo a los bancos y otras instituciones financieras a tomar medidas para impedir que puedan ser utilizados para el lavado de activos. Estas medidas incluyen: obtener información sobre la identidad de sus clientes, adoptar medidas para averiguar la verdadera titularidad de las cuentas y bienes, rechazar la realización de negocios con clientes que se nieguen a proporcionar información sobre su identidad y a cooperar con las autoridades, rechazar la realización de transacciones sospechosas, y adoptar acciones legales apropiadas en respuesta a las transacciones sospechosas².

Pero hasta finales de los años 80 no se llevó a cabo un intento serio de lucha contra el lavado de activos. Este tuvo lugar en el marco de las **Naciones Unidas**, donde se concertó en 1988 la Convención contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas³. Característica esencial de esta Convención es que impone a los Estados Parte la obligación de sancionar penalmente el lavado de bienes procedentes de delitos relativos a las drogas. Este es el instrumento internacional vinculante de mayor relevancia en la materia, debido a que todos los posteriores tienen como base tal Convención.

Así, por ejemplo, el **Consejo de Europa** aprobó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Las novedades más importantes son que se refiere al lavado de bienes procedentes de cualquier delito (y no sólo del tráfico de drogas), y que tipifica los comportamientos de lavado imprudentes en lo relativo a la verificación de la procedencia de-

² Para más información cfr. RUIZ VADILLO "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 de julio de 1992, nº 1641, pgs. 4277 ss, pg. 4279; GOMEZ INIESTA, D. J., "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español", en Estudios de Derecho Penal Económico, Arroyo Zapatero, L. A./Tiedemann, K. (Comps.), Universidad de Castilla-La Mancha, pgs. 137 ss, pg. 143; BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 144 ss; ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, La prevención del blanqueo de capitales, Pamplona, 1998, pgs. 56 ss.; ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, Madrid, 2000, pgs. 109 ss; PALMA HERRERA, José Manuel, Los delitos de blanqueo de capitales, Madrid, 2000, pgs. 32 ss.

³ Cfr. sobre esta los antecedentes de esta Convención, BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., Capítulo II; PRADO SALDARRIAGA, "La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales".

lictiva de los bienes⁴. Este Convenio ha sido recientemente modificado, para incluir, entre otras cosas, la financiación del terrorismo. Ahora se le conoce como Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Sobre la base de ambas Convenciones, la **Comunidad Europea** (CE, actual Unión Europea) aprobó en el año 1991 la Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos. Con ella se inicia una acción contra el lavado de activos dirigida a la adopción de medidas de coordinación a escala comunitaria. Estas medidas se derivan, fundamentalmente, de la preocupación sentida en la CE por el crimen organizado y el tráfico de drogas. Junto a la Directiva, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, realizaron una declaración en la que se comprometían a tomar, a más tardar antes del 31 de diciembre de 1992, "todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal que les permita cumplir sus obligaciones" derivadas del Convenio de Viena, del Convenio del Consejo de Europa y de la Directiva 91/308/ CEE. En el año 2001 se aprobó una nueva Directiva con el objetivo de modificar algunos aspectos de la de 1991, como por ejemplo los sujetos obligados por los deberes que esta impone.

La **Organización de Estados Americanos** (OEA) también ha emprendido acciones dirigidas a suprimir el flujo de narcóticos y de productos ilícitos a través de su territorio. En la Conferencia de la OEA sobre tráfico de drogas que tuvo lugar en Río de Janeiro, del 22 al 26 de abril de 1986, se recomendó a la Asamblea General la creación de una Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)⁵. Desde su fundación ha establecido diversos mecanismos para combatir el lavado de activos. En febrero de 1991, la CICAD reunió un grupo de expertos que preparó un reglamento modelo contra el lavado de activos, en el que recomendaba a los países miembros que aprobasen legislación tendente a tipificar como delitos todas las actividades relacionadas con el lavado de los productos procedentes del tráfico ilícito de drogas⁶. La CICAD aprobó en marzo de 1992 el

⁴ Extensamente sobre las diferencias con la Convención de Viena, cfr. BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 124 ss.

⁵ Cfr. Capítulo IV, nº 1 a) del Inter-American Program of Action of Río de Janeiro Against the Illicit Use and Production of Narcotic Drugs and Psychotropics Substances and Traffic Therein, April 1986.

⁶ Cfr. *Initiative by the Organization of American States to Prepare Model Regulations on the Laundering of Property and Proceeds Related to Drug Trafficking: Articles Considered by the Inter-*

"Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos", y posteriormente lo hizo la Asamblea General de la OEA, en la octava sesión plenaria celebrada el 23 de mayo de 1992, en las Bahamas. El Preámbulo y la introducción del Reglamento modelo toman como referencia expresa las disposiciones del Convenio de Naciones Unidas de 1988. Las disposiciones del Reglamento modelo pivotan sobre la mencionada Convención, en cuyo contenido se inspiran y pretenden desarrollar. Este Reglamento no es un Convenio vinculante, de manera que su incumplimiento no conlleva consecuencias jurídicas negativas para los Estados.

Posteriormente el **Grupo de Expertos** para el Control del Lavado de Activos se reunió en Santiago, Chile, en octubre de 1997, en Washington, D.C., en mayo de 1998 y en Buenos Aires, en octubre del mismo año, e introdujo una serie de modificaciones al mencionado reglamento modelo, que fueron aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999. La mayoría de estas modificaciones han de ser positivamente valoradas, en la medida en que acogen las tendencias más novedosas en la materia, ampliando el delito de lavado a las acciones de reciclaje que recaiga, no sólo sobre bienes procedente en delitos de tráfico ilícito de drogas, sino también de otros delitos graves. Han sido diversas las modificaciones llevadas a cabo por el Grupo de Expertos siendo las últimas las procedentes de los informes finales de las reuniones del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), celebradas en Washington D.C. del 13 al 15 de Julio de 2004, y en Bogotá, Colombia del 14 al 18 de noviembre, 2005⁷.

En Centroamérica las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá suscribieron, en el marco de la XIX cumbre de presidentes centroamericanos, que tuvo lugar en Panamá el 12 de junio

American Group of Experts, 9-13 December, 1991, Doc. OEA/Ser.L/XIV.4.4,CICAD/GT.LAVEX/doc.20/91; Model Legislation for the Group of Experts Responsible for Preparing Model Regulations on the Laundering of Property and Proceeds Related to Drug Trafficking, (Articles considered by the Group of Experts, December 9 to 13, 1991).

⁷ Cfr. El documento Proyecto de resolución. *Modificaciones al Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos* (Aprobado por la Comisión General en su sesión del 22 de mayo de 2006).

de 1997, el **Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos**. En él se pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero y el Decomiso en Materia de Drogas del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) de 1995. El artículo 2 de este Convenio obliga a las partes a tipificar penalmente el delito de lavado de activos. Las conductas constitutivas de este delito son prácticamente idénticas a las previstas en la Convención de Naciones Unidas.

Todos estos instrumentos internacionales, como decimos, imponen a los Estados parte la **obligación de sancionar penalmente el lavado de activos**.

Hay otras iniciativas de interés emprendidas en el ámbito de las Naciones Unidas. Así el 9 de diciembre de 1999 se adoptó el **Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo**. Si bien no hace referencia expresa al lavado de activos, exige expresamente la sanción del delito de financiación del terrorismo, que da cabida a la conducta de quien "por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte" para cometer delitos de terrorismo (art. 2.1).

Es de destacar también la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)**. En el mes de diciembre de 2000 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁸. Con el propósito de "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional" (art. 1), esta Convención contiene disposiciones relativas al lavado de activos. En concreto, los artículos 6 y 7 se refieren, respectivamente, a la "penalización del blanqueo del producto del delito" y a las "medidas para combatir el blanqueo de dinero".

También en el seno de las Naciones Unidas se negoció la **Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción** (conocida como *Convención de*

⁸ Para ello se celebró una Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, en Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000.

Mérida), que fue abierta a la firma en dicha ciudad mejicana el 9 de diciembre de 2003. El artículo 23 de este precepto contiene el delito de blanqueo del producto del delito, inspirado en gran medida en el Convenio de Viena de 1988. Impone la obligación de tipificar penalmente el delito de lavado, con una advertencia a que cada Estado ha de velar para que el marco de delitos previos sea lo más amplio posible.

Por último, es de destacar que en el marco de las Naciones Unidas, y en concreto, de la Oficina de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, se ha creado el **Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero** (GPML, en sus siglas en inglés), que es el instrumento más importante del que dispone esta organización internacional en esta materia. Mediante este Programa Mundial las Naciones Unidas ayuda a sus Estados miembros a introducir legislación contra el blanqueo de dinero y a desarrollar y mantener los mecanismos que hacen frente a este fenómeno delictivo⁹. Entre otras cosas, elabora legislaciones modelo para servir de orientación a los países que pretendan implementar leyes contra el lavado. Destacan sobremanera en este ámbito dos legislaciones modelo:

a) La Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999)¹⁰.

b) la Ley Modelo sobre el blanqueo de dinero y los productos del delito (*Model Money Laundering and proceeds of crime bill*) (2000)¹¹.

La diferencia entre ambas radica fundamentalmente en los países a los que van dirigidas. Y es que la segunda se refiere a los países cuyos sistemas jurídicos se basan en la tradición del *common law*. Por ello, entiendo que la primera ley modelo es la que más relevancia puede alcanzar para nuestros sistemas jurídicos. Dicha Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999) es un útil jurídico elaborado por un grupo oficioso de expertos internacionales¹², que ha tenido en cuenta los distintos instrumentos internacionales relativos al lavado de activos. Su objetivo es facilitar la elaboración de disposiciones legislativas por parte de los países que deseen crear una legislación contra el la-

⁹ Además el GPML coordina el *International Money Laundering Information Network* (ImoLIN) en nombre de las Naciones Unidas, el GAFI, Interpol, el Consejo de Europa, la Secretaría de la Commonwealth y el Grupo Asia/Pacífico sobre el blanqueo de dinero.

¹⁰ Disponible en <http://www.imolin.org/ml99spa.htm>.

¹¹ Disponible en <http://www.imolin.org/poc2000.htm>.

¹² Este grupo de expertos se reunió en Viena en marzo de 1999.

vado de activos, o modernizar la ya existente. En todo caso, como su propio nombre indica, es una norma modelo que carece de fuerza vinculante.

III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales

El análisis de la normativa internacional permite hacer una primera **clasificación** de las conductas constitutivas de lavado de activos: en primer lugar, las realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se produzca tal ocultación o encubrimiento; en segundo lugar, las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; finalmente, comportamientos realizados sobre los bienes de origen delictivo sin ninguna intención específica.

- a) Las primeras, esto es, las dirigidas a ocultar o encubrir el origen de los bienes, se encuentran recogidas en el artículo 3 b) i) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6.1. a) del Convenio del Consejo de Europa y en el art. 6.1.a) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Los términos empleados para describirlas se refieren a la “**conversión**” y a la “**transferencia**” de los bienes de origen delictivo, para ocultar o encubrir su procedencia. De todas las conductas tendentes a la ocultación o encubrimiento, solamente las que consistan en la conversión o transferencia de los bienes son constitutivas de lavado. También lo es la participación en la conversión o transferencia de los bienes¹³.
- b) Las segundas, recogidas en el artículo 3 b) ii) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6 1. b) del Convenio del Consejo de Europa, en el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA, y en el art. 6.1.1.ii) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, se refieren a la **ocultación o encubrimiento** (simulación dice con mejor criterio la convención contra la delincuencia organizada transnacional y disimule dice el art. 2.3 del Reglamento

¹³ Artículo 3 1. c) iv) del Convenio de Viena; artículo 1 Directiva CE; artículo 6 1. d) del Convenio del Consejo de Europa.

Modelo de la OEA)¹⁴ de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o derechos relativos a tales bienes origen delictivo. Todas las acciones que produzcan la ocultación o el encubrimiento de bienes de procedencia delictiva o de derechos sobre los mismos, son constitutivas de lavado de activos. También lo es la participación en tales actividades¹⁵.

- c) Por último, aluden los instrumentos internacionales al definir el lavado de activos a otra serie de conductas: la "adquisición", la "posesión" y la "utilización"¹⁶, así como la "tenencia" y la "administración"¹⁷ de los bienes de procedencia ilícita. Por su parte, el Reglamento Modelo de la OEA castiga las ya aludidas conductas de "conversión", "transferencia" o "transporte" de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se encuentren movidas por la intención de ocultar o encubrir su procedencia. Es importante destacar que estos comportamientos en los Convenios de Naciones Unidas (y también en el Convenio de Estrasburgo y Viena) se castigan a reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado (art. 3.1.c) del Convenio de Viena).

De lo descrito se desprende que los legisladores internacionales pretenden evitar que quede alguna laguna en la punibilidad de las conductas de lavado de activos. Se trata de una descripción que incorpora **fórmulas omnicomprendivas**, de gran casuismo¹⁸, que dan cabida prácticamente a todo comportamiento que suponga un contacto con bienes de origen delictivo.

¹⁴ Esta es nuestro juicio la mejor expresión, y evita confusiones con el delito de encubrimiento. Ampliamente sobre esto ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, Barcelona, 2005, pgs. 158/9.

¹⁵ Artículo 3 1. c) iv) del Convenio de Viena; artículo 1 Directiva CE; artículo 6 1. d) del Convenio del Consejo de Europa.

¹⁶ Artículo 3 1. c) i) del Convenio de Viena; artículo 1 de la Directiva CE; artículo 6.1. c) de la Convención del Consejo de Europa.

¹⁷ Art. 2.2 Reglamento Modelo OEA.

¹⁸ *Cfr.* PRADO SALDARRIAGA, "La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales", evidencia el excesivo casuismo de estas descripciones. Con todo, como acertadamente afirma, estas características son las que han inspirado la descripción de los convenios internacionales en materia de tráfico de drogas.

1. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia

1.1. La conversión de bienes procedentes de un delito grave

Uno de los términos empleados en los instrumentos internacionales es el de "**conversión**". Las conductas consistentes en la conversión de bienes procedentes de un delito, con intención de ocultar o encubrir su origen, son constitutivas de lavado de activos. De lo que se trata ahora es de determinar su contenido, esto es, en qué ha de consistir la conversión de los bienes procedentes de un delito, y su alcance, es decir, la delimitación del ámbito de prohibición mediante el recurso a las modalidades de conversión.

Un criterio de interpretación puede provenir del **Convenio de Viena** y de los proyectos que le precedieron. El "Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" elaborado por el Secretario General, al definir "blanqueo" en el art. 1.j) se refería a la "conversión del producto por transmisión electrónica". Posteriormente, otro proyecto incluía la conversión junto con las conductas de ocultación y encubrimiento. Finalmente el texto definitivo sanciona la conversión y la transferencia en el mismo artículo (art. 3.1.b.i)).

El primer nivel de **interpretación** al que podemos acceder es el gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que el término conversión consiste en la "acción y efecto de convertir o convertirse", así como en la "mutación de una cosa en otra". El término "convertir" se define como "mudar o volver una cosa en otra". Hemos de partir de esta interpretación, así como de la interpretación funcional, determinada por el fin de luchar contra el lavado de activos procedentes de un delito, para fijar el contenido del término que nos ocupa. Un contenido que debe adecuarse al objetivo que se persigue de lucha contra el lavado de activos, pero que no puede sobrepasar lo que es su sentido gramatical, desvirtuándolo o dejándolo sin sentido. De la interpretación gramatical podemos deducir una característica (en nuestra opinión la esencial) consistente en que los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito. De ahí el carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo. Ello se aprecia fundamentalmente en este delito donde el objeto material despliega una gran influencia sobre el contenido de la acción típica, y más concretamente sobre el comportamiento de conversión.

El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de **recaer directamente sobre el objeto material**. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas a las originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta. Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador. De lo contrario se originaría una laguna de punibilidad al quedar impune el blanqueador que ordena a un tercero, que no conoce el origen de los bienes, llevar a cabo tal transformación, al no ser él mismo quien la lleva a cabo¹⁹. En cualquier caso, es indiferente que la mutación sea reversible (transformación de dinero en cualquier título al portador) o no (transformación de una joya con importante valor histórico en oro)²⁰.

El **límite inferior** de la tipicidad viene dado por la descripción de la siguiente conducta típica: la transferencia. Cuando los bienes resultantes de una acción de transferencia de los que proceden de un delito son otros totalmente diferentes no basados en los originarios, estaremos ante otra conducta también típica no subsumible en el tipo de conversión. La doctrina considera que la acción típica de "convertir" hace referencia a un "proceso de sustitución"²¹ característico del lavado de activos que normalmente se realiza mediante diversas operaciones financieras o de otro tipo. Según esta

¹⁹ También cabría admitir que existe autoría mediata con instrumento que actúa sin dolo.

²⁰ Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 226; MORENO CANOVES, Antonio/ RUIZ MARCO, Francisco, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, Castellón, 1996, pg. 388.

²¹ GOMEZ INIESTA, "blanqueo de dinero", cit., pg. 151. ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Granada, 1993, pg. 216, opinan que convertir es "cambiar, transformar o permutar una cosa", de manera que la conversión consiste en "el cambio del bien obtenido de la comisión del delito por otros de naturaleza distinta.."

interpretación, quedarían abarcados los supuestos en que los bienes procedentes de un delito grave son transmitidos a título oneroso, de manera que el bien originario es sustituido por otro en el patrimonio del blanqueador. Sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible considerar estos supuestos como transferencia de bienes, mientras que la conversión quedaría reservada exclusivamente a los supuestos de transformación. En la práctica esta cuestión no tiene mucha relevancia, pues ambos son comportamientos subsumibles en la amplísima descripción típica del Convenio de Viena. Por eso, discutir si quien transmite a título oneroso (si fuese a título gratuito estaríamos indudablemente ante una transferencia) un bien procedente de un delito convierte o transfiere²² no tiene mucho sentido. La conversión del bien de origen delictivo no necesariamente ha de ser por otro de naturaleza distinta²³, sino que también comprende supuestos en los que se convierte en otro de la misma naturaleza²⁴.

En cualquier caso, la referencia a la acción típica de "convertir" ha sido calificada por algún autor como "muy acertada"²⁵ desde las posturas que interpretan tal término en el sentido de "proceso de sustitución". En nuestra opinión, y estimando que hace referencia a la transformación²⁶ de los bienes, también es una **medida positiva**, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes.

1.2. La transferencia

Otro de los términos que emplean los instrumentos internacionales para describir la acción típica es el de "**transferir**" bienes con la intención de ocultar o encubrir su origen.

²² Como hace PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 429/430.

²³ Entienden que sí que ha de ser por otro bien de naturaleza distinta ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, cit, pg. 216.

²⁴ Cfr. ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, cit., pgs. 111 ss, hace un completo estudio de esta conducta, distinguiendo entre conversiones materiales e inmateriales.

²⁵ Cfr. GOMEZ INIESTA, "blanqueo de dinero", cit., pg. 151.

²⁶ En el mismo sentido ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 225.

Una **interpretación gramatical** del término "transferencia" lleva a algún autor a considerar que "transferir" consiste en llevar una cosa de un lugar a otro, transmitir o traspasar²⁷. Por tanto, esta transferencia se produce no sólo con el cambio de ubicación de un bien, sino también cuando se transfiere el bien a terceros²⁸.

Para la realización del injusto es necesaria la transferencia efectiva de los bienes procedentes de un delito. Cuando se transfiere un bien, se está haciendo referencia a la **transmisión de los derechos** sobre el mismo. Desde el punto de vista civil se entiende que la transmisión supone traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad²⁹. La transmisión en Derecho civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causas de la transmisión. Con carácter próximo a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su titular (incluidos supuestos en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto inter vivos³⁰.

El problema reside en determinar si optamos por el concepto civil de transferencia, o si, por el contrario, la transferencia tiene un significado autónomo en el Derecho Penal. Si desde un punto de vista teleológico se pretende restringir la circulación en el tráfico económico de los bienes contaminados, parece más correcto acoger el concepto civil. De esta manera, el tipo abarcaría el **traspaso de los derechos** que recaigan sobre los bienes procedentes de un delito. De adoptar un concepto diferente, que admita algún tipo de traspaso por cualquier título, podría ser una vía de escape para los blanqueadores, quienes tratarían por todos los medios de dirigir sus negocios traslativos hacia tales excepciones.

La conducta de transferencia de bienes procedentes de un delito puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. También, en principio, quedan abarcadas las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. Estas últimas,

²⁷ ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas*, cit., pg. 216.

²⁸ *Ibidem*. Indican estos autores que la transferencia se produce tanto en los casos en los que los bienes se transmiten, como cuando se trasladan de lugar.

²⁹ *Cfr.* la interpretación que se realiza en Derecho civil en BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 312.

³⁰ *Ibidem*.

sin embargo, presentarían problemas en orden a la sanción del autor, sobre todo si la causa de la transmisión es su muerte, dado que ella extingue la responsabilidad penal, no susceptible de transmisión a los sujetos receptores de los bienes, por el principio de personalidad de las penas³¹.

Finalmente, van a quedar abarcadas las **transferencias electrónicas** de dinero de unas cuentas bancarias a otras, incluidas las de carácter internacional, uno de los retos más importantes en la lucha contra el lavado de activos. La experiencia pone de manifiesto la utilización masiva de las transferencias bancarias como método para blanquear fundamentalmente dinero³². Esta interpretación se adecua así a los proyectos del Convenio de Viena, como por ejemplo el "Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" elaborado por el Secretario General, que al definir "blanqueo" en su art. 1.j) se refería expresamente a la conducta de "movimiento del producto por transmisión electrónica". Matiza, con todo, esta cuestión Palma Herrera, al entender que en el caso de las transferencias electrónicas se debe producir una salida de los capitales del señorío de quien las realiza, debe producirse un traslado dominical³³. Es cierto que de no tener lugar tal traslado se produciría exclusivamente un desplazamiento de los bienes, que poco tendría que ver con el lavado de activos. Ahora bien, una interpretación sistemática del tipo del lavado de activos permite comprender también estos supuestos. Imaginemos que el blanqueador hace una transferencia de varios millones a una cuenta que tiene en un banco ubicado en un paraíso fiscal, con el objetivo de ocultar el origen del dinero. ¿Está haciendo una transferencia para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes? La respuesta ha de ser afirmativa. La interpretación de este autor puede dar lugar a lagunas que van a ser utilizadas de forma muy fructífera por los blanqueadores. Sería entonces muy fácil alegar por quien se dedica al lavado de activos y que dispone de los bienes de origen delictivo, que no comete delito cuando transmite el dinero a una cuenta propia en un paraíso fiscal con la finalidad de reciclarlo.

³¹ Sin embargo, podrían ser sancionados estos sujetos mediante el comportamiento de adquisición, de ser punible, siempre y cuando al adquirir tales bienes conozcan su origen delictivo.

³² ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas*, cit., pgs. 216/7, se refieren al empleo de entidades financieras por los blanqueadores para realizar movimientos de capitales del país donde han sido obtenidos a otros donde se invierten en negocios lícitos.

³³ *Cfr.* PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 427 ss.

En resumen, la conducta de "transferencia" se define, de acuerdo con el concepto civil de "transmisión", como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave³⁴.

2. La ocultación o encubrimiento

Los verbos que describen las conductas típicas nucleares de los instrumentos internacionales son "ocultar" y "encubrir". Así se recogen las conductas descritas en el artículo 3. 1. b) ii) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE y en el art. 2 del Reglamento Modelo.

En cuanto a la **naturaleza jurídica** de estos tipos penales, son supuestos muy cercanos al favorecimiento o encubrimiento real³⁵, pues con tales conductas se está ayudando al delincuente a aprovecharse de los productos de sus delitos, e impidiendo el descubrimiento de tales productos ilícitos. No se trata, por tanto, de un supuesto de receptación, porque no se requiere la intención de obtener una ventaja o beneficio económicos por parte del sujeto activo, aunque tampoco la excluye. Pero el hecho de que el tipo no lo exija, da cabida tanto a los supuestos en que tenga lugar el aprovechamiento, como a supuestos en que no³⁶.

La doctrina trata de buscar algún **criterio de delimitación** entre las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento, y éstas, consistentes precisamente en la ocultación o encubrimiento. Por eso algunos autores entienden que las primeras constituyen el tipo básico, mientras que las segundas tratan de castigar el lavado de los bienes que ya han sufrido una primera transformación, que es la castigada por las primeras. En este sentido, MORENO CANOVES/RUIZ MARCO se refieren a esta modalidad delictiva como "doble enmascaramiento", pues se trata de la ocultación de bienes que previamente han sido enmascarados mediante las conductas dirigidas a

³⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, *Blanqueo de capitales*, cit., pg. 313.

³⁵ En Alemania, tanto los materiales explicativos de la ley como la doctrina consideran que el supuesto del § 261 apartado I (referido también a la ocultación y al encubrimiento) constituye un "tipo de encubrimiento" (*Verschleierungstatbestand*). Cfr. BARTON, "Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?", *NSiZ*, Heft 4, 1993, pgs. 159 ss, pg. 159, cita para ello el BR-Dr 507/92, pg. 23.

³⁶ En el mismo sentido VIVES ANTON, T. S./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II, (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Valencia, 1996, pg. 1465, citando a la doctora Vidales Rodríguez.

la ocultación o encubrimiento³⁷. Por contra, otros autores entienden que las segundas constituyen el tipo básico del delito de lavado³⁸.

Además, se entiende que estamos en presencia de un **delito de resultado**³⁹. Por tanto, el *encubrimiento* de los bienes se considera un resultado, pues su consecución constituye un resultado unido mediante una relación de causalidad a cualquier acción dirigida a ello. Sin embargo, otros autores califican tales delitos como de mera actividad, "desvinculados del eventual resultado delictivo que pueda verse favorecido por la actividad del blanqueo"⁴⁰. En este sentido ARANGUEZ SANCHEZ⁴¹ entiende que el delito de lavado es un delito de peligro abstracto para el bien jurídico (la lealtad competitiva a su juicio), siendo muy difícil entender que es un delito de resultado porque éste es un "proceso siempre perfectible", sin que sea posible afirmar con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado.

Más problemática es la consideración de la **ocultación como resultado** separable espacio-temporalmente de otras conductas⁴². Normalmente, cuando se alude a la ocultación de bienes parece hacerse referencia a una acción

³⁷ Cfr. MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, pg. 395; GONZALEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, I*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pg. 855; SUAREZ GONZALEZ, Carlos J., en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (director), Jorge Barreiro (coordinador), Madrid, 1998, pg. 865; VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995, T. II, cit.*, pg. 1466; ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales, cit.*, pg. 279; VIDALES RODRIGUEZ, C., *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, pgs. 106/7, entiende que este precepto trata de incriminar la segunda fase del blanqueo de capitales, mientras que la primera resultaría sancionada mediante los comportamientos dirigidos a la ocultación o encubrimiento. Este posicionamiento de esta última autora ha sido criticado por ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales, cit.*, pg. 238, pues si esta autora entiende que el blanqueo está integrado por tres fases, no dice qué pasa con la tercera. Además, señala este autor que estando castigado el blanqueo en cadena no parece necesario que el legislador tipifique ulteriores operaciones de blanqueo realizadas tras la primera de ellas, y más si no va a alterar la pena.

³⁸ Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., "Recepción y figuras afines", en *Estudios de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, 1996, pgs. 417 ss. pg. 440.

³⁹ Cfr. FABIAN CAPARROS, E. 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", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1993, pgs 585 ss, pg. 607, respecto del CP español derogado.

⁴⁰ SUAREZ GONZALEZ, C. J., "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española", en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 1996, pgs. 125 ss, pg. 153.

⁴¹ Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales, cit.*, pg. 251.

⁴² Esta es la opinión de PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales, cit.*, pgs. 463 s., dice que se trata de un delito de resultado.

dirigida a la consecución de un resultado, y no tanto un resultado como tal⁴³. Por eso, podría pensarse que se está haciendo referencia a una mera actividad, y no tanto a un resultado. Incluso que constituye una actividad para la consecución del encubrimiento como resultado. Sin embargo, esto choca con la letra de los convenios internacionales que emplean la conjunción "o" entre ocultar y encubrir, de manera que puede consumarse el delito sólo con la ocultación sin necesidad de que produzca como resultado el encubrimiento. Entendemos que la ocultación hace referencia tanto al comportamiento como al resultado de tal comportamiento⁴⁴.

2.1. La ocultación

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el vocablo "ocultar" como "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista" y también como "callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad"⁴⁵.

Son diversas las definiciones que se han aportado desde la **doctrina penal** española en referencia a la ocultación. RODRIGUEZ MOURULLO considera que consiste en una "acción que tiende a evitar que algo sea conocido"⁴⁶. CONDE-PUMPIDO indica que la ocultación ha de entenderse no sólo como "acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae"⁴⁷. GOMEZ PAVON, en relación con

⁴³ Puede también ser interpretado como un resultado para conseguir otro resultado.

⁴⁴ Se trataría, por tanto, de un delito que da cabida también al resultado de encubrimiento. Por eso, entendemos que no interpreta correctamente nuestras palabras PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 464, nota 162, y pg. 467, nota 169, al indicar que opinamos que se trata de un delito de mera actividad. De ser así, evidentemente, no podríamos entender que la ocultación por omisión constituye un delito de comisión por omisión, al no existir resultado.

⁴⁵ Estas definiciones son también acogidas por RODRIGUEZ MOURULLO, G., en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Casabó Ruiz/del Toro Marzal, Comentarios al Código Penal, Tomo I (Artículos 1-22), Barcelona, 1972, pg. 926; también ABEL SOUTO, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, cit., pg. 156 se refiere a las acepciones del Diccionario de la Academia.

⁴⁶ *Ibidem*; en el mismo sentido, CUERDA ARNAU, Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II, (Art. 234 a Disposiciones Finales), Valencia, 1996, pg. 1902.

⁴⁷ CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación. (Ley de 9 de mayo de 1950), Barcelona, 1955, pgs. 17/8. También define la ocultación en el ámbito del favorecimiento real como "cualquier acto que tienda a evitar el conocimiento por terceros de los objetos sobre los que la acción recaiga"; *ibidem*, pg. 229, de manera que ha de entenderse por ocultación "no sólo el hecho de esconder o hacer desaparecer de la vista el objeto encubierto o silenciar la comisión del delito, sino también cualquier acción que enmascare o desvirtúe aquellos objetos o altere las circunstancias de su normal presenta-

la ocultación como conducta activa, la define de manera negativa como "cualquier acción tendente a conseguir el no descubrimiento del hecho anteriormente perpetrado"⁴⁸.

Entendemos que la **ocultación** consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos. Se podría interpretar que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del sustrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. No se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito grave son materialmente escondidos. De esta manera, se excluye que el enterramiento de los bienes de origen delictivo pueda dar lugar al delito de lavado de activos⁴⁹. No consideramos que sea ésta una interpretación acorde con la finalidad de la norma que pretende sancionar las conductas de ocultación, tanto de bienes como de derechos, que procedan de un delito grave. Ha de ser punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo, pues es un comportamiento subsumible directamente en un tipo penal. Quien esconde el bien, oculta, por ejemplo, su destino.

La doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-⁵⁰, o mediante una conducta pasiva -callar lo que se conoce-⁵¹. Las activas abarcan conductas de carácter

ción, y hasta la creación de falsos indicios, con el fin de llevar a los investigadores a un conocimiento erróneo de los hechos"; *ibidem*, pg. 230.

⁴⁸ GOMEZ PAVON, *El encubrimiento*. Artículos 17 y 18 del Código Penal, Madrid, 1988, pg. 84, considera que esto se puede realizar "tanto actuando directamente sobre el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, escondiéndolo, como disfrazando la verdad, alterándola". En el mismo sentido MARTINEZ ARRIETA, "El encubrimiento", en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria, Madrid, 1994, pgs. 9 ss, pg. 57.

⁴⁹ Como parecen admitir algunos autores extranjeros, *cfr.* bibliografía en BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 317. Ello a no ser que se considere que se oculta la ubicación.

⁵⁰ *Cfr.* RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios, T. I, cit.*, pg. 926; CONDEPUMPIDO, *Encubrimiento y receptación, cit.*, pg. 229.

⁵¹ *Cfr.* RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios, T. I, cit.*, pg. 926; CONDEPUMPIDO, *Encubrimiento y receptación, cit.*, pg. 229/230; CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit.*, pg. 1902.

manipulador o clandestino, realizadas en el tráfico económico⁵². La conducta omisiva consiste en callar lo que se puede o debe decir⁵³. Es discutible si cabe admitir la sanción de las conductas omisivas de ocultación. GOMEZ PAVON las considera de dudosa admisibilidad⁵⁴. Sin embargo, RODRIGUEZ MOURULLO opina que, para que la ocultación omisiva resulte penalmente relevante, ha de existir un específico deber jurídico de obrar, esto es, de sacar a la luz lo que se conoce⁵⁵. Por tanto, cuando la acción que se omite sea adecuada en un juicio *ex ante* para impedir un resultado lesivo, serán admisibles conductas ocultadoras omisivas. Para ello será necesario un previo deber jurídico que imponga una obligación de actuar que, en virtud de un juicio *ex ante*, resulte objetivamente adecuada o necesaria para evitar el resultado lesivo⁵⁶. CUERDA ARNAU señala que esta interpretación restringe el tenor literal de la Ley, pues desde el punto de vista gramatical, "ocultar omitiendo" no es sólo callar advertidamente lo que se *debe* decir, sino también lo que se *puede* decir y no se dice⁵⁷.

En el caso del lavado de activos, la presencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. Existen **deberes jurídicos de comunicar**, esto es, de no callar información relativa a hechos u operaciones sospechosas de lavado de activos, que recaen sobre personas físicas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. Esta es una interpretación adecuada, pues si la ley exige la comunicación de las operaciones sospechosas, con más razón deben comunicarse a la autoridad las operaciones de las que se tiene constancia de que son constitutivas de lavado de activos, porque sólo

⁵² Así BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 318.

⁵³ GOMEZ PAVON, *encubrimiento*, cit., pg. 85. Excluye el carácter de omisivo de las conductas de alteración de lo que se conoce, puesto que consistiría en un hacer, en un falsear lo que se sabe para impedir el descubrimiento del hecho.

⁵⁴ *Ibidem*, pg. 85, en referencia al Derecho español. En el mismo sentido, MARTINEZ ARRIETA, "encubrimiento", cit., pg. 57, excluye la posibilidad de la omisión.

⁵⁵ Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Encubrimiento y receptación*, cit., pgs. 229/230; RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, T. I, cit., pg. 927.

⁵⁶ GOMEZ PAVON, *encubrimiento*, cit., pgs. 85/6.

⁵⁷ CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. II, cit., pg. 1902.

se pueden sancionar las conductas de ocultación cuando se conoce la procedencia de los bienes⁵⁸.

2.2. El encubrimiento

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término "encubrir" como "ocultar una cosa o no manifestarla", "impedir que llegue a saberse una cosa". Estas definiciones, sin embargo, no son muy clarificadoras sobre el significado jurídico-penal del término "encubrimiento". El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, en nuestra opinión, la utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha de entenderse como **sinónimo de ocultación**. Así lo han entendido algunos países, como por ejemplo Portugal, que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico parece percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquélla, y en lugar de hacer referencia al encubrimiento, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico "disimular". En la misma línea, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y la Convención de Mérida sobre la corrupción aluden a la disimulación, para evitar confundir el término encubrimiento con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos. Y también el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA. Este término es sinónimo del encubrimiento, y alude al enmascaramiento, desfiguración, etc. en este caso del origen delictivo de los bienes.

Entiende la doctrina mayoritaria que los términos ocultar o encubrir son sinónimos⁵⁹, y así se utilizan por los textos internacionales, por lo que se podría haber omitido una de las dos palabras⁶⁰.

⁵⁸ Sobre esta cuestión cfr. ampliamente nuestra obra BLANCO CORDERO, Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales), Granada, 1999, pgs. 115 ss.; también PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 465 ss.

⁵⁹ ABEL SOUTO, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, cit., pgs. 156 ss., si bien entiende que la definición textual apunta a la sinonimia entre ocultación y encubrimiento, el principio de vigencia le obliga a distinguir ambos términos. Recurriendo a los instrumentos internacionales en la materia concluye que a diferencia de la ocultación, el encubrimiento "se reservaría para los casos en los que se da a los bienes o a sus características una apariencia distinta, en los cuales se simula o finge que se trata de otros objetos o que las manifestaciones externas de los bienes, por las que devienen susceptibles de identificación, resultan diversas de las reales"

3. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir

3.1. La adquisición de bienes

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de adquisición de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.b).1) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Y en el mismo sentido el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la adquisición como comportamiento constitutivo de un delito de lavado.

La “**adquisición**” es un término de contenido complejo, por razón de su propia amplitud, pues se puede aplicar a diferentes situaciones jurídicas en diversos campos del Derecho⁶¹. Así, por ejemplo, en el ámbito civil se hace referencia a la adquisición en el marco de la dinámica de los derechos subjetivos. La cuestión es cuál es el sentido que se ha de atribuir al mencionado término en el ordenamiento jurídico-penal.

Un primer paso es el recurso a la **interpretación gramatical**. El Diccionario de la Lengua Española define “adquisición” como “acción de adquirir”, y, a su vez, define “adquirir” como “comprar” o “hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. Desde el punto de vista del lenguaje usual se tiende a identificar “adquisición” con “compra”⁶², tal y como se deriva del primero de los significados señalados por el diccionario de la lengua española.

El segundo de los significados aportado por el Diccionario de la Lengua Española se corresponde en gran medida con la definición civil del término “adquisición”, entendida como el fenómeno jurídico que consiste en el ingreso de un derecho en la esfera jurídica de una persona, esto es, “como incremento que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia de un determinado hecho o relación de Derecho”⁶³. Desde esta perspectiva, el

⁶⁰ ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, pg. 232.

⁶¹ RIERA AISA, voz “Adquisición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II*, Barcelona, 1983, pgs. 408 ss, pg. 408, quien indica que no es una figura exclusiva del Derecho privado.

⁶² MARIA MOLINER, *Diccionario de uso del español, A-G*, Madrid, 1988, voz “adquirir”.

⁶³ RIERA AISA, voz “Adquisición”, *cit.*, pg. 408.

incremento patrimonial se refiere tanto a un aumento del activo, como a una disminución del pasivo del patrimonio⁶⁴.

La adquisición puede hacerse de tres **formas**: con la voluntad de aquel que adquiere, sin su voluntad o contra su voluntad. Es posible adquirir sin la voluntad del adquirente⁶⁵, e incluso existen supuestos en que la adquisición se opone a su voluntad⁶⁶.

Ya en el **ámbito penal**, CORDOBA RODA considera que la adquisición es "equivalente a la toma de posesión de un cierto objeto"⁶⁷. Puede realizarse bien en virtud de una acción unilateral del sujeto -sustracción, descubrimiento seguido de ulterior apropiación-, bien en virtud de una conducta de éste concurrente con la de una persona distinta -adquisición a título oneroso o gratuito⁶⁸. Por tanto, se equipara adquisición con ingreso en la esfera jurídica de una persona del derecho de posesión.

Respecto de los **instrumentos internacionales**, cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos de origen delictivo, entendemos que la adquisición consiste en el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo. No va a ser necesario que se produzca un incremento patrimonial⁶⁹, pues también existirá la adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, produciéndose así una disminución del patrimonio⁷⁰. Ni siquiera va a ser necesario el ánimo de lucro⁷¹. Tampoco va a ser precisa una contraprestación para poder hablar de adquisición⁷².

⁶⁴ *Ibidem*. De esta manera -indica este autor- vulgarmente puede considerarse adquisición tanto la compra de un objeto, como la incorporación a nosotros de una obligación por medio de la cual adquirimos el deber de pago y la categoría de deudores.

⁶⁵ Por ejemplo, la adquisición de la condición de hijo legítimo sin que juegue ningún papel la voluntad del adquirente. *Ibidem*.

⁶⁶ Por ejemplo, las consecuencias que se derivan de una sentencia de condena, que pueden dar lugar a la adquisición de una obligación de hacer, de dar o de tolerar, en cuyo nacimiento, derivado del fallo judicial, se mostró la voluntad en contra. *Ibidem*, pgs. 408/9.

⁶⁷ CORDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III (Artículos 130-340 bis c)*, Barcelona, 1977, pgs. 732, 757.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Que parece proponer DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997, pg. 172.

⁷⁰ Así PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales, cit.*, pg. 423.

⁷¹ Sí que exige el ánimo de lucro en la adquisición *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 25.

⁷² Como proponen MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos, cit.*, pg. 387; SUAREZ GONZALEZ, Carlos J., en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (director), Jorge Barreiro (coordinador), Madrid, 1998, pg. 863; SUAREZ GONZALEZ, en BAJO FERNANDEZ, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, cit, pg. 566.

Discute la doctrina si se incluye o no el **derecho de posesión**. Opina un sector doctrinal que la simple posesión fáctica no debería quedar incluida en esta modalidad típica⁷³. En este sentido, señala Palma Herrera que la adquisición lo será de la propiedad del bien o titularidad del derecho, sin que quepa la mera posesión del mismo. Esto, concluye, llevaría a la conclusión de que también el alquiler de un bien de procedencia delictiva significa su adquisición. No acabo de entender porqué razón esta conducta no es subsumible en esta modalidad delictiva, pues quien alquila el bien adquiere un derecho sobre él, y puede actuar con la finalidad de ocultar su ilícita procedencia⁷⁴. Entiendo que la inclusión o no de la posesión va a depender de si se encuentra o no expresamente castigada dicha conducta de posesión. De serlo así, no podrá reconducirse a esta conducta de adquisición. De lo contrario, podría quedar incluido en la adquisición el derecho de posesión⁷⁵.

3.2. *El transporte*

Sólo el **Reglamento Modelo** de la CICAD alude en su art. 2.1 al transporte de bienes de origen delictivo como modalidad de lavado.

El término **transportar** alude al desplazamiento físico de los bienes de origen delictivo. Parece que con este comportamiento se trata de hacer frente a los supuestos de contrabando físico del dinero de un país a otro con el objetivo de lavarlos, un mecanismo muy habitual de ocultar los bienes de origen delictivo.

El problema va a residir en la **distinción** de este comportamiento del de transferencia. Y es que si se castigan penalmente ambos comportamientos, se ha de extraer de la definición de transferencia el comportamiento consistente en el transporte.

Ahora bien, ¿se puede decir que quien transporta el dinero realmente está cometiendo un delito de lavado? Considero que si se entiende el lavado de capitales como el proceso dirigido a dotar de la apariencia de legalidad a los bienes originados en comportamientos delictivos, el comportamiento de

⁷³ Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 225; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 422.

⁷⁴ Con todo, esta discusión no tiene mucho sentido, salvo que se entienda que se castiga la mera adquisición a sabiendas del origen delictivo del bien, sin necesidad de que concurra ninguna finalidad adicional. En este caso sí que podría tener relevancia.

⁷⁵ También MORENO CANOVES/ RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, pg. 387, entienden que cabe la posesión, siempre que ésta comporte algún grado de disponibilidad sobre los bienes.

transporte queda en la periferia de dicha actividad. En efecto, comportamientos nucleares pueden ser el aprovechamiento o la transformación de los bienes con el objetivo de esconder su origen delictivo, pero el transporte debería considerarse como una mera forma de participación en lavado de activos.

3.3. La posesión y la tenencia

3.3.1. Introducción

El art. 3.1.c).i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de posesión de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. También la reciente convención contra la delincuencia organizada transnacional somete el castigo de la posesión a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la posesión como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

La posesión es una **institución jurídica** que procede del ordenamiento jurídico privado, para cuya interpretación en el ámbito penal surgen nuevamente cuestiones relativas a la delimitación de su contenido. Y es que existe una tendencia a identificar la tenencia y la posesión. Pero se ha de tener en cuenta que también es punible como lavado de activos en algunos instrumentos internacionales la conducta de tenencia. Es necesario proceder a una distinción entre ambas conductas y determinar el ámbito de prohibición que delimitan.

3.3.2. Identificación entre tenencia y posesión.

Características de la tenencia

Una primera interpretación suele **identificar** los términos posesión y tenencia, equiparando así del contenido de ambos términos. Sin embargo, se han levantado voces discrepantes que tratan de diferenciarlos, porque las normas internacionales emplean estos términos de manera diversa.

En el ámbito del delito de tenencia de armas en el Derecho español, CORDOBA RODA indica que, en atención a la letra y al fin de la ley, la

tenencia no sólo equivale a posesión, sino que se restringe tal posesión a "aquella detentación que resulte idónea para la utilización del arma según su función"⁷⁶. Con tal interpretación, la tenencia abarca, por razones teleológicas⁷⁷, un ámbito menor que la posesión y restringe su contenido en función del objeto sobre el que recae, de manera que surge aquí un primer criterio de distinción de ambos términos.

Normalmente algunos exigen la concurrencia en la tenencia de determinados requisitos que parecen más bien corresponder a la posesión. Entre ellos, el "*animus possidendi*" o "*rem sibi habendi*", requerido normalmente en el ámbito civil, en el que la posesión civil ha de implicar además de la tenencia, la intención de haber la cosa o derecho como propios.

Además, se exige que la tenencia vaya acompañada de la **disponibilidad** del bien sobre el que recae, entendida no tanto como la situación que permite realizar actos de disposición jurídica (enajenación o creación de gravámenes), sino como la que hace posible la utilización del bien conforme a su función. De este requisito se deriva el carácter innecesario del contacto físico entre el tenedor y el bien sobre el que recae la tenencia, pues se admite la tenencia aun cuando los bienes sobre los que recae se encuentren escondidos u ocultos en un lugar conocido por el sujeto activo.

Otro de los requisitos es que transcurra un cierto lapso de **tiempo** para poder apreciar que existe tenencia.

3.3.3. Distinción entre tenencia y posesión

Por otra parte, en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, LUZON PEÑA⁷⁸ plantea una distinción entre "posesión" y "tenencia", fundamentalmente basada en el requisito de la **disponibilidad**⁷⁹. En su opinión la posesión exige disponibilidad real y actual. No se puede aceptar para la "posesión" que el sujeto tenga los bienes a su disposición (en este caso droga) en algún lugar, "en el sentido de que otros la tengan o la hayan puesto a su dis-

⁷⁶ Cfr. CORDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Tomo III, cit., pg. 624.

⁷⁷ DIAZ-MAROTO, El delito de tenencia ilícita de armas de fuego, Madrid, 1987, pg. 73.

⁷⁸ LUZON PEÑA, "Tentativa y posesión en el tráfico de drogas. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 15 de marzo de 1989", en La Ley, 1989, pgs. 744 ss.

⁷⁹ REY HUIDOBRO, "El delito de tráfico de drogas tóxicas", en Comentarios a la legislación penal, tomo XII, Madrid, 1990, pgs. 33 ss., pg. 100, entiende la posesión, no en el sentido de que el sujeto activo tenga una inmediata relación de la cosa con el cuerpo (tenencia material), sino que considera suficiente con la disponibilidad de hecho del bien a través de la atracción del mismo al ámbito de la propia esfera de custodia, sin que sea necesaria la presencia del sujeto en el lugar donde se encuentra la cosa.

posición"⁸⁰. Ello supondría tener un mero poder de disposición sobre los bienes pero no su disponibilidad real y actual⁸¹.

Admite la "posesión" sin tenencia material, siendo suficiente con la disposición de los bienes. Incluso político-criminalmente (en el caso del tráfico de drogas) se admite la posesión aunque no se haya producido la tenencia material del bien. Define la posesión, según esto, en un **sentido amplio**, que admite la posesión inmaterial o incluso simbólica; en concreto, como "tener el sujeto en su poder o disponible" el bien (en este caso la droga)⁸².

Ahora bien, plantea que el término "posesión" es más **restrictivo** que el de "tenencia", en la medida en que la posesión requiere siempre la efectiva disponibilidad pero no la exige la tenencia. Textualmente señala que "puede haber posesión con disponibilidad sin tenencia material y también con tenencia material, pero acompañada de disponibilidad efectiva, mientras que podría considerarse que tenencia puede darse (...) con disponibilidad aun sin tenencia material, pero, a diferencia de la posesión, también ya con la tenencia material, aunque no haya disponibilidad"⁸³. En este argumento residiría la distinción entre "tenencia" y "posesión".

En nuestra opinión, es éste el criterio más claro a la hora de diferenciar ambos términos: la tenencia (material o no) no exige la disponibilidad del bien, aunque puede concurrir, mientras que la posesión requiere siempre que exista una disponibilidad real y efectiva. Por ello, en el ámbito del lavado de activos parece más correcto entender la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. De esta manera se logra una interpretación del término "posesión" acorde con su significado gramatical que implica la tenencia⁸⁴, y adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros.

Por razón de la descripción típica que realiza el art. 3.1.c.i del Convenio de Viena es preciso que los bienes se hayan recibido⁸⁵. En opinión de

⁸⁰ Cfr. LUZON PEÑA, "Tentativa y posesión en el tráfico de drogas", cit., pg. 746.

⁸¹ *Ibidem*, pg. 747.

⁸² *Ibidem*, pgs. 747/8.

⁸³ *Ibidem*, pgs. 748/9.

⁸⁴ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la "posesión" se define como el "acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro".

⁸⁵ También el art. 6.1.b.i) de la convención contra la delincuencia organizada transnacional.

QUERALT JIMENEZ "la tenencia de los bienes, efectos o instrumentos no se requiere materialmente; basta con que el sujeto ... tenga el poder de disposición sobre tales objetos"⁸⁶. Esta interpretación se acomoda a la intención del legislador del luchar contra el lavado sancionando cualquier conducta de posesión vaya acompañada de tenencia material o no.

3.4. La utilización

3.4.1. Introducción

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de utilización de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. También la convención contra la delincuencia organizada transnacional se refiere a la utilización, pero nuevamente somete su sanción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte. Por su parte el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa se refiere al uso. El art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a la utilización como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

La explicación del significado del término utilización es particularmente problemática y de gran trascendencia. La cuestión consiste en **determinar la línea** donde debe terminar la atipicidad de las acciones de utilización y comenzar la intervención penal, esto es, qué conductas de utilización de bienes procedentes de un delito reúnen la suficiente entidad para ser abarcadas por el delito de lavado de activos.

En cuanto al significado del término normativo "utilización", existe una tendencia doctrinal a **identificar** los términos "utilización" y "uso", ambos empleados en la legislación internacional⁸⁷. Por usar entiende la doctrina "hacer servir una cosa para un determinado objeto"⁸⁸. Sin embargo, en nues-

⁸⁶ QUERALT JIMENEZ, "La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)", en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 96, 8 abril 1993, pgs. 1 ss, pg. 3, poder de disposición que "permita auxiliar en la forma típica al autor del delito principal de tráfico de drogas o de precursores".

⁸⁷ Así respecto del delito de utilización ilegítima de vehículos de motor del Código penal español, ver DE VICENTE REMESAL, Javier, *Utilización ilegítima de vehículos de motor*, Pamplona, 1994, pg. 325, quien considera ambos términos como sinónimos.

⁸⁸ Cfr. CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, Tomo III, cit.*, pgs. 917, 967.

tra opinión, a la vista de la diversidad terminológica, parece más correcto dotar de contenido propio y específico al término "utilización".

Si optamos por una **interpretación amplia**, es decir, comprensiva de cualquier uso de un bien, va a ser posible imaginar infinitos grupos de casos susceptibles de ser abarcados por la utilización, siempre y cuando concurren todos los requisitos necesarios desde el punto de vista subjetivo. Así, entre otros imaginables, podemos hacer referencia a algunos:

Caso 1: Pedro, invitado por su amiga María a darse un baño en la piscina de sus padres, conoce que éstos se dedican al tráfico de drogas, y pese a ello acude y usa la piscina. Igualmente usa la cocina, la ducha, ve la televisión, etc...

Caso 2: Antonio, mientras pasea por la calle, es invitado por su amigo Juan a subir al coche para acercarle a su casa. Durante el trayecto, Juan le confiesa que se dedica al tráfico de drogas y que el coche en el que viajan lo ha adquirido con las ganancias procedentes del mismo. Pese a su conocimiento, Antonio continúa en el coche hasta ser dejado en la puerta de su casa.

Caso 3: Conductor de autobús de una compañía recién creada, sabe que los dueños se dedican al tráfico de drogas. Pese a ello, conduce el vehículo. Igualmente, Javier, que conoce los mismos hechos, compra un billete de autobús y utiliza el servicio.

Incluso parece posible abarcar todas aquellas conductas de **utilización ilegítima** de bienes procedentes de un delito. Por ejemplo, la sustracción de un bien por parte de un amigo del narcotraficante, a sabiendas de su origen delictivo, con el único propósito de utilizarlo durante un tiempo y posteriormente devolverlo.

3.4.2. Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización

Podríamos continuar hasta el infinito en la descripción de casos. Sin embargo, surge la duda de si todos los casos aquí mencionados han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación. Esto es, se trata de determinar el límite inferior de

la tipicidad en relación con el elemento normativo "utilización", de tal forma que nos permita fijar si las conductas mencionadas y similares suponen la realización del delito de lavado. Ello fundamentalmente debido a la amplitud de la materia de prohibición, y a la ausencia de límites expresos en la normativa, salvo los relativos al tipo subjetivo. A la hora de **establecer límites**, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido. Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera entre tipicidad y atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito. Tales mecanismos vienen dados por el recurso a los principios inspiradores del Derecho Penal, en virtud de los cuales va a ser posible excluir los supuestos que han de quedar al margen de toda intervención punitiva del Estado mediante el recurso a su instrumento más contundente.

Parece excesivo sancionar penalmente todas las conductas de utilización de bienes procedentes de un delito, pues se llegaría a tal **contaminación de bienes en la economía**, que no sería posible su uso desde el momento en que existiese una sospecha de su origen. No se podrían realizar negocios con personas sospechosas de cometer delitos de tráfico de drogas o que impliquen utilización de sus bienes.

Es claro que para hacer uso de un bien, en principio, es necesario que éste llegue al poder del sujeto o se encuentre ya en su poder, aunque las normas internacionales no son claras a la hora de determinar la forma en que ello se puede producir. Únicamente el Convenio de Viena hace referencia a que el sujeto debe haber recibido los bienes. Ambos datos nos inclinan a considerar que es necesaria la **disponibilidad previa** del bien. Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

Quedan excluidos así del término utilización los casos en que el sujeto utiliza la piscina o la casa de un traficante de drogas, o es transportado en su vehículo, puesto que los sujetos no gozan sin embargo de la disponibilidad del bien que le otorgue la posibilidad de utilizarlo conforme a su uso, y en la dirección que estimen conveniente.

Son **atípicas** como utilización las conductas que, pese a constituir una utilización en sentido amplio, no se encuadran en el marco de la disponibilidad del sujeto, sino que, perteneciendo a otro esta posibilidad, exclusivamente lo emplea en la dirección indicada, permitida o normalmente realizada por quien puede disponer.

Con todo, dichas conductas podrían ser constitutivas del comportamiento típico de **uso**, por lo que podrían ser castigadas con base en el Reglamento Modelo de la CICAD.

3.5. La administración

El término administración fue introducido en el Reglamento Modelo de la CICAD en 1998. Administrar significa gramaticalmente "ordenar, disponer, organizar". Este término parece que pretende sancionar a todas aquellas personas o se hacen cargo de los intereses de otros, gestionando los bienes que tienen origen delictivo⁸⁹.

3.6. El problema de las acciones socialmente adecuadas

En relación con estos comportamientos que se pueden realizar sin la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes, surge un importante problema que ha ocupado a la doctrina. En concreto, una cuestión fundamental a analizar es si han de sancionarse las denominadas **acciones socialmente adecuadas**, la **actividad comercial diaria**, esto es, las acciones que se desarrollan en la vida cotidiana. El panadero que vende pan al narco-trafficante, el taxista que le transporta, ¿realizan conductas constitutivas del delito de lavado, cuando aceptan el pago por sus bienes y servicios? La oferta de bienes y servicios al público en general puede ser utilizada por los delincuentes para reciclar el dinero. El problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo⁹⁰.

⁸⁹ Ver *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 26.

⁹⁰ Un temprano proyecto del *Bundesrat* relativo al § 261 StGB, de 10 de agosto de 1990, declaraba no aplicable lo preceptuado como delito de blanqueo para acciones relacionadas con dinero u otros bienes de origen delictivo, cuando se lleve a cabo una prestación debida o devengada en virtud de la ley, o una contraprestación por bienes o servicios de necesidad diaria que se precisan para sufragar la subsistencia, así como la utilización de tales bienes. Se daba de esta manera una solución material a los posibles supuestos de blanqueo realizados mediante acciones socialmente adecuadas, consistente

La sanción de las conductas de adquirir, recibir u ocultar configura una norma que parece pretender el **aislamiento de autor del delito previo** y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente a sabiendas del origen de sus bienes. Sería una especie de excomunión económica de los delincuentes. Se sanciona de esta manera a quien quiebra la excomunión económica de los delincuentes. Quedan abarcados todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados.

Por ejemplo, van a quedar abarcados los **negocios dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida** de los delincuentes. Se verán así reducidas las posibilidades de subsistencia del autor del delito previo que dispone sólo de bienes de origen delictivo, o de una mezcla de bienes delictivos con otros de origen lícito. El panadero que vende pan al narcotraficante, el tendero que le vende alimentos, o el arrendatario que le arrienda la casa, estarán sometidos a la amenaza de pena por razón del delito de lavado.

También quedarán abarcados los **negocios de bagatela**, esto es, los de escasa cuantía. Las normas relativas al lavado de activos no suelen establecer ningún límite cuantitativo por debajo del cual el lavado sea impune. De esta manera se configura una norma penal muy amplia, que da cabida a gran cantidad de comportamientos en los que los bienes de origen delictivo implicados son de escasa cuantía. Desde esta perspectiva, cabrá sancionar al taxista que transporta al autor del delito previo a cambio de la tarifa normal del viaje, al camarero que le sirve bebidas alcohólicas, etc...

Igualmente será punible la conducta del **abogado** que acepta el cobro de los honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia delictiva.

El Reglamento Modelo sanciona las conductas de "adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes de origen delictivo", así como las conductas de "convertir, transferir o transportar dichos bienes". Tienen cabida aquí, numerosos comportamientos socialmente adecuados. Tratando de limitar un tipo tan excesivamente amplio del lavado de activos se han elaborado doc-

en declarar que no eran merecedores de pena. Sin embargo, el gobierno (*Bundesregierung*) rechazó tal regulación excepcional, al considerar que en tales casos también concurre un injusto penal merecedor de pena. En este país, un proyecto de ley estableció una regulación excepcional que declaraba impunes tales acciones. Sin embargo, el gobierno rechazó tal regulación excepcional al considerar que estas conductas también han de ser sancionadas.

trinalmente diversos **critérios**. Estos pueden clasificarse en función de si pretenden limitar el tipo en el ámbito subjetivo o bien en el objetivo.

1. Criterios de limitación relativos al **tipo subjetivo**. Un sector doctrinal considera que la cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es en realidad un problema concerniente al dolo⁹¹, y, en concreto, al dolo eventual. Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y es punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado), ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (lavado, encubrimiento). De lo contrario, se dice, quedarían impunes determinados comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas.

2. Criterios de limitación relativos al **tipo objetivo**. Frente a la postura que excluye la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas en función del dolo del sujeto, otros sectores doctrinales opinan que tales acciones quedan fuera ya del propio tipo objetivo. Mención destacada merece la postura de BARTON⁹² en Alemania, quien intenta llevar a cabo una reducción teleológica de los tipos del lavado de dinero (§ 261 StGB alemán) con base en el criterio del fin de protección de la norma. La finalidad perseguida por el legislador alemán con las normas sobre el lavado es impedir el ingreso oculto de las ganancias ilegales en el circuito financiero legal, de manera que los delincuentes queden aislados del entorno en sentido económico. También pretende dar a las autoridades de persecución penal mecanismos procesales para seguir el rastro documental del dinero con los que obtener la reconstrucción del curso financiero, para tener así acceso a los centros de la organización criminal⁹³. Con base en estas finalidades, excluye este autor del tipo del delito de lavado de activos determinadas acciones socialmente adecuadas.

Niega que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de lavado de activos. El límite del aislamiento del delincuente se en-

⁹¹ De esta opinión en Alemania FORTHAUSER, Roman, *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, München, 1992, pgs. 78 ss; en la doctrina austríaca KLIPPL, Irene, *Geldwäscherei*, Wien, 1994, pg. 96.

⁹² BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *StV*, n 3, 1993, pgs. 156 ss, pg. 159.

⁹³ En su opinión, en realidad los preceptos sobre el blanqueo tienen una finalidad esencialmente preventiva, pues más que dirigirse a una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico, se dirigen a impedir de futuros hechos delictivos. *Ibidem*, pg. 160.

cuenta situado allí donde éste pretende satisfacer con el dinero de origen delictivo necesidades humanas y sociales básicas. Por eso, opina BARTON⁹⁴ que quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas del autor del delito previo o del lavador, no realiza el tipo del lavado. La seguridad interior, uno de los fines que pretende la norma del lavado en Alemania, no resulta lesionada cuando alguien satisface en el ámbito de la normalidad social sus necesidades vitales. Más bien, el ordenamiento público y la paz social se verían menoscabadas si se negase a las personas la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas físicas o sociales de forma fraudulenta.

También recurre al fin objetivo de protección de la norma para proceder a una reducción teleológica del tipo del lavado, y negar que el bien jurídico protegido sea menoscabado cuando alguien acepta dinero del autor del delito previo en cantidades pequeñas a cambio de servicios normales⁹⁵.

A nuestro juicio, hubiera sido conveniente que desde las instancias internacionales se hubiese limitado de alguna manera la descripción de los comportamientos mediante el recurso a alguna de las fórmulas aquí señaladas. En este sentido, por ejemplo, el legislador español ha excluido las actuaciones socialmente adecuadas del tipo de este delito a través del recurso al reforzamiento del dolo. En efecto, la normativa española exige expresamente que el sujeto activo actúe con la intención de encubrir el origen de los bienes, esto es, se precisa el dolo directo de primer grado⁹⁶. Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 301 CP español), no realiza el tipo del delito de lavado de activos. Sólo de esta manera se puede evitar una ampliación desmesurada de la punibilidad de las conductas de lavado de activos.

⁹⁴ BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit", pgs. 161/2.

⁹⁵ BARTON, S., "Sozial übliche Geschäftstätigkeit", pg. 162; también LAMPE, E.-J., "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *Juristen Zeitung*, 1994, pgs. 123 ss, pg. 128, llega a la misma conclusión. Este autor afirma la inconstitucionalidad del § 261 con base en la infracción del mandato constitucional de determinación.

⁹⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, "Acciones socialmente adecuadas y delito de blanqueo de capitales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pgs. 263 a 291, con ulteriores referencias bibliográficas.

4. Examen especial de la conducta omisiva

Ya hemos aludido al examinar las conductas constitutivas de lavado de activos, que algunas de ellas son susceptibles de comisión por omisión. La **posibilidad de admitir la omisión** va a depender de la estructura de cada conducta típica. Así por ejemplo, la conducta de ocultación admite la omisión en aquellos casos en los que la ley imponga expresamente la obligación de declarar algo. Como se ha señalado, en el caso del lavado de activos, la exigencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos⁹⁷.

Ahora bien, algunos instrumentos internacionales hacen referencia a la omisión como comportamiento punible. En efecto, el **Reglamento Modelo** de la CICAD alude de manera expresa en el art. 15.3 a la responsabilidad de las instituciones financieras o sus empleados o directivos, por el incumplimiento de las obligaciones que impone este Reglamento (en los arts. 4bis y 11 a 14)⁹⁸. En concreto, dispone:

“Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 4 bis y 11 a 14 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos”.

Sujetos activos de este delito pueden serlo, no sólo los empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados de una institución financiera, sino también la propia institución financiera, lo que nos remite al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a examinar más adelante.

El **comportamiento** consiste en "no cumplir" con las obligaciones contenidas en los artículos 11 a 14 del Reglamento. Tales obligaciones son:

- a) Identificación de los clientes y mantenimiento de los registros (art. 11).

⁹⁷ Cfr. ampliamente nuestra obra BLANCO CORDERO, Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales, cit., pgs. 115 ss.; también PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 465 ss.

⁹⁸ Junto con el falseamiento o adulteración de los registros o informes a los que aluden los arts. 11 a 14.

- b) Disponibilidad de registros (art. 12).
- c) Registro y notificación de transacciones en efectivo (art. 13).
- d) Comunicación de transacciones financieras sospechosas (art. 14).

Estas son las obligaciones que impone el Reglamento. Pues bien, su incumplimiento por parte de las entidades financieras o por sus empleados o directivos constituye delito penal. Estamos ante una modalidad delictiva omisiva, ante un **delito de omisión**⁹⁹. La omisión consiste, como es conocido, en la inejecución de una acción preceptuada por el Derecho: no es un simple no hacer, es la inejecución de una acción jurídicamente debida.

Desde un punto de vista conceptual se distinguen dos **clases de delitos de omisión**: a) los delitos de simple omisión, también denominados de omisión pura, en los que la inejecución de la acción esperada es consumativa, consume el delito; b) los delitos de comisión por omisión, en los que no basta la omisión, sino que es preciso además que la omisión produzca un resultado típico. Pues bien, estamos ante un delito de omisión pura, en el que el incumplimiento de las obligaciones impuestas consume el delito¹⁰⁰.

La **estructura típica** de los tipos de omisión pura o simple presentan una doble exigencia constituida por:

- a) La **descripción del supuesto de hecho**, de la situación típica. El delito de omisión simple describe, en primer lugar, una situación (generalmente una situación de peligro para un bien jurídico) que hace surgir el deber de actuar. La situación típica funda el deber de realizar la acción esperada o exigida por el Derecho. Por ejemplo, que el sujeto activo se enfrente a una operación sospechosa que está obligado a comunicar a las autoridades competentes.
- b) **Omisión de la acción esperada**, la inejecución de la acción debida. En el ejemplo que acabamos de plantear, cuando el sujeto que se enfrenta a la operación sospechosa la realiza sin comunicar a las autoridades, incumpliendo así su obligación. En todo caso, habrá que exigir la capacidad individual de actuar, de realizar la acción, en este caso, de comunicar.

Desde un punto de vista **subjetivo** será necesario probar que el sujeto activo conoce la situación objetiva, que conoce, por ejemplo, que la operación

⁹⁹ Sobre este delito cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", en Centro Regional de Desarrollo y Cooperación Jurídica en Centroamérica.

¹⁰⁰ Así LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", pg. 7.

que pretende realizar el cliente es compleja o insólita. Pero no basta con esto, sino que desde el punto de vista subjetivo exige el Reglamento Modelo que la omisión del sujeto activo sea deliberada. Esta referencia se identifica con el dolo directo, de manera que el sujeto debe tener la intención, la voluntad de incumplir con sus obligaciones¹⁰¹.

Como se puede apreciar, es un delito cuyo injusto se cifra en la **infracción de deberes formales**, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las instituciones financieras. Se trata de un delito de desobediencia¹⁰², en el que la consumación viene determinada por dicho incumplimiento obligacional. Estamos ante un delito de *perigo abstracto*, no siendo necesario acreditar en el caso concreto una puesta en peligro, ni siquiera potencial, del bien jurídico¹⁰³. Y es que es punible el no comunicar una transacción sospechosa, aunque los bienes implicados en la misma no sean de origen delictivo, es decir, aunque no se trate de una operación de lavado.

Es una figura delictiva que se puede observar a nivel del **Derecho Comparado**. Así por ejemplo, en Suiza, el art. 305 ter del Código Penal castiga comportamientos similares, como por ejemplo, omitir verificar, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del derecho económico. En la misma línea, en los Estados Unidos se castiga el incumplimiento por parte de las entidades financieras de las obligaciones de identificar y declarar a las autoridades determinadas operaciones. Vemos así que se castigan delitos de mera desobediencia y de peligro abstracto¹⁰⁴, en los que lo que se pretende es sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte de las entidades financieras, con independencia de cual sea el resultado. De esta forma se exime a las autoridades de la difícil prueba del origen de los bienes involucrados en la operación, de manera que, cualquiera que sea éste, se va a castigar a quien incumpla sus obligaciones¹⁰⁵. Se trata de una manera muy criticable de proceder, contraria a los principios básicos que inspiran el Derecho penal actual.

¹⁰¹ Cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", pg. 7.

¹⁰² Cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", pg. 4.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Así ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, "Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado", en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, director Javier Zaragoza Aguado, nº 28, Madrid, 2000, pgs. 289 ss, pg. 315.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pg. 316, dice que se trata de un adelantamiento de las barreras de protección penal, pues se prescinde de un elemento normativo importante, el origen ilícito de los bienes.

IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales

El **objeto material** del delito se define como la "persona o cosa sobre la que recae la conducta típica". En lo relativo al lavado de activos el objeto del delito es uno de los elementos de la estructura típica más importantes, alrededor del cual giran todos los demás elementos típicos. La razón estriba en la propia esencia de la conducta de lavado de activos, que ha de recaer sobre bienes, que son los elementos integrantes del objeto material. Característica esencial es que sean bienes originados o motivados por un hecho delictivo. Todos los demás elementos de la estructura típica se dirigen a abarcar los comportamientos que, recayendo sobre los bienes, traten de desligarlos de su origen delictivo.

1. En la normativa internacional

La mayoría de los **tratados internacionales** específicamente referidos al lavado de activos realizan indicaciones terminológicas al inicio, tratando de aclarar qué significan algunos de los términos que utilizan para su adecuada aplicación¹⁰⁶. Así, el informe explicativo de la Convención del Consejo de Europa indica que algunas precisiones que efectúa en relación con los términos empleados lo son de "manera general" para que las legislaciones internas de los Estados no queden fuera del ámbito de aplicación de dicha Convención. Con ello, se pretende crear una "terminología autónoma" que debería ser interpretada en el Derecho interno en orden a garantizar una "aplicación lo más fiel y eficaz posible de la convención"¹⁰⁷. Entre los términos precisados se encuentra la distinción entre "bienes" y "productos", elementos posteriormente incluidos en la definición de lavado de activos. El "Proyecto de Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas", elaborado por el Secretario General de Naciones Unidas en 1986, definía exclusivamente el término "producto", pero no el término "bienes". Entendía por "producto" "los bienes habidos del tráfico ilícito" con inclusión de "la propiedad de cualquier tipo material o inmate-

¹⁰⁶ Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 1991, pg. 13.

¹⁰⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 13.; indica que el comité restringido de expertos ya tuvo en cuenta las peculiaridades procesales de los Estados, pese a lo cual los resultados finales serán los mismos.

rial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella" (art. 1.n)).

El texto definitivo de la **Convención de Viena**, acertadamente, diferencia y define ambos términos. De esta forma aclara el significado de dos términos empleados en su articulado, y extrae del contenido de la definición única de "producto" el que corresponde a los "bienes". Define "*bienes*" como "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"¹⁰⁸. En el mismo sentido se expresan el Convenio del Consejo de Europa¹⁰⁹ cuyas definiciones deben armonizarse con la Convención de Naciones Unidas¹¹⁰, la Directiva del Consejo de las Comunidades¹¹¹, el Reglamento Modelo de la CICAD¹¹², y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional¹¹³.

La Convención de Viena define "*productos*" como "los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito" relativo a las drogas tóxicas o estupefacientes¹¹⁴. En sentido similar se recoge en la Convención del Consejo de Europa con una diferencia, que en este caso es de carácter esencial, y es que el delito previo del cual deben proceder no se limita exclusivamente a los delitos relativos a las drogas tóxicas o estupefacientes, sino que se refiere a "infracciones penales" en general¹¹⁵. El espíritu

¹⁰⁸ Artículo 1 de la mencionada Convención.

¹⁰⁹ En su art. 1.b. En cualquier caso no se incluyen los términos "tangible" e "intangible" en la definición de "bien" puesto que se considera "sobrentendido" en la definición; ver CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pgs. 14/5.

¹¹⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 13.

¹¹¹ En su art. 1 y fundamentalmente inspirada, en lo que a la definición de blanqueo se refiere, en la Convención de Viena.

¹¹² En su art. 1.1.

¹¹³ Art. 2.d)

¹¹⁴ Art. 1.

¹¹⁵ Art. 1.1. Se ha optado voluntariamente por el término "infracciones penales" para dejar claro que "el campo de aplicación de la convención está limitado a actividades delictivas", no siendo necesario definir el término "infracción"; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 14.

Un análisis de esta cuestión en KEYSER-RINGNALDA, F., "European Integration with regard to the Confiscation of the Proceeds of Crime", en *European Law Review*, 1992, pgs. 499 ss, pg. 510; NILSSON, "The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law", en *Criminal Law Forum*, 1991, pgs. 419 ss, pg. 428, indica que el objetivo de los redactores con esta ampliación fue crear una herramienta eficaz que posibilitara a los Estados cooperar lo más estrechamente posible en la lucha contra tipos particulares de crímenes graves, sin limitar el ámbito de aplicación a dicha criminalidad; MAGLIVERAS, "Defeating the Money Launderer - The International and European Framework", en *Journal of Business Law*, 1992, pgs. 161 ss, pgs. 163/4.

de la Convención es que la definición de "productos" sea lo más amplia posible para alcanzar dos objetivos fundamentales: abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal para su posterior comiso; y comprender los productos sustitutivos o el producto indirectamente derivado¹¹⁶. En la definición de "producto" según la Convención del Consejo de Europa, "no se excluyen los bienes y los activos que puedan haber sido transferidos a terceros"¹¹⁷. Por su parte, el Reglamento Modelo se refiere en el mismo sentido al término "productos", siendo los delitos previos los de tráfico ilícito u otros delitos graves¹¹⁸. Finalmente, la convención contra la delincuencia organizada internacional contiene una definición prácticamente idéntica, aunque no se refiere a ninguna categoría específica de delito previo¹¹⁹.

Se reproducen en el ámbito internacional algunas discusiones habidas a nivel nacional, como la relativa a si el término "productos" abarca o no los **"objetos de las infracciones"**, esto es, de los delitos previos. La Convención del Consejo de Europa aborda específicamente este problema, e indica que la definición del término "productos" es lo suficientemente amplia como para abarcar tales objetos, pudiendo incluir en su ámbito tanto los bienes robados como el comercio de especies protegidas ...¹²⁰.

La Directiva del Consejo de las Comunidades no ofrece una definición del término "productos", y se refiere directamente a bienes que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad.

En definitiva, se realiza una **definición amplia** del objeto del lavado de activos encaminada, de forma inmediata, a conseguir la cooperación internacional que permita el comiso de tales bienes. Ese afán de amplitud lleva a incluir tanto los bienes originados en un delito que pertenezcan a terceros, como los bienes que les sustituyan.

¹¹⁶ En el caso del producto sustitutivo, se puede revocar la cooperación internacional cuando una parte alegue el carácter alejado de la relación entre el bien o producto y la infracción; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 14. También NILSSON, "Council of Europe Laundering Convention", cit., pgs. 428/9, indicando la dificultad de encontrar bienes que no puedan ser abarcados por la excesivamente amplia definición de "productos" que realiza la Convención, así como la importancia de dicho término en diferentes ámbitos de la Convención.

¹¹⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit. pg. 14.

¹¹⁸ Art. 1.8.

¹¹⁹ Art. 2.e).

¹²⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 15. Se está haciendo referencia al objeto del delito previo como bien posiblemente abarcado por la definición del término "productos".

2. Características que debe reunir

De la exposición de la regulación de los instrumentos internacionales se derivan una serie de **características** que han de ser asumidas en la normativa interna de las Partes, y, en concreto, en su legislación penal. Todo ello incide de modo más o menos directo en los elementos definitorios de los tipos penales de lavado de activos, entre los que se encuentra el objeto del delito, que habrá de adecuarse, en la medida de lo posible, a la normativa internacional.

2.1 Amplitud del término

Característica derivada de los Convenios internacionales es la necesidad de que el objeto sobre el que recae la acción de lavado sea **lo suficientemente amplio** como para abarcar la mayor parte de las formas que los bienes de origen delictivo puedan adoptar. Los nuevos y sofisticados métodos de lavado recaen sobre diversos bienes, directa o indirectamente derivados del delito, que pueden revestir gran cantidad de formas. Además, suelen servir como meros instrumentos para la consecución de los bienes que finalmente se integran en el patrimonio de los delincuentes o de sus organizaciones, con apariencia de legitimidad. Se trata de no dejar ningún resquicio legal, para impedir la elusión de las disposiciones penales mediante nuevos métodos de lavado y nuevos bienes que puedan ser su objeto.

De ahí que al tipificar las conductas constitutivas de lavado de activos se haya optado, en la mayoría de los Estados, por un concepto lo suficientemente amplio para dar cabida a toda clase de **bienes**. En definitiva, se trata de establecer un concepto lo suficientemente amplio para abarcar los bienes muebles, los inmuebles y los derechos sobre unos y otros, no limitado al dinero, sino también a otros activos como los metales y piedras preciosas, títulos valores, créditos, ganancias y disminuciones de pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se materialicen¹²¹.

¹²¹ En los materiales explicativos de la ley alemana de reforma del Código Penal para la introducción del delito de blanqueo de capitales se habla de "bienes y derechos, por ejemplo bienes muebles e inmuebles, metales y piedras preciosas, inmuebles y derechos sobre los mismos, dinero ..." Cfr. BT-Dr 12/989, pg. 27.

2.2 Necesidad de conexión con un delito previo

2.2.1 La conexión de los bienes con un delito previo. La “contaminación” de los bienes

2.2.1.1 Clases de delitos previos

Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de lavado de activos es que **debe tener su origen** en un hecho delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del lavado y un delito previo. Si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de lavado de activos. Cuando existe dicha conexión se dice que los bienes están “contaminados” o “manchados”.

Plantea acertadamente FABIAN CAPARROS la cuestión de si se ha de criminalizar o no el lavado de **bienes procedentes de hechos ilegales** (ilícitos administrativos o civiles) no constitutivos de delito¹²². Si el lavado de activos menoscaba el orden socioeconómico, cabe preguntarse porqué no ha de sancionarse penalmente el reciclaje de los fondos que proceden de infracciones no penales, pues puede tener también trascendencia en la economía. Importantes escándalos financieros generadores de elevadísimas ganancias han quedado en meras infracciones administrativas o civiles, aunque el reciclaje de las mismas pueda menoscabar el sistema financiero o la libre competencia. Sin embargo, si se criminaliza el lavado de los bienes procedentes de infracciones no penales podrían producirse situaciones vulneradoras de la necesaria seguridad jurídica. Ello supondría crear una norma penal en blanco contraria a las exigencias del Derecho penal, pues algunos elementos del tipo vendrían fijados por otras ramas del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que meros reglamentos administrativos e incluso actos administrativos podrían bastar para integrar la norma penal¹²³.

El problema que surge es determinar qué **clase de delitos** son los aptos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados. El delito de lavado de activos surge inicialmente en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, a los estupefacientes (la normativa internacional así lo exige también), por la gran cantidad de ganancias que de ellos se obtienen. Sin embargo, existen otras actividades delictivas que generan grandes cantidades de beneficios

¹²² Cfr. FABIAN CAPARROS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pgs. 289/290.

¹²³ *Ibidem*, pg. 290, señala que la aplicabilidad de las penas podría depender de la voluntad de un funcionario administrativo adscrito al poder ejecutivo.

(tráfico de armas, trata de blancas, etc.). Por ello, la evolución más reciente del delito de lavado de activos tiende a incluir como delitos previos otras actuaciones delictivas también generadoras de enormes beneficios. Un primer ejemplo 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 lavado de dinero 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 y el terrorismo)"¹²⁴. Igualmente, el Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos conexos, de la CICAD, inicialmente limitado a los delitos relativos a las drogas, en sus últimas modificaciones ha acogido esta tendencia dando cabida en la definición del lavado, al que recae sobre bienes producto de un delito de tráfico ilícito de drogas u otros delitos graves. Entre tales delitos graves algunos países del Hemisferio incluyen el tráfico ilícito de armas, tráfico de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales) y tráfico de órganos, prostitución, pornografía, secuestro, extorsión, delitos contra la Administración (corrupción), terrorismo y fraude.

La **Ley Modelo** del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero, consciente de estas opciones, al definir en el art. 1.1.2 ("Terminología") el "producto del delito" ofrece dos variantes cuando se refiere a los delitos de los que proceden a los bienes o ventajas: bien a la comisión de cualquier delito (o de una determinada clase de infracciones) o bien de la comisión de uno o varios de los delitos que se listen.

La **Convención contra la delincuencia organizada transnacional** alude también de manera expresa a los delitos previos (delitos determinantes) en su art. 6.2.b). Estos comprenderán en todo caso todos los delitos graves definidos en el artículo 2. Delitos graves son, según dicho artículo, los castigados con pena de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Además, los delitos determinantes comprenderán los tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organiza-

¹²⁴ Preámbulo de la Directiva, donde se indica además que "es importante que los Estados miembros, según lo estipulen sus propias legislaciones, amplíen los efectos de la presente Directiva al producto de esas actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de blanqueo que justifiquen su represión en este sentido".

do), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia). Además, alude a los estados que sigan el sistema de lista de delitos previos, que ha de incluir entre ellos, como mínimo, "una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados".

Por su parte la **Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción** impone a los Estados la obligación de velar por aplicar el delito de lavado "a la gama más amplia posible de delitos determinantes" (art. 23.2.a)).

El análisis de la **normativa comparada** pone de relieve que existen diferencias en cuanto a los delitos previos. En este sentido, se pueden distinguir tres modelos para clasificar los delitos previos:

- a) El modelo del *catálogo de delitos*. La norma penal hace un listado de delitos que pueden generar bienes susceptibles de ser blanqueados. Suelen ser delitos de tráfico de drogas, de armas, extorsión, contrabando, etc. Así por ejemplo la legislación de la Bolivia¹²⁵, de Perú¹²⁶, Chile¹²⁷ y otras en Europa. La crítica a este modelo es que se muestra insuficiente, puesto que existirán otras actividades delictivas que generen también grandes ganancias que no se encontrarán incluidas en el listado, por lo que el lavado de los beneficios va a quedar impunes. Ello podría hacer necesaria una constante revisión del catálogo para incluir nuevos delitos. Esto ha ocurrido en Alemania, donde en el año 1992 se aprobó la norma penal que sanciona el lavado, y en 1994 se tuvo que realizar una modificación para ampliar el catálogo de delitos previos¹²⁸.
- b) El modelo consistente en indicar una *categoría específica de infracciones*. Las normativas de Suiza, Austria se refieren a la categoría de

¹²⁵ El artículo 185 bis del Código Penal que contiene el delito de legitimación de ganancias ilícitas se refiere como delitos previos a los "delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, (...) delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o (...) delitos cometidos por organizaciones criminales".

¹²⁶ El artículo 296 – B del Código Penal que contiene el delito de lavado de dinero se refiere al "dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo".

¹²⁷ El artículo 29 la ley 19913 del 12 de diciembre del 2003 tipifica el delito de lavado de dinero y se refiere a los bienes que proceden de "hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal;".

¹²⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 226/7.

los delitos graves. Se sanciona, por tanto, el lavado de los bienes procedentes de delitos graves, que son aquellos que tienen cierta entidad, cierta gravedad. Ahora bien, el problema fundamental que plantea este modelo es el mismo que el anterior: van a existir delitos que sin ser graves generan cuantiosos beneficios que no van a quedar abarcados por el tipo del delito de lavado.

- c) El tercer modelo sanciona el lavado de los bienes procedentes de *cualquier delito*. Siendo el lavado un delito contra el orden económico, es indiferente el delito del que proceden los bienes. Así, a nivel internacional es de destacar 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 y el terrorismo)". Esto se puede apreciar en normativas como la italiana (arts. 648bis se refiere a los bienes procedentes de cualquier delito no culposo y 648ter relativo a los bienes procedentes de cualquier delito), la belga (art. 505 CP belga, alude a la comisión de un crimen o delito), o la española, que desde el año 2004 castiga el lavado de los bienes procedentes de cualquier delito.

2.2.1.2 La accesoriadad

Se ha discutido también qué ha de entenderse por el término delito. El delito se define como un hecho típico, antijurídico, culpable (y punible). Normalmente este término no requiere que concurren todos estos elementos, sino que en ocasiones basta con que concurren los dos primeros. Tanto España como en Alemania es suficiente con que el hecho previo sea típico y antijurídico. El Código Penal español expresamente indica en el art. 300 que las disposiciones del Capítulo XIV (denominado "De la receptación y otras conductas afines", en el que se ubica el delito de blanqueo de capitales) se van a aplicar aún cuando "el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena". Regula este precepto la denominada accesoriadad limitada, según la cual basta con que el delito previo sea un hecho típico y antijurídico. No es necesario, por tanto, que los responsables del delito previo sean

culpables o hayan sido efectivamente penados. Sería absurdo sancionar el lavado de bienes procedentes de un hecho conforme a Derecho. Si en la realización de algún hecho constitutivo de un delito grave concurre una causa de justificación o la conducta es atípica, no va a ser posible sancionar el lavado de los bienes procedentes de aquél. Con todo, es difícil que de un hecho justificado se deriven bienes. La presencia de causas de inimputabilidad o de exculpación, de un error de prohibición invencible, el no cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad, la existencia de causas personales de exclusión de la pena o de inmunidades personales, no impide la sanción en virtud del delito de lavado.

Con todo, es cierto que el criterio de la accesoriidad puede generar cierta confusión, pues da a entender que el lavado es un delito accesorio de aquel del que proceden los bienes. Sin embargo, es necesario insistir en que el delito de lavado es un delito autónomo, que se desvincula lo máximo posible del delito previo. Y ello hasta el punto de que no es necesario que exista una condena por el delito previo para poder castigar a alguien por delito de lavado. Así por ejemplo lo ha reiterado el Tribunal Supremo español en diversas sentencias. Por ejemplo, la Sentencia de 20 de septiembre de 2001 señala expresamente «ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación se exige previa condena por el delito del que procedan los bienes».

Ahora bien, la *Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de abril de 2003* advierte que el Tribunal sí tiene que hacer una interpretación valorativa del elemento normativo “delito” y concluir que los bienes que se ocultan proceden de hechos susceptibles de ser calificados como un delito. En definitiva, basta con acreditar la existencia de una actividad delictiva de modo genérico, que en atención a las circunstancias del caso permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria una probanza plena de un acto delictivo específico ni de los intervinientes en el mismo.

Para acreditar la existencia del delito previo -y del conocimiento del origen por parte del lavador- se recurre a la prueba indiciaria. Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha señalado los indicios fundamentales para acreditar la existencia de un delito de lavado. Es muy importante porque ha servido como modelo a las sentencias posteriores la de *de 23 de mayo de 1997 que señala que* “los indicios más determinantes han de consistir:

1.º En el incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

2.º Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

3.º Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionadas con las mismas», o habrá que añadir, con otras actividades delictivas.

2.2.1.3 Grado de comisión del delito previo.

La participación en el delito previo

Los bienes que se blanquean no han de proceder necesariamente de un sólo delito, sino que también es punible el lavado de los bienes originados simultáneamente en **varios delitos**. Los bienes pueden proceder también de una tentativa de delito, siempre y cuando de ella se deriven bienes.

En cuanto a los bienes procedentes de **actos preparatorios** punibles, habrá que estar a lo dispuesto por cada legislación para entender que son objetos idóneos del delito de lavado de activos¹²⁹.

Igualmente es punible el lavado de los bienes que obtienen los **autores o los participantes** en el delito previo. De hecho, a título de ejemplo el Convenio de Viena alude de manera expresa a la posibilidad de que los bienes que se blanquean procedan no sólo de la autoría de un delito, sino también "de un acto de participación" en él¹³⁰.

2.2.2 El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena

En el lavado de activos juega un papel fundamental la sustitución o la transformación de los bienes inicialmente obtenidos del delito. Siendo esto así, si sólo se penaliza el lavado de los bienes directamente derivados de un delito van a quedar impunes un número importante de actos de reciclaje, pues en la mayoría de ellos lo que se blanquea son bienes que han sustituido a los originarios. Para evitar situaciones de impunidad, los instrumentos internacionales abarcan no sólo los bienes originados directamente en la

¹²⁹ Cfr. sobre las legislaciones suiza y alemana BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 240/1.

¹³⁰ Cfr. así el art. 3.b).ii), y art. 3.1.c).i).

infracción penal previa, sino también los **indirectamente derivados**¹³¹, bien a causa de su transformación o de su sustitución. Para ello exige que los bienes tengan "su origen" en un delito (grave o de tráfico de drogas).

De esta expresión se deriva la necesidad de que exista una **conexión** entre el delito previo y el bien objeto del lavado, en el sentido de que el bien provenga, derive directa o indirectamente del mismo. Pero la cuestión reside en tratar de fijar límites a dicha conexión. No parece correcto admitir una derivación ilimitada de los bienes originarios de forma que todos los que tengan algún tipo de conexión con ellos deban ser considerados provenientes del delito previo. Ello fundamentaría un *regresus ad infinitum* no admisible. En un plazo corto de tiempo se podría llegar a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal. Por esta razón se han elaborado criterios limitadores con el objetivo de ofrecer soluciones a la variedad de situaciones que se plantean. En realidad, se han elaborado pautas que fijen cuándo se puede entender que los bienes contaminados por proceder de un delito, han dejado de estarlo, resultan **descontaminados**. Unos sugieren que los límites han de provenir de las categorías jurídico-civiles¹³², sin concretar cuáles. Otros se remiten al principio de culpabilidad, en virtud del cual debe quedar probado en todo caso que el sujeto conoce el origen delictivo de los bienes para poderle condenar¹³³. A nuestro juicio, no es posible dar un único criterio que sirva para solucionar todas las situaciones posibles. Si bien algunas de ellas podrán resolverse con base en las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, otras va a requerir el recurso a criterios distintos, de carácter civil o de otro tipo¹³⁴. Entre otras cosas se discute también si la prescripción del delito previo descontamina¹³⁵ los bienes que proceden de él, que dejarían de ser idóneos para el delito de blanqueo.

¹³¹ Como hemos visto al definir el término "productos" en los diversos instrumentos internacionales.

¹³² Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", en *Actualidad Penal*, pgs 583 ss., pg. 611.

¹³³ Cfr. FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 300. Esta postura, sin embargo, no sirve para resolver la multiplicidad de situaciones que aparecen en la práctica.

¹³⁴ Ampliamente BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 266 ss.

¹³⁵ En otra ocasión nos hemos mostrado en contra de que la prescripción descontamine los bienes, que siguen procediendo de un hecho típico y antijurídico; cfr. BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pg. 288; se muestra de acuerdo con esta postura PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 367. En contra ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 234.

A menudo la distancia entre el delito grave origen de los bienes y las acciones de lavado es tan grande, que sólo es posible probar un delito de lavado de activos como hecho previo. Por eso tiene interés, desde un punto de vista político-criminal, determinar si es punible o no el **lavado en cadena**, esto es, el lavado de los bienes que proceden de un delito previo de lavado. Entiendo que debería ser punible el lavado en cadena. Según esto, tanto si el segundo blanqueador conoce el delito originario de los bienes, como si conoce el previo delito de lavado, sabe que los bienes tienen su origen en un delito, con lo que su conducta debería ser penalmente relevante. Por lo tanto, debería ser punible la legitimación de un bien procedente de la legitimación de otro bien, que procede de un previo delito¹³⁶.

2.2.3 Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero

Los instrumentos internacionales en la materia aluden a la sanción del lavado de activos en los casos en los que los delitos de los que proceden los bienes hayan sido **cometidos en el extranjero**. En concreto, el art. 6.2 letra a) del Convenio del Consejo de Europa dispone que para la sanción del lavado de activos "será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte". Por su parte, el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE dispone que existe lavado de activos "aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero". El Reglamento Modelo, cuando alude a la competencia, señala que los delitos de lavado serán "investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente independientemente de que el delito de tráfico ilícito o el delito grave haya ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición cuando proceda conforme a derecho". También la Convención contra la delincuencia organizada transnacional alude a la posibilidad de sancionar el lavado cuando los delitos previos hayan sido cometidos fuera de la jurisdicción del Estado (art. 6.2.c). Y también la Ley Modelo del Grupo Mundial contra el blanqueo de dinero alude a esta cuestión en el art. 1.1.2.f). En definitiva, en virtud de tales instrumentos se considera también lavado el de los bienes que proceden de delitos cometidos en el extranjero.

¹³⁶ Ampliamente sobre el blanqueo en cadena BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pg. 257; VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios II, pg. 1465; PALOMO DEL ARCO, "Receptación y conductas afines", cit., pgs. 442/3.

El lavado de activos es un delito de marcado **carácter internacional**. Es posible, por tanto, que el delito previo que da origen a los bienes haya sido cometido en un país y el delito de lavado en otro diferente. Por ejemplo, se puede cometer un delito de tráfico de drogas en España y blanquear el dinero en Argentina. Surgen problemas allí donde se juzgue el lavado de activos procedente de un delito cometido en el extranjero. Para evitar estos problemas, las legislaciones nacionales de algunos países, como por ejemplo Alemania, Suiza y España, incluyen una cláusula en la norma penal que declara punible el lavado de bienes procedentes de un delito cometido en el extranjero. A mi juicio es muy positiva una cláusula de este tipo, para evitar problemas de interpretación.

Para la aplicación de esta cláusula se ha de respetar el discutido **principio de doble incriminación**. Esto supone que los comportamientos susceptibles de ser calificados como delitos previos deben estar sancionados penalmente tanto en el lugar de comisión como en el lugar de realización del lavado de activos. No es suficiente que se trate de un hecho contra el cual sólo se establecen sanciones administrativas, sino que la sanción ligada al mismo ha de tener un carácter penal. Hechos que sean punibles conforme a la legislación extranjera que sean impunes en el Derecho nacional no pueden considerarse delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se comete un delito de tráfico de especies animales amenazadas en España y se lava el dinero en Chile, donde no es delito, no cabe sancionar el lavado de tal dinero). A la inversa, hechos impunes en la legislación extranjera que sean punibles conforme el Derecho nacional tampoco constituyen delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se lleva a cabo una conducta de contrabando de tabaco en Suiza, donde no es delito, no se puede sancionar el lavado de ese dinero en España, porque no procede de un delito).

Un reconocimiento expreso de este principio lo realiza la **Convención contra la delincuencia organizada transnacional**, que en su art. 6.2.c) que dispone que los delitos cometidos en el extranjero constituirán delito determinante "siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte" que persiga el lavado.

También lo reconoce expresamente la **Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción**, cuyo 23.2.c) considera también lavado el de los bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero. Y señala: "No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte consti-

tuirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí”.

Con todo, fruto del debate que existe en la actualidad en torno al principio de doble incriminación, la **Ley Modelo** del Programa Global contra el blanqueo de dinero, en su art. 1.1.2. *in fine* contiene dos variantes para que se pueda enjuiciar un delito de lavado cuando el delito previo se haya cometido en el extranjero:

- a) variante 1: el delito previo deberá tener carácter de delito penal en el país en el que ha sido cometido y en el derecho interno del país, salvo acuerdo específico en contrario;
- b) variante 2: el delito previo deberá tener el carácter de delito penal en el país en el que ha sido cometido.

V. El sujeto activo en la normativa internacional

El delito de lavado de activos es fuente de una interesante **discusión** relativa al sujeto activo, esto es, quién puede ser la persona que realice el comportamiento descrito en la ley penal. Dado que el lavado de activos exige la comisión de un delito, se plantea la cuestión de las relaciones que pueden existir entre los sujetos de ambos delitos. El problema en concreto es si el traficante de drogas que se ocupa de lavar las ganancias obtenidas ha de ser condenado como reo de un acto de lavado.

El **Convenio del Consejo de Europa** realiza una mención expresa al sujeto activo del delito de lavado de activos. En concreto, para ayudar a los Estados a aplicar las previsiones del número 1 del art. 6 (relativo al delito de lavado de activos), se establece que pueden prever que el lavado no se aplique a la persona que cometa el delito previo (art. 6.2.b)). Se reconoce así que los principios fundamentales del Derecho Penal interno de algunos Estados no permiten que si una persona ha cometido el delito previo, pueda ser juzgada por el delito adicional de lavado de los bienes procedentes de aquél¹³⁷. Ahora bien, es importante señalar que esta mención del Convenio

¹³⁷ Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 21

parece tener un carácter de excepción, es decir, la regla general será la responsabilidad de los intervinientes en el delito previo por el posterior lavado; la excepción será la expresa referencia a la no sanción de los mismos.

Por su parte, la **Convención de Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional**, en su art. 6, cuando penaliza el lavado del producto del delito, dispone en su apartado 2 que "si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido previamente el delito determinante". Y lo mismo dispone el art. 23.2.e) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción. La misma relación de regla-excepción que se observa en el Convenio de Estrasburgo se aprecia también en estos instrumentos.

El **Reglamento Modelo**, señala en su art. 2.6 que los delitos de lavado se consideran delitos autónomos respecto de los delitos de los que proceden los bienes. Siendo el lavado un delito autónomo, puede deducirse que la intención de los redactores es que se pueda castigar por el delito de lavado, al ser independiente, también a los responsables del delito previo¹³⁸.

A nivel de **Derecho Comparado** es frecuente encontrar legislaciones que expresamente excluyen a los intervinientes en el delito previo como posibles sujetos activos del delito de lavado. Las razones que esgrimen para excluirlos son las siguientes¹³⁹:

1) La impunidad de los autores y partícipes en el delito previo se fundamenta en que su hecho reúne el carácter de *acto posterior copenado*¹⁴⁰. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior lavado, que se resuelve conforme al principio de consunción. Pese a que el posterior lavado del autor o partícipe en el delito previo se puede incluir en dos pre-

¹³⁸ PINTO, Ricardo/CHEVALIER, Ophelie, El delito de lavado de activos como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria. Editado y aprobado por Dr. Rafael Franzini Batlle. Documento de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Organización de Estados Americanos, pgs. 34/5.

¹³⁹ Cfr. ampliamente sobre los criterios que a continuación se explican BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 461 ss.

¹⁴⁰ En este sentido ZARAGOZA AGUADO, "Receptación y blanqueo de capitales", cit., pg. 468 en relación con la 457; GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 852; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 391 ss; CALDERÓN CERREZO, A. "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial, director Javier Zaragoza Aguado, nº 28, Madrid, 2000, pgs. 263 ss., pgs. 274/5.

ceptos (el que sanciona el delito previo y el correspondiente al delito de lavado), sólo uno de ellos puede aplicarse, pues su apreciación conjunta supondría un *bis in idem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye ("consume") el desvalor del lavado, sin que sea posible sancionar por este último delito. En este sentido, el Tribunal Supremo español mantiene esta postura, cuando afirma que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal, normalmente la venta de droga, con el de lavado procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones (Sentencias del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000, de 14 de abril de 2003 y 29 de noviembre de 2003).

Con todo el Tribunal Supremo español permite que una persona sea condenada por delito de tráfico de drogas y lavado cuando esta última actividad se produce en fechas anteriores a la comisión del delito de narcotráfico. Así por ejemplo, admite la sanción por ambos delitos en el caso de un individuo condenado como autor de un delito de tráfico de estupefacientes por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de lavado en 1992 (Sentencia del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000).

PALMA HERRERA¹⁴¹ asume esta postura y hace una distinción en relación con los partícipes en el delito previo. Entiende que si el inductor o el cómplice en el hecho previo lava los bienes que éste le reportó, realiza un hecho copenado y no realizará el tipo del injusto del delito de lavado de activos al ser un acto copenado. Sí realizará el lavado cuando blanquea otros bienes, como por ejemplo los que obtuvo el autor material u otro partícipe. En este último caso no se podrá hablar de acto copenado y realizará el delito de lavado de activos.

Frente a este argumento cabe indicar críticamente que para que el delito previo constituya un hecho posterior copenado ha de lesionar el mismo bien jurídico que el delito posterior o ha de encontrarse en la misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico. Pero esa identidad de bienes jurídicos no concurre en el delito de lavado de activos. El delito de lavado de activos lesiona un bien jurídico propio, distinto del menoscabado por el delito previo¹⁴², por lo que no puede constituir un hecho posterior copenado.

2) También se puede afirmar que el criterio sobre el que se apoya la impunidad del delito posterior cometido por los responsables del hecho previo

¹⁴¹ Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 393.

¹⁴² Cfr. BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 468/9.

cuando pretenden eludir la acción de la justicia es el *privilegio del autoencubrimiento*¹⁴³. Su fundamento reside en el principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta de la realizada. No se puede exigir al delincuente que se descubra. El sujeto, ante la posibilidad de evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial, encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que de él ha obtenido. Esta solución conecta incluso con derechos fundamentales constitucionales, como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. No se puede castigar a quien ha cometido un delito por encubrir los bienes derivados del mismo, pues ello equivaldría a exigirle una declaración contra sí mismo. En cambio, sí se puede sancionar al delincuente que realiza otros delitos distintos para encubrir los bienes, tales como estafas, falsedades, etc. El mero hecho de autoencubrirse, sin cometer para ello otros delitos, da lugar a una situación de no exigibilidad de una conducta diferente, que excluye la culpabilidad del sujeto.

En nuestra opinión, y pese a los argumentos anteriores, los intervinientes en el delito previo que blanquean sus ganancias quedan en el radio de acción del tipo de lavado de activos. De hecho, como venimos diciendo las tendencias observables en los instrumentos internacionales más recientes se dirigen a exigir **responsabilidad penal** a los responsables del delito previo por el posterior delito de lavado. Los grandes capos de la droga lavan los fondos obtenidos y lesionan gravemente el bien jurídico que entendemos que ha de proteger el delito de lavado de activos: el orden socioeconómico. Este resulta igualmente afectado cuando quien blanquea es un interviniente en el delito previo¹⁴⁴. Quizás, para evitar problemas sería más conveniente la opción del Código penal belga cuyo art. 505 establece una previsión expresa que admite la sanción como blanqueadores de los autores, coautores o cómplices en el delito previo.

El empleo de los **parientes** o de personas ligadas por análoga relación de afectividad para blanquear dinero ha suscitado la cuestión de si éstos, al igual que ocurre con el encubrimiento, quedan exculpados por el delito de lavado de activos. Imaginemos la esposa o la madre del narcotraficante que ocultan el dinero de origen delictivo. Entendemos que esto no es así, porque

¹⁴³ Cfr. una amplia exposición de esta postura en BLANCO CORDERO, blanqueo de capitales, cit., pgs. 469 ss, y la bibliografía allí citada.

¹⁴⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 501/2.

la causa de exculpación del encubrimiento entre parientes no es de aplicación al delito de lavado de activos¹⁴⁵.

VI. Responsabilidad de las personas jurídicas (sanciones), según los instrumentos internacionales

El recurso a las **personas jurídicas** es uno de los mecanismos empleados por los blanqueadores para realizar sus operaciones de reciclado de los fondos de origen delictivo. Así, los verdaderos autores del lavado quedan ocultos tras la persona jurídica. Por ejemplo, la creación de empresas o sociedades de importación-exportación, de sociedades inmobiliarias, etc., constituye un recurso frecuente por parte de los lavadores. Este hecho ha sido apreciado por los organismos internacionales que tienen como fin la lucha contra el lavado de activos. Concretamente, el Grupo de Acción Financiera (GAFI), en sus recomendaciones dirigidas a los Estados, establece que "en la medida de lo posible, las sociedades mismas, y no sólo sus empleados, deberían quedar sujetas a responsabilidad penal" (recomendación n° 7)¹⁴⁶. Existe un acuerdo general entre los miembros del GAFI en que el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y corporaciones, o en última instancia, la posibilidad de llevar a cabo acciones civiles o administrativas contra ellas, es una parte importante de un programa efectivo contra el lavado de activos¹⁴⁷. Algunos Estados tales como los Estados Unidos de América, admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁴⁸. Sin embargo, durante el primer año de vigencia de las Recomendaciones del GAFI se observaron dificultades en diversos Estados para la aplicación de la recomendación n° 7. Se constató que en algunos de ellos los principios constitucionales o fundamentales impedían una legislación que impusiese sanciones a las personas jurídicas¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Ampliamente sobre las razones que confirman esta postura BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 493 ss.

¹⁴⁶ Cfr. *Financial Action Task Force on Money Laundering. Report*, París, 7 de Febrero de 1990.

¹⁴⁷ Cfr. el informe llevado a cabo tras el primer año de vigencia de las recomendaciones del GAFI, *Financial Action Task Force on Money Laundering. Report*, 1990-1991, París, 13 de mayo de 1991, pg. 7.

¹⁴⁸ Cfr. en materia de blanqueo de capitales AKERMANN, *Geldwäscherei-Money Laundering*, cit., pg. 205.

¹⁴⁹ *Ibidem*. En aquel momento, aproximadamente la mitad de los Estados miembros del GAFI no tenían una regulación expresa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y un cierto

La **Ley Modelo** sobre lavado, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999) contiene en el art. 4.2.3 las sanciones aplicables a las personas jurídicas. Señala que las sanciones a imponer son la multa (equivalente al quíntuplo de las multas especificadas para las personas físicas), o con alguna de las sanciones siguientes:

- a) Inhabilitación definitiva o por un período de hasta cinco años para el ejercicio directo o indirecto de ciertas actividades profesionales;
- b) Cierre definitivo o por un período de hasta cinco años de sus establecimientos que hayan servido para cometer el delito;
- c) La disolución, cuando hayan sido creadas para cometer los delitos incriminados;
- d) La difusión de la decisión en la prensa escrita o en cualquier otro medio de comunicación audiovisual.”

El **Convenio Centroamericano** dispone en su art. 1.6 que se entiende por "persona" los "entes naturales o jurídicos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Para los efectos de este Convenio, ambas tendrán responsabilidad y serán objeto de sanción". Parece decantarse por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por su parte, el **Reglamento Modelo** de la CICAD, al definir los delitos de lavado, alude en su art. 2 a que "comete delito penal la persona ...". Es el art. 1 el que define qué se entiende por persona: "se entiende a todos los entes naturales o jurídicos susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, tales como una corporación, una sociedad colectiva, un fideicomiso, una sucesión, una sociedad anónima, una asociación, un sindicato financiero, una empresa conjunta u otra entidad o grupo no registrado como sociedad". Una interpretación global de ambos preceptos permite afirmar que esta norma internacional entiende que las personas jurídicas también cometen "delito penal". Por lo tanto, parece estar reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, elemento extraño en los ordenamientos de nuestra órbita, inspirados en el principio *societas delinquere non potest*.

Es de todos conocido, con todo, que en Europa el Derecho anglosajón reconoce la **responsabilidad penal** de las personas jurídicas, consecuencia del gran "pragmatismo" que inspira la legislación. Las tendencias que se observan en otros países europeos siguen la senda marcada por el Derecho

número de ellos tenían sólo una autoridad limitada para responder con acciones civiles o administrativas con respecto a los delitos cometidos por las personas jurídicas.

anglosajón, admitiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, en Holanda se introdujo en el año 1976 la posibilidad de que las personas jurídicas incurran en responsabilidad penal por cualquier infracción (art. 51 CP holandés); también la admite el art. 121-2 del nuevo Código Penal francés de 1994; igualmente en 1996 Dinamarca introdujo en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cosa que también hizo Bélgica en 1999.

Pero el Reglamento Modelo no se pronuncia acerca del modelo de intervención sobre las personas jurídicas. Pues bien, un análisis de las modernas tendencias en lo relativo a la intervención sobre las personas jurídicas evidencia la existencia de **tres modelos**¹⁵⁰:

- 1º. Aquel que mantiene el principio *societas delinquere non potest* y configura la intervención sobre las personas jurídicas como accesoria, recurriendo a medidas de carácter administrativo y sobre la base de una conducta individual típica, antijurídica, culpable y punible;
- 2º. El modelo que *reformula* o amplía las *categorías* tradicionales del concepto de delito para abarcar los hechos procedentes de personas jurídicas;
- 3º. El último de los modelos propone la construcción de un *Derecho Penal para las personas jurídicas*, con criterios específicos de imputación general e individual y sanciones propias.

1º El primero de los modelos es el que siguen muchos países de nuestro entorno, que encuentran grandes dificultades para sancionar penalmente a las personas jurídicas¹⁵¹. Los **problemas** son fundamentalmente **de índole dogmática**. Se alega, por un lado, que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción en sentido penal¹⁵². Esto ha sido contestado por un sector

¹⁵⁰ Seguimos aquí el esquema sugerido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Ana Messuti y Julio Andrés San Pedro (compiladores), Ciudad de Buenos Aires, 2001, pgs. 65 ss, pg. 76.

¹⁵¹ También se señala la dificultad de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho suizo, algo que ha sido objeto de debate en aquél país. Así lo indica AKERMANN, *Geldwäscherei-Money Laundering*, cit., pg. 205.

¹⁵² ZUGALDIA ESPINAR, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", en Cuadernos de Política Criminal (CPC), 1980, pgs. 67 ss, pg. 80, dice que las personas jurídicas carecen de voluntad en el sentido psicológico que requiere el Derecho Penal; a juicio de MUÑOZ CONDE, "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en CPC, 1977, pgs. 151 ss, pg. 153, las personas jurídicas son irresponsables por incapacidad de acción; PEREZ MANZANO,

doctrinal que dice que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes, por lo que podrían ser sujetos activos de un delito¹⁵³. Pese a ello, consideran estos autores que a las personas jurídicas les falta la capacidad de culpabilidad, que es siempre individual, de forma que el reproche culpabilístico no puede dirigirse contra ellas¹⁵⁴. Algo generalmente admitido es que las personas jurídicas son incapaces de pena, debido fundamentalmente al principio de personalidad de las penas¹⁵⁵.

En materia de lavado de activos, por ejemplo, PALMA HERRERA¹⁵⁶ se pronuncia en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Parte de que la persona jurídica es una ficción jurídica -teoría de la ficción-¹⁵⁷, se trata de un centro de imputación normativa de derechos y deberes, de situaciones jurídicas, pero no de actividades jurídicas, o, en este caso, antijurídicas. Entiende que se trata de un ente al que le falta toda conciencia y voluntad en sentido psicológico y toda capacidad de autodeterminación; un ente, en definitiva, incapaz de acción a efectos penales.

Desde esta postura se afirma que la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no obsta a que puedan estar sujetas a medidas de seguridad, a responsabilidad civil o a otras **consecuencias** de carácter accesorio. Si bien esto ha sido objeto de discusión, la legislación penal española parece acoger esta postura. Esta vía se utiliza para combatir el lavado de activos en el art.

"La responsabilidad penal de las personal jurídicas", en *Actualidad Penal*, nº 2, 15 enero de 1995, pgs. 15 ss, pgs. 19/20 y 27; SILVA SANCHEZ, "La receptación específica", *cit.*, pg. 494, nota 55.

¹⁵³ En ese sentido se expresan RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995, pg. 390; SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, pg. 482, quien imputa a Von Liszt la observación relativa a que las personas jurídicas tienen reconocida capacidad de contratar en Derecho privado, y "quien puede concluir contratos puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios"; VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1916, pgs. 299 ss.

¹⁵⁴ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Parte General, cit.*, pg. 390; SAINZ CANTERO, *Parte General, cit.*, pg. 482; ZUGALDIA ESPINAR, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", *cit.*, pgs. 80/81, quien dice que falta la imputabilidad en las personas jurídicas; PEREZ MANZANO, "La responsabilidad penal de las personal jurídicas", *cit.*, pgs. 20 ss y pg. 27.

¹⁵⁵ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Parte General, cit.*, pg. 390; SAINZ CANTERO, *Parte General, cit.*, pg. 482; ZUGALDIA ESPINAR, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", *cit.*, pg. 81, puesto que la pena supone la culpabilidad, no pudiéndose penar sin el reproche de culpabilidad que no se puede dirigir contra las personas jurídicas.

¹⁵⁶ Cfr. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales, cit.*, pg. 400.

¹⁵⁷ Sobre la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, y las teorías existentes, véase la clasificación del *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pgs. 66 ss.

302 CP, que faculta a los jueces o tribunales ("podrán decretar") para imponer a tales organizaciones una serie de consecuencias (¿sanciones?) que son: a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público; c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito.

2º. Existe un importante sector doctrinal alemán¹⁵⁸ y español¹⁵⁹ que, sin renunciar a los principios tradicionales del Derecho penal, tratan de ofrecer criterios que permitan la **intervención penal sobre las personas jurídicas**. Se entiende que las personas jurídicas tienen desde el prisma penal capacidad de acción, igual que las personas físicas. El principal problema lo suscita la categoría dogmática de la culpabilidad, ideándose diversos criterios entre los que destaca el relativo al defecto de la organización, consistente en la omisión por parte de los órganos o representantes de la persona jurídica de las cautelas o mecanismos institucionales de control necesarios para evitar que se produzcan infracciones penales en el marco de su actividad social.

3º. Con todo, es cierto que existen tendencias doctrinales en nuestro entorno que, basadas en el pragmatismo de otros países, proponen la elaboración de un **Derecho Penal para las personas jurídicas** con criterios específicos de imputación. Destaca en este marco la propuesta de DE LA CUESTA ARZAMENDI¹⁶⁰, quien articula criterios específicos de imputación de los hechos a la persona jurídica. Se considera ineludible que las modernas sociedades han de articular respuestas penales para los hechos delictivos cometidos en el marco de las personas jurídicas, para enfrentarse a la expansión de la "delincuencia corporativa". Son muy numerosos y muy graves los hechos delictivos que actualmente se cometen mediante entidades legalmente constituidas. Pues bien, es evidente que estos hechos son cometidos directamente por personas físicas, que constituyen el instrumento de

¹⁵⁸ Cfr. entre otros, las opiniones de TIEDEMANN, Klaus, "Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *NJW*, nº 19, 1988, pgs. 1169 ss.; HEINE, Günther, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", en *Juristen Zeitung*, nº 6, 1996, pgs. 211 ss.

¹⁵⁹ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", en *Poder Judicial*, nº 46, 1997, pgs. 329 ss; BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998.

¹⁶⁰ Seguimos aquí el esquema sugerido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", pgs. 76 ss.

las personas jurídicas. Por esta razón su responsabilidad se ha de establecer necesariamente a partir de la actuación de aquéllas. Una vez que se detecta la infracción penal, se ha de examinar cómo se han de imputar los hechos a la persona jurídica. Para ello propone aquel autor tres elementos:

- Primeramente se ha de probar la existencia de una *conexión funcional* entre la persona física actuante y la persona jurídica. Para ello puede servir el criterio de la representación, pero no es el único. Podrían imputarse también a la persona jurídica los hechos realizados por personas físicas que se encuentran a cargo de alguna sección operativa de la empresa o por personas que cuentan con una verdadera capacidad de representación y de decisión dentro de la persona jurídica. Con todo, sería conveniente probar además alguna conexión entre esta persona física y la jurídica, que puede proceder de la infracción de las obligaciones o deberes propios de tráfico jurídico de la persona jurídica, o un enriquecimiento propio.
- En segundo lugar, es conveniente acreditar el *defecto de organización o funcionamiento*.
- Finalmente, parece conveniente exigir un *incremento del riesgo*.

Por último, en el marco de la *imputación individual*, propone este autor no recurrir a criterios específicos para constatar la culpabilidad de las personas jurídicas. Bastaría, dice, con acreditar la no concurrencia de una situación de inexigibilidad para afirmar la imputación individual. Pero no sólo eso, habría que combinar este criterio con el de la peligrosidad criminal observada en la persona jurídica, hacia cuya prevención habría que orientar la intervención sancionadora dentro de los límites propios de las penas correspondientes al delito cometido. Estas sanciones deberían tener como objetivo no sólo la respuesta al hecho cometido, sino también un elevado contenido reparatorio. Destacan así sanciones de índole patrimonial o económica, como la multa y la confiscación de las ganancias, con contenidos varios, como sancionador, preventivo y también reparador, sin perjuicio de otras respuestas penales adecuadas.

Pues bien, el Reglamento Modelo se decanta por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al ser ellas, tal y como se deriva de su articulado, las que **cometen delito penal**. No parece acoger la opinión más extendida en nuestra órbita según la cual las personas jurídicas son penalmente irres-

ponsables¹⁶¹. Se adhiere así a las tendencias más novedosas que inspiran algunos instrumentos internacionales, fundamentalmente elaborados en el marco del Consejo de Europa¹⁶² y de la Unión Europea. Los Estados pueden optar por alguna de las soluciones aquí examinadas, desde una reformulación de las diversas categorías dogmáticas que permitan afirmar la responsabilidad penal de tales entes, hasta la creación de un específico Derecho penal de las personas jurídicas, con sus propios criterios de imputación y sus propias categorías dogmáticas.

VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia

La mayoría de los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos exigen que el sujeto actúe "**a sabiendas**"¹⁶³ del origen delictivo de los bienes. Adicionalmente el Reglamento Modelo de la OEA (art. 2) utiliza las expresiones "debiendo saber" o "con ignorancia intencional" de que los bienes son producto de un delito. Estas dos últimas expresiones van a suscitar problemas interpretativos de gran calado, referentes a la incriminación del lavado cometido por imprudencia.

1. La expresión "a sabiendas". Su referencia al dolo

El lavado de activos es un delito doloso, que requiere que el agente conozca los elementos del tipo objetivo y además que quiera realizarlos. La peculiaridad de la normativa internacional con respecto al tipo subjetivo descansa en el empleo de la expresión "a sabiendas", cuando hace referencia al origen delictivo de los bienes. Junto a ello, es de destacar la mención ex-

¹⁶¹ Esta es la opinión que se adopta en el *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 69.

¹⁶² Por ejemplo, recomiendan la incorporación al ordenamiento interno de los Estados miembros de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras, la Recomendación R(81) 12 sobre la criminalidad en los negocios, la recomendación R(88) 18 sobre la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades.

¹⁶³ En este sentido, el art. 3.1.b.i), ii), y 3.1.c.i) del Convenio de Viena, y el art. 2.1, 2 y 3 del Reglamento Modelo. "Sabiendo" es el término que emplea el Convenio del Consejo de Europa, art. 6.1.a), b), c).

presa a los objetivos que deben guiar al autor, como son el de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

El sujeto debe tener conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito. El conocimiento del objeto material, o mejor, de su origen, es el que más debate ha sugerido en la doctrina. La expresión "a sabiendas" se refiere al elemento intelectual del dolo, que debe abarcar un elemento del tipo cual es que los bienes tienen su origen en un delito¹⁶⁴. Se trata éste de un elemento normativo del tipo cuya constatación por los sentidos no es suficiente -a diferencia de lo que ocurre con los elementos descriptivos-, es necesario además realizar una valoración para determinar si los bienes proceden de un delito, y, fundamentalmente, en función de los Estados, si es un delito de los expresamente mencionados en el tipo -un delito grave o de narcotráfico-. De aquí se pueden derivar dos cuestiones problemáticas que se refieren, por un lado, al sustrato fáctico del elemento normativo, y, por otro, a la valoración de tal sustrato.

El *sustrato fáctico* está integrado por los hechos constitutivos de un delito. El autor ha de conocer aquellas circunstancias fácticas perceptibles por los sentidos, que han de servirle de base para valorar su carácter delictivo. Se trata, al igual que ocurre en los elementos descriptivos del tipo, del conocimiento de los hechos constitutivos de un delito. Ahora bien, puesto que el autor ha de proceder posteriormente a la valoración de tales hechos, cabe plantearse si ha de conocer exhaustivamente todas y cada una de las circunstancias en las que se producen los mismos. En semejanza con el delito de receptación, no es necesario un conocimiento exacto y pormenorizado del delito previamente cometido. En este sentido, la jurisprudencia española considera que el delito previo es un elemento de carácter normativo que "va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar"¹⁶⁵. Por tanto, circunstancias tales como el tiempo, lugar, formas de comisión,

¹⁶⁴ Así BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 373 ss; GONZALEZ RUS, *Parte Especial I*, cit., pg. 855; GOMEZ INIESTA, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 54 ss; FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 393/4. Por contra, entiende FARALDO CABANA, P., "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pg. 143, que se trata de un elemento subjetivo del injusto.

¹⁶⁵ Sentencias del Tribunal Supremo español de 14 de marzo y de 3 de diciembre de 1997.

autor, víctimas, etc..., no necesitan ser abarcadas por el conocimiento, aunque si son conocidas forman parte integrante del dolo¹⁶⁶.

El autor del delito de lavado de activos ha de proceder a una *valoración de los hechos* que ha percibido. De tal valoración ha de derivarse que tales hechos constituyen una conducta delictiva, y particularmente de las previstas en la norma penal (bien delitos de carácter grave, de narcotráfico, etc.). Este tipo de valoración jurídica, que tiene como referencia el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, forma también parte del dolo¹⁶⁷. Sin embargo, no es necesaria una calificación jurídica precisa dentro de la categoría de los delitos a los que alude la norma penal¹⁶⁸. Basta con que se perciba que los hechos son constitutivos de una infracción dentro de la categoría de los delitos previstos¹⁶⁹.

En cuanto a la clase de dolo, opinan algunos autores que la expresa referencia al conocimiento ("sabiendo") limita la aplicación del tipo exclusivamente a los casos en los que concurra dolo directo¹⁷⁰. Sin embargo, consideramos que la exigencia típica de que el sujeto tenga conocimiento del origen de los bienes no excluye, en principio, el dolo eventual¹⁷¹. Hubiera quedado más claro si -tal y como hace la Ley Modelo del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero (art. 1.1.1)- se hubiese hecho mención específica al dolo eventual (La Ley modelo acoge, como una de sus variantes, el término "sospecha").

La *jurisprudencia española* admite claramente el dolo eventual. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003 (entre

¹⁶⁶ Cfr. PEREZ MANZANO, Mercedes, "El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pgs. 219 ss, pg. 229.

¹⁶⁷ Cfr. PEREZ MANZANO, "blanqueo de dinero", *cit.*, pg. 229.

¹⁶⁸ Así lo entendían respecto de la normativa derogada, cuando se refería a delitos relativos a las drogas, DIEZ RIPOLLES, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989, pg. 92; SILVA SANCHEZ, Jesús-María, "La receptación específica", en *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas)*, T. XII, Cobo del Rosal, M. (dir.), Madrid, 1990, pgs. 479 ss, pg. 495; PEREZ MANZANO, "blanqueo de dinero", *cit.*, pg. 230.

¹⁶⁹ Cfr. SILVA SANCHEZ, "receptación específica", *cit.*, pg. 495/6; PEREZ MANZANO, "blanqueo de dinero", *cit.*, pg. 230.

¹⁷⁰ Así, VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, pg. 450; DEL CARPIO DELGADO, *blanqueo de bienes*, *cit.*, pg. 317.

¹⁷¹ Cfr. BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 373; PALOMO DEL ARCO, "Receptación y conductas afines", *cit.*, pgs. 445/6; GONZALEZ RUS, *Parte Especial I*, *cit.*, pg. 855; FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 397.

otras muchas)¹⁷² señala expresamente que “esta sala abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la suficiencia del dolo eventual para su conformación. Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social”.

2. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del *dolus subsequens*

En general, se considera que el dolo debe existir durante la realización del comportamiento, esto es, **durante su ejecución**. Por tanto, el *dolus antecedens*, es decir, un dolo anterior a la comisión, no es suficiente. Ahora bien, al igual que el *dolus antecedens*, se admite que el *dolus subsequens*, esto es, el dolo posterior al hecho, no es dolo en el sentido del Derecho Penal. Como consecuencia de la exigencia de que el conocimiento correspondiente al dolo sea *actual*, se deriva que no tenga ninguna consecuencia jurídico-penal el conocimiento posterior a la realización de la conducta.

Pese a que normalmente no existe una referencia expresa al momento en que ha de manifestarse el conocimiento, en el ámbito del lavado de activos sí se suele hacer mención a esta cuestión. Así, por ejemplo, es de señalar la mención expresa recogida en el **Convenio de Viena** de 1988 que, en su artículo 3.c).i), se refiere a “la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, *en el momento de recibirlos*, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a)...”. Esta misma mención se reproduce en el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa, y en el art. 1 de la Directiva CE.

Por tanto, en el delito de lavado de activos el dolo debe concurrir en el momento de la realización del comportamiento. Es irrelevante desde el punto de vista penal si el conocimiento del origen delictivo de los bienes es ob-

¹⁷² Cfr. por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 2001; de 4 de enero de 2002.

tenido con posterioridad a la realización de las acciones de lavado de activos. Tiene plena vigencia para el lavado de activos, por tanto, el principio *dolus superveniens non nocet*¹⁷³.

3. La ignorancia intencional

Se trata este de un concepto desconocido en nuestros Derechos, que procede de los Estados Unidos, en el que se ha elaborado el concepto de "*willful blindness*", que puede ser traducido textualmente como "ceguera deliberada", aunque se emplea más comúnmente las expresiones "ignorancia deliberada" o "ignorancia intencional"¹⁷⁴.

PRADO SALDARRIAGA entiende que la ignorancia intencional acoge supuestos tanto de **culpa con representación como de dolo eventual**¹⁷⁵.

La **doctrina española** se ha enfrentado al problema que suscitan los supuestos similares a los que en Derecho americano se denominan *willful blindness* o ignorancia deliberada. Estamos ante lo que los canonistas denominaban "ignorancia afectada"¹⁷⁶. El sujeto intenta cegar las fuentes por las que puede llegar al conocimiento del delito. Es un problema ya planteado por PACHECO¹⁷⁷ en el siglo XIX para quien estos casos debían ser considerados equivalentes al conocimiento. En su opinión, no cabe alegar desconocimiento cuando los hechos son notorios y de los que todo el mundo hubiera sospechado. De esta forma, sería un encubrimiento punible el supuesto del que debió y pudo racionalmente llegar al conocimiento de la comisión de un delito.

Esta opinión no resulta satisfactoria porque supone equiparar la "posibilidad de conocer" y el "deber de conocer". Por eso, RODRIGUEZ MOURULLO prefiere establecer una equivalencia entre el "doloso no querer saber" y el efectivo conocimiento de la comisión de un hecho punible, siempre y cuando los datos objetivos obliguen o permitan saber¹⁷⁸. Esta pos-

¹⁷³ Cfr. BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 352 ss y 378 ss.

¹⁷⁴ Sobre las distintas interpretaciones de este concepto puede verse el *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 27.

¹⁷⁵ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, "La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales".

¹⁷⁶ CONDE-PUMPIDO, *Encubrimiento y recepción*, cit., pg. 271.

¹⁷⁷ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1881, pg. 271.

¹⁷⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, T. I, cit., pgs. 904/5.

tura, pese a no ser convincente, es asumida también por GOMEZ PAVON, para evitar dejar impunes conductas que deberían ser calificadas como encubrimiento¹⁷⁹.

Es interesante el criterio de CONDE-PUMPIDO, quien considera que la solución al problema podría venir del recurso al **dolo eventual**¹⁸⁰. La razón fundamental es que, pese a que el autor duda del carácter delictivo del hecho, actúa aceptando el riesgo de incurrir en sanción penal¹⁸¹. En cualquier caso, pone de manifiesto que la práctica judicial admite la prueba del conocimiento en aquellos supuestos en los que las circunstancias del hecho puedan servir de base a una "*presuntio iudex*" de la existencia del conocimiento¹⁸².

Recientemente PALMA HERRERA¹⁸³, respecto del delito de lavado de activos, identifica los supuestos de ignorancia deliberada con el dolo eventual. A su juicio, quien ciega las fuentes del conocimiento lo hace porque teme y se plantea la posibilidad de que los bienes tengan un origen delictivo. El sujeto, por tanto, tiene un conocimiento eventual del origen delictivo de los bienes. Restringe las posibilidades que se pueden plantear a dos supuestos: o bien el sujeto se plantea como probable la procedencia delictiva de los bienes, en cuyo caso quien ciega voluntariamente las fuentes de conocimiento actúa con dolo eventual, o no se plantea ni siquiera como probable ese origen, en cuyo caso ya no habrá dolo eventual. Entendemos que la realidad es mucho más rica en matices, y pueden plantearse casos distintos no reconducibles a ninguna de estas opciones. En efecto, son imaginables supuestos en los que el sujeto ciegue sus fuentes de conocimiento, no quiera saber el origen de los bienes, y ni siquiera se represente como probable el origen "delictivo" de los bienes. En la práctica se presentan casos en los que determinadas personas realizan operaciones sobre cantidades de dinero que no proceden de la comisión de un delito, sino de infracciones tributarias (dinero "b"), y no quieren conocer la procedencia de tales bienes, ciegan las posibles fuentes de conocimiento de su origen y ni siquiera se representan que puedan proceder de un delito. No es lo mismo la conducta de aquel que recibe grandes cantidades de dinero en efectivo de quien conoce que se de-

¹⁷⁹ GOMEZ PAVON, *encubrimiento*, cit., pg. 43.

¹⁸⁰ CONDE-PUMPIDO, *Encubrimiento y receptación*, cit., pg. 271.

¹⁸¹ *Ibidem*, pg. 272. Sin embargo, finalmente excluye la posibilidad del dolo eventual dado que, en coherencia con su postura, el encubrimiento no admite el dolo eventual

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Cfr.* PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 576.

dica al narcotráfico, pero no quiere saber el origen del dinero, que la de aquel que recibe dichas cantidades de un empresario, también sin querer saber su procedencia. En el primer caso podríamos estar ante un supuesto de dolo, mientras que en el segundo ya no habría dolo.

En nuestra opinión, es preciso diferenciar **dos situaciones** diversas. Por un lado, aquella en la que el sujeto no quiere conocer la procedencia delictiva de los bienes, pero de alguna forma, en función de las circunstancias objetivas, se representa ésta como probable. Este sería un supuesto de dolo eventual. Por ejemplo, recibir elevadas cantidades de dinero en efectivo de un narcotraficante sin querer saber el origen de los bienes. Por otro, la consistente en no querer saber absolutamente nada de los bienes, sin representarse en absoluto su origen delictivo. Por ejemplo, recibir también elevadas cantidades de dinero en efectivo de una persona, sin querer saber nada acerca de la procedencia de tal dinero. Este caso no sería abarcado por el dolo, pues no se puede decir que actúa a sabiendas o con conocimiento. Estos últimos casos, con todo, serán mucho menos frecuentes.

4. ¿Elementos subjetivos específicos?

El artículo 3.1.b).i) del Convenio de Viena requiere que los actos de conversión y transferencia de los bienes de origen delictivo se realicen con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus acciones¹⁸⁴. La doctrina se encuentra dividida a la hora de valorar la naturaleza jurídica de tales requisitos. Mientras unos autores opinan que constituyen **elementos subjetivos del injusto**, otros niegan este carácter. En cualquier caso, lo que parece claro es que se excluye el ánimo de lucro como elemento subjetivo necesario¹⁸⁵.

En nuestra opinión, estamos ante conductas tendentes al encubrimiento o favorecimiento; constituyen supuestos de **tentativa de encubrimiento**. Se

¹⁸⁴ El art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa se refiere a la conversión o transferencia con el fin de ocultar o disimular la procedencia delictiva de los bienes.

¹⁸⁵ Cfr. VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit., pg. 1461; ZARAGOZA AGUADO, J. A., "Receptación y blanqueo de capitales", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico (III)*, vol. 4, pgs. 449 ss., pg. 467; ZARAGOZA AGUADO, J. A., "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, febrero 1994, pgs. 109 ss.

exige un dolo de encubrir y se señalan los comportamientos típicos que pueden dar lugar a tal encubrimiento. El autor persigue un resultado situado más allá del tipo objetivo y que, pese a ser contemplado en el tipo, no es necesario alcanzar. De esta forma, cuando el autor convierta o transfiera los bienes, su comportamiento ha de estar preordenado a la meta propuesta, siendo indiferente si la consigue o no. Por eso, optamos por acoger la segunda de las posturas que considera que ambos elementos subjetivos se refieren al **aspecto volitivo del dolo**. Los autores del delito han de actuar con la intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, con lo que así se impide su descubrimiento, lo que coincide plenamente con las conductas encubridoras. También la intención de ayudar a los partícipes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos tiene un carácter claramente encubridor, debiendo recaer la conducta típica sobre los bienes de origen delictivo para evitar la sanción de tales partícipes. En definitiva, los elementos subjetivos mencionados son una mención expresa del aspecto volitivo del dolo típico de encubrimiento.

El problema que se plantea ahora es determinar si la mención expresa de elementos intencionales en el tipo exige una determinada forma de dolo. En la doctrina española entiende PEREZ MANZANO que la referencia expresa a la intención del autor excluye el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual¹⁸⁶. Se podría reprochar a tal postura que si solamente se exige la concurrencia del **dolo directo de primer grado** podrían surgir lagunas de punibilidad, pues quedarían impunes las conductas realizadas con la concurrencia de dolo directo de segundo grado o dolo eventual. A ello se responde que los supuestos de dolo directo de segundo grado y dolo eventual quedan abarcados por el art. 3.1.b.ii), que castiga la ocultación o el encubrimiento sin exigir ninguna intención expresa¹⁸⁷. Además, el empleo de la locución "a sabiendas" en este artículo, tal y como hemos visto, no excluye ninguna modalidad de dolo, por lo que no existe ningún obstáculo para admitir los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Respecto del Código Penal español derogado, *cfr.* PEREZ MANZANO, "blanqueo de dinero", *cit.*, pg. 240.

¹⁸⁷ *Cfr.* PEREZ MANZANO, "blanqueo de dinero", *cit.*, pg. 240.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pgs. 240/1.

5. *El error en el delito de lavado de activos*

En el delito de lavado de activos serán muy frecuentes los casos de **error de tipo**, consistentes en el desconocimiento o el conocimiento defectuoso de algún elemento del tipo penal. Cuando el error de tipo sea invencible no cabe imponer pena alguna. Si es vencible se impondrá la sanción por imprudencia si está expresamente castigada. La exclusión del dolo en este ámbito puede producirse fundamentalmente, aunque no exclusivamente, como consecuencia de un desconocimiento o de un conocimiento defectuoso de la acción típica o del objeto material. El desconocimiento de que se realiza una acción típica de lavado de activos no plantea excesivas dificultades a nivel del error. Más problemática es la cuestión relativa al desconocimiento que recae sobre el objeto material, porque el tipo penal emplea elementos normativos en la descripción de los objetos idóneos. Para apreciar mejor esta cuestión vamos a distinguir las diversas situaciones que se pueden plantear¹⁸⁹:

1. *Representación errónea de los hechos* de los que proceden los bienes. El ejemplo típico es aquel en el que el potencial blanqueador considera que los bienes objeto de su conducta son de origen legal cuando en realidad proceden de un delito. En tales casos concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia de estar castigada.
2. *El error de subsunción*. El error de subsunción se produce en aquellos casos en los que el autor conoce las circunstancias fácticas, los hechos de un elemento normativo, pero yerra en su valoración jurídica. Esta modalidad puede ser de importancia en los casos en los que la legislación nacional castiga el lavado de los bienes que proceden de un delito grave. Por ejemplo, si el sujeto piensa que los bienes proceden de unos hechos que considera constitutivos de un delito no grave, cuando en realidad son constitutivos de un delito grave. En estos casos el error de subsunción recae sobre un elemento del tipo de carácter normativo. Cuando el autor piensa que los bienes que blanquea proceden de un delito no grave, siendo así que proceden de un delito grave, hay un elemento del tipo que no se encuentra plenamente abarcado por el dolo: concretamente el elemento normativo que exige que los bienes procedan de un delito grave. Por tanto, se plantea un problema en el ámbi-

¹⁸⁹ Una amplia descripción, con ulteriores referencias bibliográficas BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales, cit.*, pgs. 390 ss.

to del tipo, determinado por un déficit en el conocimiento de un elemento normativo del tipo, que se ha de resolver primeramente en él. En tal caso concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia, de ser punible¹⁹⁰.

3. Representación falsa de las circunstancias fácticas de las que proceden los bienes, siendo así que tanto ellas como las circunstancias reales constituyen *delitos previos idóneos para el lavado*. El supuesto de hecho es aquel en el que un potencial blanqueador se representa erróneamente hechos distintos de los reales, y tanto los hechos reales como los representados son delitos (o son delitos graves, tal y como prevé la normativa nacional). Estamos ante un error irrelevante, pues el sujeto se representa exactamente lo que el tipo exige, esto es, conoce que los bienes que blanquea tienen su origen en un delito de los expresamente tipificados.

6. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia

6.1 Cuestiones generales

La normativa internacional más reciente (no lo hacía el Convenio de Viena de 1988) tiende a **recomendar** que los Estados sancionen la modalidad imprudente. En efecto, el Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, de la CICAD, señala en su artículo 2º que cometen delito penal las personas que lavan bienes de origen delictivo "a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional" de que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves. Evidentemente, el elemento "a sabiendas" hace referencia al dolo. No así, sin embargo, las expresiones "ignorancia intencional" y "debiendo saber".

Esta norma internacional, por lo tanto, recomienda la sanción de la persona que actúa con la denominada "**ignorancia intencional**" o "ignorancia deliberada", algo que ya ha sido objeto de examen. Pero también se utiliza la expresión "**debiendo saber**" en dicho Reglamento de la CICAD al definir los delitos de lavado en el art. 2. Es evidente que dicha expresión da cabida a los supuestos de imprudencia, en los que un sujeto está obligado a conocer

¹⁹⁰ Con todo, podrían aplicarse a este supuesto los delitos de encubrimiento o de receptación (si se trata de un delito socioeconómico).

el origen de los bienes, o, por lo menos, a sospechar de la legalidad de la procedencia de los mismos, y, pese a todo, actúa sobre tales bienes de manera que se produce un delito de lavado.

También las cuarenta **recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)**, si bien parecen hacer referencia al lavado doloso cuando indican que "el delito de lavado de dinero debería aplicarse al menos a las actividades intencionales de blanqueo", seguidamente hacen mención a que algunos delegados sugieren la necesidad de promover "la penalización de aquellas actividades en las que el lavador podría haber conocido el origen delictivo de los fondos blanqueados" (Recomendación nº 6), esto es, la modalidad imprudente.

Por su parte, el **Convenio del Consejo de Europa**, en su art. 6.3.a) dispone que "cada Parte podrá adoptar las medidas que considere necesarias para tipificar también como delitos en virtud de su legislación nacional la totalidad o una parte de las acciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, en alguno o en todos de los casos siguientes en que el delincuente: a) Debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito". Se observa que no obliga a los Estados a la sanción de la modalidad imprudente, pero posibilita que lo hagan.

La **Ley Modelo** del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero contiene como una de sus variantes la expresión "debería haber sabido" que los bienes constituyen efectos de un delito (art. 1.1.1). Esta expresión, como se puede observar, alude al lavado de activos imprudente.

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina es la necesidad o no de castigar las conductas imprudentes de lavado de activos. La exigencia de dolo da lugar inevitablemente a **dificultades de prueba**. Los responsables de estos delitos van a poder eludir sin problemas su responsabilidad alegando el desconocimiento del origen delictivo de los bienes. Las autoridades se van a encontrar con grandes dificultades para probar la existencia de un conocimiento positivo, lo que va a dejar prácticamente sin aplicación al delito de lavado de activos. Para evitar esto, en algunos sistemas penales como el alemán (§ 261 StGB alemán) y el español (art. 301.3 CP español) se ha procedido a la criminalización del lavado imprudente, cuya ventaja reside en que facilita la prueba del delito. En realidad, se pretende proporcionar a las autoridades policiales y judiciales un instrumento que simplifique la prueba.

La comisión imprudente del lavado de activos se va a referir mayormente al desconocimiento del origen delictivo de los bienes. En efecto, el núcleo

más problemático lo constituyen aquellas operaciones en las que se desconoce imprudentemente el origen delictivo de los bienes. En el lavado imprudente el sujeto desconoce el origen de los bienes. Sin embargo, realiza un delito de lavado como consecuencia de la **infracción de una norma de cuidado**, que le impone la obligación de examinar cuidadosamente los bienes implicados en la operación para conocer su procedencia. Detrás de la sanción penal del desconocimiento imprudente del origen de los bienes reside la idea de que los destinatarios de las normas debían haberlo conocido. Para sancionar el lavado imprudente es preciso, por tanto, que exista una norma que imponga esta obligación especial de cuidado. Esto es especialmente importante en aquellos países en los que existe una normativa administrativa que exige a los empleados y directivos de las entidades financieras que examinen determinadas operaciones. Por tanto, teóricamente sólo las personas legalmente obligadas (normalmente empleados y directivos de las instituciones financieras) podrán cometer el delito de lavado imprudente, ya que sobre ellas recaen los especiales deberes de cuidado. No podrá cometerlo cualquier ciudadano individual¹⁹¹, porque sobre él no recae la obligación de conocer el origen de los bienes. En definitiva, la realización del tipo imprudente sólo concurre respecto de grupos profesionales utilizados para el lavado, principalmente en el ámbito del sector financiero y grupos profesionales similares.

Contra la sanción del lavado imprudente se han vertido numerosas **críticas**. Se alega que no es apta para conseguir realmente el fin perseguido, la evitación de las dificultades de prueba. La introducción de un tipo imprudente no evita los grandes problemas de prueba en el ámbito del lavado de activos. Sólo se puede conseguir una condena por lavado cuando se puede probar en concreto sin ninguna duda la denominada "doble sospecha inicial": a) Por un lado, que realmente se ha cometido una acción descrita en el tipo. Esto en principio no es muy difícil a la vista de la amplitud de los comportamientos descritos en el tipo del lavado. b) Pero, por otro lado, se ha de probar en concreto que el objeto realmente procede de un delito pre-

¹⁹¹ Cuestión ampliamente debatida en la normativa española, al existir autores que entienden que la modalidad imprudente puede ser cometida por cualquier persona; *cfr.* ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit., pg. 289; ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 284; FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 419/420; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 593 ss. También la sentencia de la Audiencia Nacional española de 1 de junio de 1999 (Sentencia de la Audiencia Nacional, sec. 1ª, 01-06-1999, núm. 20, rec. 20/1999, rec. 17/1994. Pte. Cezón González) sanciona a ciudadanos no obligados por la normativa administrativa por un delito de lavado imprudente.

vio, lo que es extremadamente difícil¹⁹². Existen dificultades incluso en el simple caso en que un delincuente ingresa directamente y en metálico en su cuenta lo obtenido de un delito. Puesto que el dinero en metálico no muestra exteriormente su origen (*pecunia non olet*), será muy difícil aportar prueba de ello. Pero más difícil es cuando los bienes tienen tras de sí uno o varios procesos de transformación. Se hace prácticamente imposible trazar el camino de un bien "sucio" desde el delito original debido a los múltiples procesos de transformación, y probar para todo proceso de transformación que los bienes implicados se encuentran en relación con el anterior delito.

6.2 El sujeto activo del delito de lavado imprudente

Lo habitual es que el tipo penal del lavado imprudente restrinja el círculo de posibles sujetos activos, siendo estos normalmente empleados o directivos de los sujetos obligados por la normativa administrativa. Sin embargo, en algunos países como España el tipo penal no limita expresamente el círculo de sujetos activos del lavado imprudente. Esto ha llevado a interpretaciones contradictorias por parte de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre 2005 señala expresamente "A pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido". Según esto, todos los ciudadanos tienen un deber de cuidado, que les obliga a advertir el riesgo de blanqueo de capitales que suponen determinadas operaciones económicas o comerciales. Y sigue la sentencia: "Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.)".

¹⁹² Cfr. ZARAGOZA AGUADO, "Receptación y blanqueo de capitales", *cit.*, pg. 478, se refiere a las "enormes dificultades probatorias" que supone tener que demostrar que los valores patrimoniales proceden de un delito.

Frente a esta postura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 2005 indica expresamente que “Un excesivo ensanchamiento de la imprudencia grave a todo tipo de sujetos intervinientes en la operación de blanqueo, es contraria al principio de intervención mínima, que nos lleva ante supuestos de peligro abstracto e incluso a figuras tan comprometidas e inestables como la tentativa, que produce como consecuencia la sanción de imprudencias sin resultado. Como señala un sector importante de la doctrina, la impunidad de las conductas en las que exista un error sobre el tipo ha de ser la regla general ...”. Y concluye: “El deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares que se prestan a realizar un traslado en maletas o de forma similar, de una suma de dinero metálico.” En definitiva, según esta sentencia sólo pueden ser sujetos activos los sujetos obligados, y no cualquier ciudadano. Compartimos, como hemos advertido ya, esta segunda opinión del Tribunal Supremo español.

VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa

1. Actos preparatorios punibles

1.1 Introducción

Cabe distinguir **dos fases** durante la vida del delito: una fase interna y otra externa. No cabe sancionar penalmente la fase interna o de ideación, lo que se expresa con máximas tales como que el pensamiento no delinque. El límite de la fase interna se sitúa en la manifestación exterior de la resolución delictiva. La fase externa da inicio cuando tiene lugar el afloramiento al exterior de la decisión criminal adoptada en la fase interna. En la fase externa es posible distinguir, a su vez, entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

En general, se admite que los actos dirigidos a la **preparación** de la posterior ejecución del delito son impunes. Sin embargo se exceptúan de esta regla los expresamente sancionados por la ley.

La aplicación de la doctrina general nos permite afirmar que las **fases de ideación** para la comisión de un delito de blanqueo de activos son impunes. Incluso los actos preparatorios no expresamente regulados en la normativa interna quedan también exentos de pena. Piénsese, por ejemplo, en la recopilación de información sobre las cotizaciones de bolsa para posteriormente invertir el dinero sucio en acciones, o el documentarse sobre las mejores condiciones para invertir el dinero en el mercado inmobiliario. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos expresamente mencionados en los instrumentos internacionales vinculantes¹⁹³.

1.2 Normativa internacional

El "**Proyecto de convención** contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" elaborado por el Secretario General tipificaba, entre sus disposiciones penales del artículo 2.1.c), algunos actos preparatorios. Estos se debían sancionar como delitos graves a reserva de lo dispuesto por la Constitución, régimen jurídico y legislación nacional de cada Parte. El mencionado proyecto mencionaba la confabulación, la incitación y el consejo. Distribuido el proyecto entre los gobiernos nacionales, presentaron éstos algunas observaciones en relación con la sanción de los actos preparatorios como delitos independientes (delitos graves decía el proyecto), predominando las tesis restrictivas que solicitaban la supresión de su tipificación independiente y la sumisión a las normas generales, e incluso la supresión de la conspiración o del consejo¹⁹⁴. En el segundo período de sesiones del grupo intergubernamental de expertos que estudió el nuevo documento presentado por el Secretario General que consolidaba el proyecto, las observaciones de

¹⁹³ Entiende PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 670/1, que este esfuerzo es de "dudosa utilidad", en la medida en que los textos internacionales no pretenden "ni pueden llegar a ser el espejo en el que se reflejen fiel y puntualmente los ordenamientos jurídicos de cada estado". Parece olvidar este autor que la normativa internacional es fundamental en cuanto a la tipificación penal de este delito, y que es necesario perfilar los límites de lo que deben sancionar penalmente los estados que se obligan cuando ratifican dichos instrumentos.

¹⁹⁴ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1987, pgs. 348 ss., pg. 354; DIEZ RIPOLLES, "blanqueo de capitales", cit., pg. 584; BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 423.

los gobiernos y otras deliberaciones, se abordó el problema de los actos preparatorios. En concreto, varios representantes señalaron las dificultades que la terminología empleada en el proyecto podía plantear en el ordenamiento jurídico de algunos países. Básicamente, que la "confabulación" no es un concepto jurídico universalmente aceptado. Se proponía, por ello, condicionar la sanción de tales actos a la cláusula de salvedad. El documento salido de estas sesiones mantuvo la sanción de los actos preparatorios, pero supeditada al ordenamiento jurídico de las partes.

El texto definitivo del **Convenio de Viena** de 1988 dice en el art. 3.1.c) que las partes han de sancionar, a reserva de sus principios constitucionales y de los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, determinados actos preparatorios¹⁹⁵. El art. 3.1.c).iii habla de *instigar o inducir* a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos que tipifica, entre los que se encuentran el lavado de activos. Si bien parecen términos sinónimos, parece necesario diferenciarlos porque así se prevé de manera expresa. La inducción es normalmente considerada una forma de participación, pero puede considerarse que la instigación se corresponde con la provocación para delinquir.

El art. 3.1.c).iv se refiere también a la *incitación y a la confabulación* para la comisión de tales delitos. La incitación viene a ser, en semejanza con la instigación, una forma de provocación para cometer un delito. La incitación no exige tampoco el inicio de actos ejecutivos, que traspasarían el umbral de los actos preparatorios. La confabulación, entendida como la puesta de acuerdo sobre un negocio entre dos o más personas, podría identificarse con la conspiración. Dos o más personas que se pongan de acuerdo para blanquear bienes procedentes de delitos graves podrían ser sancionadas como conspiradoras. Por tanto, son dos los actos preparatorios punibles según el Convenio de Viena: la conspiración y la provocación¹⁹⁶.

La **Convención del Consejo de Europa** alude de manera expresa en su artículo 6.1.d a la conspiración para cometer el delito de lavado.

También la **Directiva de la Comunidad Europea**, en el art. 1, dice que constituye una infracción de lavado de activos la acción de *instigar* para la

¹⁹⁵ Estos son la instigación, la confabulación y la incitación. Respecto del primer proyecto desaparece el consejo. Se mantiene la confabulación, pese a las reticencias de algunos Estados.

¹⁹⁶ En el mismo sentido se manifiesta DIEZ RIPOLLES, "blanqueo de capitales", *cit.*, pg. 585.

comisión de tal infracción¹⁹⁷. Ya hemos indicado la similitud de la instigación con la provocación para delinquir del ordenamiento jurídico español.

Por su parte, el **Reglamento Modelo** alude a los términos "asociación o confabulación" para cometer el delito de lavado, junto con la "asistencia, incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento" en relación con su comisión (art. 2.4).

Llama la atención que el **Convenio centroamericano** no aluda de manera expresa a ningún acto preparatorio, en semejanza al Convenio de Viena, que es en el que se inspira.

La **Convención contra la delincuencia organizada transnacional** alude de manera expresa a la asociación y la confabulación para cometer los delitos de lavado, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b.ii).

Por último la **Legislación Modelo** del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero alude en su artículo 4.2.2 a la participación en una asociación o confabulación con miras a la comisión de los delitos de lavado.

2. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional

Los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos consideran que la **tentativa** para cometer el delito de lavado de activos ha de ser sancionada penalmente. De ello parece derivarse la importancia de ampliar los límites punitivos a comportamientos no totalmente consumados.

El primer instrumento internacional que menciona expresamente la punibilidad de la tentativa en el delito de lavado de activos es el **Convenio de Viena** de 1988. Desde el primer "proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" elaborado por el Secretario General, se sanciona la tentativa (art. 2.1.d)). El art. 3, 1, c), iv) del texto definitivo dice que cada Parte ha de adoptar las medidas necesarias para tipificar penalmente en su Derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, la tentativa de cometer los delitos

¹⁹⁷ También menciona la acción de "aconsejar" que podría tener cabida bien como proposición, si pretende cometer el delito por sí mismo, bien como provocación, cuando quien aconseja no desea cometer el delito.

mencionados en el art. 3, entre los que se encuentra el lavado de activos¹⁹⁸. Esta declaración se reproduce en el art. 6, 1, d, de la Convención del Consejo de Europa¹⁹⁹.

En el mismo sentido, el art. 2.4 del **Reglamento Modelo** de la CICAD dispone que es punible la tentativa de cometer los delitos de lavado.

La **Directiva** del Consejo de las Comunidades Europeas de 1991 considera en el art. 1 que constituyen lavado de activos las tentativas de perpetrar las infracciones de lavado de activos que regula el mencionado texto²⁰⁰.

Nuevamente sorprende que el **Convenio centroamericano** no aluda de manera expresa a la tentativa.

La **Convención contra la delincuencia organizada transnacional** menciona de manera expresa a "el intento" de cometer los delitos de lavado, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b.ii).

Por último la **Legislación Modelo** del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero alude en su artículo 4.2.1 a la tentativa de un delito de blanqueo, cuya pena puede ser igual a la de la infracción consumada o, como segunda variante, puede ser una pena reducida.

Con la referencia expresa a la tentativa en la normativa internacional se pretende **evitar la impunidad de tales comportamientos**²⁰¹. Parece ser ésta una medida eficaz para combatir el blanqueo de capitales. El castigo de la tentativa ha de hacerse de acuerdo con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Parte.

La posibilidad de admitir la tentativa del delito de lavado de activos va a depender de la **descripción de las distintas conductas típicas**. De hecho, entiendo que algunas de las descritas son tentativas castigadas de manera específica. Así, por ejemplo, la conversión y la transferencia de bienes dirigidos a la ocultación o encubrimiento de su origen no son más que tentativas de ocultación o encubrimiento de los bienes.

¹⁹⁸ Esto es también apreciado por DIEZ RIPOLLES, "blanqueo de capitales", *cit.*, pg. 585.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pg. 587.

²⁰⁰ *Ibidem*, pg. 589.

²⁰¹ LANGON CUÑARRO, Miguel, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", en Cuarto Taller sobre Lavado de Activos. Centro Nacional de Desarrollo y Cooperación Jurídica en Centroamérica, pg. 7, alude a que la intención de los Expertos y de los Estados ha sido no dejar sin sanción ninguna conducta que pudiera estar vinculada al narcotráfico.

La posibilidad de admitir **otras tentativas** estará en función de lo que castigue cada país. Como acertadamente indica LANGON CUÑARRO²⁰², lo primero que ha de examinarse es si la conducta realizada es subsumible en alguna de las conductas típicas. Sólo cuando ello no es posible podemos plantearnos la posibilidad de acudir a la tentativa. Por ejemplo, cuando una persona posee bienes de origen delictivo con la intención de transportarlos, no va a cometer una tentativa de transporte si está específicamente castigada la posesión. De no estarlo, podríamos plantearnos la posibilidad de que sea una tentativa de transporte.

En cuanto a la **pena a imponer**, dependerá de cada Estado parte en los diversos instrumentos internacionales. No en vano se ha de indicar que el Convenio de Viena somete el castigo de la tentativa a los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado²⁰³. Es habitual que cada Estado imponga a la tentativa una pena inferior al delito consumado.

IX. Causas de justificación. Especial atención a la actividad de los abogados

Algunos autores plantean casos en los que queda excluida la antijuridicidad de la conducta, esto es, supuestos en los que el lavado de activos queda justificado por estar incurso en una **causa de justificación**. Es evidente que la apreciación de algunas causas de justificación es altamente improbable²⁰⁴, como por ejemplo la legítima defensa. Es difícilmente imaginable un supuesto de lavado de activos justificado con base en la legítima defensa, esto es, un supuesto en el que el lavado fuese el medio racional y necesario para eludir una agresión ilegítima²⁰⁵.

²⁰² Cfr. LANGON CUÑARRO, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", pg. 7.

²⁰³ No comparto la opinión de LANGON CUÑARRO, "La tentativa en los delitos de lavado de activos", pg. 7, quien opina que el Convenio de Viena equipara en cuanto a la pena la tentativa con el delito consumado.

²⁰⁴ ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, pg. 252.

²⁰⁵ Cfr. VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales*, cit., pg. 120; ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 252; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 497, nota 1.

Pero la doctrina se aplica en el estudio de algunos **casos** en los que el lavado de activos puede quedar justificado. En concreto, se estudian los supuestos en los que, por ejemplo, un agente realiza actos de lavado como infiltrado en una organización criminal, el empleado de banco que omite comunicar a las autoridades operaciones sospechosas para cumplir con el secreto bancario, o el abogado que asesora a los lavadores y que cobra sus honorarios con dinero de origen delictivo.

1. La actividad de los abogados

Entendemos, con todo, que los supuestos más problemáticos son los comportamientos de los **abogados** y la asistencia jurídica. Y es en ellos en los que nos vamos a centrar. El resto de los supuestos creo que no son excesivamente problemáticos.

- Así, la cuestión del *secreto bancario*²⁰⁶ no suscita excesivos problemas en cuanto que los instrumentos internacionales expresamente rechazan la posibilidad de alegarlo para incumplir con las obligaciones impuestas en materia de lavado, en concreto con la obligación de comunicar determinadas operaciones. En este sentido, en el ámbito internacional, el art. 21 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere directamente a esta cuestión cuando dispone que "las disposiciones legales referentes al secreto o reserva bancaria no serán un impedimento para el cumplimiento del presente Reglamento, cuando la información sea solicitada o compartida por un tribunal o autoridad competente, conforme a derecho".
- En cuanto a los problemas que suscitan el *agente encubierto* y el *agente provocador*²⁰⁷, me remito a lo que se pueda exponer en el ámbito procesal.

En lo relativo a la actividad de los abogados, el comportamiento consistente en el cobro de honorarios con dinero procedente de un delito queda abarcado en la descripción típica que realizan algunos instrumentos internacionales.

²⁰⁶ Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, pgs. 261 ss; PALMA HERRERA, *blanqueo de capitales*, pgs. 498 ss.

²⁰⁷ Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, pgs. 253 ss; PALMA HERRERA, *blanqueo de capitales*, pgs. 507 ss.

Como venimos diciendo, el ejercicio de la abogacía es una actividad que puede ser subsumible en los tipos penales que castigan el lavado de activos²⁰⁸. Ahora bien, es preciso **distinguir** la actividad del abogado cuando presta un servicio de orientación jurídica, de la asistencia letrada en un proceso.

2. Actividad de asesoramiento

El asesoramiento legal es una de las actividades profesionales del abogado. Este tiene como deber básico cooperar con la administración de justicia defendiendo en derecho los intereses que se le confien. Por tanto, corresponde al abogado la defensa del Derecho, y no del delito²⁰⁹. Pues bien, la actividad del abogado que asesora sobre la forma de cometer un delito no puede quedar al margen del Derecho penal. Por eso, el abogado que **instruye a su cliente** sobre las formas de lavar activos de origen delictivo no puede acogerse a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ya que la Ley no ampara un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, y deberá responder por su colaboración en el delito de lavado²¹⁰.

En relación con esta materia, la Directiva 2001/97/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, tiene una gran importancia porque obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a imponer a los abogados

²⁰⁸ La posibilidad de que los abogados incurran en responsabilidad criminal como consecuencia de la recepción de honorarios por parte de sus clientes cuando están acusados de tráfico de drogas, es un problema ampliamente debatido por la doctrina norteamericana, fundamentalmente en relación con el derecho a la defensa letrada. Sobre esta materia, y en particular, sobre la situación de los letrados que, teniendo que defender a las personas acusadas de tráfico de drogas, reciben honorarios que pueden considerarse bienes procedentes del tráfico de drogas, se ha originado un gran debate en los Estados Unidos. Cfr. PARKER, "Money or liberty?. A dilemma for those who aid money launderers", en *Alabama Law Review*, nº 44, 1993, pgs. 763 ss; WILSON, "Human Rights and money laundering: the prospect of international seizures of defense attorney fees", en *Criminal Law Forum*, nº 3, 1992, pgs. 85 ss.; JACOBS, "Indirect deprivation of the effective assistance of counsel: the prospective prosecution of criminal defense attorneys for 'money laundering'", en *New York Law School Law Review*, nº 34, 1989, pgs. 303 ss.; WEINSTEIN, "Prosecuting attorneys for money laundering: a new and questionable weapon in the war on crime", en *WTR Law and Contemporary Problems*, nº 51, 1988, pgs. 369 ss.; BOYLSTON, "Attorneys' fees and the money laundering control act of 1986: further erosion of criminal defense advocacy", en *Georgia Law Review*, nº 21, pgs. 929 ss.

²⁰⁹ ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 258.

²¹⁰ ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 258, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 532.

determinadas obligaciones cuando actúan asesorando a sus clientes. En concreto, a los profesionales de Derecho se les obliga, entre otras cosas, a identificar al cliente y a comunicar a las autoridades las operaciones sospechosas del mismo cuando participen:

- “a) ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:
 - i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;
 - ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente;
 - iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores;
 - iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas;
 - v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas;
- b) ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria” (art. 2bis)

Ahora bien, para salvar los problemas que puede plantear esta regulación con el secreto profesional de los abogados, la directiva dispone que los Estados miembros no estarán obligados a imponer dichas obligaciones establecidas con respecto a la información que los profesionales del Derecho “reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (art. 6)

3. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo

De otra manera se ha de enfocar la labor del abogado consistente en la **asistencia letrada**. Y es que hemos indicado que entre las conductas típicas previstas en el Convenio de Viena se encuentran la conversión y la transferencia de bienes de origen delictivo para "ayudar a cualquier persona que

participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones"²¹¹. Esta fórmula es tan amplia que puede comprender los comportamientos del abogado que defiende ante los Tribunales a un blanqueador, pues intenta que éste eluda su responsabilidad.

Y más claramente quedaría abarcado el comportamiento consistente en cobrar sus honorarios con dinero de origen delictivo, comportamiento subsumible en otras conductas típicas, como la adquisición, posesión, etc. Precisamente el problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo. El tipo penal abarca todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados. Y, claro está, también quedan comprendidas las conductas de los abogados que cobran sus minutas con dinero que procede de los delitos cometidos por sus clientes.

Son muy variados los casos planteados y resueltos por los Tribunales alemanes²¹². En un primer supuesto²¹³ la Fiscalía acusó de un delito de lavado de activos a un abogado de Hamburgo que había aceptado como pago de honorarios una cantidad de 5000 Marcos alemanes (DM) por la defensa de una presunta traficante de droga. Esta acusación fue desestimada por el Tribunal competente. La Fiscalía interpuso un recurso ante el *Oberlandesgericht (OLG)* de Hamburgo, que en un Auto de 6 de enero de 2000 decidió que la aceptación de honorarios por el abogado no es subsumible en el tipo del delito de lavado de acuerdo con una interpretación restrictiva. Un año después el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof - BGH*) mantuvo una postura totalmente distinta y contrapuesta, al confirmar la condena por un delito de lavado de activos impuesta a dos abogados que habían cobrado sus honorarios con dinero en efectivo a sabiendas de que procedía de la actividad delictiva de sus clientes. Esta sentencia del *BGH* fue recurrida ante

²¹¹ También alude a esta finalidad el artículo uno de la Directiva CEE, y el art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa.

²¹² Cfr. sobre la evolución de la situación en Alemania WOHLERS, Wolfgang, "Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren - Art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2, 2002, pgs. 197-219, pgs. 199/200.

²¹³ RAGUÉS I VALLÈS, "Blanqueo de capitales y negocios standard", cit., pg. 132, nota 11, informa de otro procesamiento de un abogado por un presunto delito de blanqueo. Se trataba de un abogado a quien se le imputaba haber cobrado sus honorarios con bienes originados en el alquiler de viviendas a prostitutas. Como no se pudo acreditar siquiera una conducta imprudente del abogado se archivaron las diligencias.

el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*), en la que se pronuncia sobre este tema²¹⁴.

En *algunos países* existe una regulación expresa de esta cuestión, y en otros ha sido la jurisprudencia la que ha precisado el alcance del delito de lavado de activos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos el 18 U.S.C.A. § 1957, en su apartado f) (1), prevé de forma expresa un privilegio para el abogado. Dicho precepto dispone que queda fuera de la expresión "*monetary transaction*" aquella transacción necesaria para preservar el derecho de una persona a la defensa letrada garantizado por la sexta Enmienda de la Constitución²¹⁵. En Canadá el problema ha sido resuelto por la jurisprudencia, en concreto, en el caso *Maranda c. Canada (Gendarmerie royale)* de 2 de diciembre de 1997²¹⁶. En esta decisión la *Chambre criminelle* de la *Cour supérieure* de Québec se ha referido a la norma constitucional según la cual toda persona tiene un derecho incondicional a la asistencia de un abogado. Para el Tribunal la relación entre el cliente y el abogado está gobernada por el principio del privilegio absoluto del abogado. La confianza que el cliente deposita en el abogado podría verse seriamente quebrantada si el juez pudiera identificar a través de registros, embargos o escuchas telefónicas, la procedencia ilegal de documentos o de fondos²¹⁷.

La doctrina alemana (también la española) ha dedicado grandes esfuerzos dirigidos a restringir un tipo tan excesivamente amplio. Por eso ha elaborado múltiples y variadas soluciones, que pretenden limitar su ámbito de aplicación, especialmente cuando se trata de la aceptación por parte del abogado de bienes de origen delictivo en concepto de honorarios. Tales soluciones pueden clasificarse en función de si limitan el tipo, ya sea en el ámbito objetivo o en el subjetivo, o si se refieren a la antijuridicidad.

²¹⁴ Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)", en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

²¹⁵ Sobre esta cuestión ampliamente AMBOS, "Annahme 'bemakelten' Verteidigerhonorars als Geldwäsche?", *cit.*, pgs. 77/8.

²¹⁶ Esta sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de Canadá en el año 2003. Cfr. *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67. Léo-René Maranda c. Caporal Normand Leblanc, ès qualités de dénonciateur et Le procureur général du Québec Le procureur général du Québec, l'Association du Barreau canadien, le Barreau du Québec et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ... N° du greffe : 28964. 2003:12 mai; 2003: 14 novembre. Existen con todo dos votos particulares.

²¹⁷ Sobre esta sentencia puede verse el trabajo de ANTENEN, Jacques/BURNAND, Yves/MOREILLON, Laurent/TRECCANI, Jean, "La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1, 2001, pgs. 71-93, pgs. 77 y 85.

3.1 La solución de la tipicidad

Un gran número de autores opina que la solución del problema planteado tiene su sede en la tipicidad. Ahora bien, discrepan en torno a si dicha solución se residencia en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo²¹⁸.

Algunos autores²¹⁹ piensan que el comportamiento del abogado que cobra honorarios con bienes de origen delictivo queda fuera del propio **tipo objetivo** del delito de lavado. Las opiniones son muy diversas y van desde la de aquellos que llevan a cabo una *reducción teleológica* de los tipos del delito de lavado de activos con base en el criterio del *fin de protección de la norma*²²⁰, hasta la de quienes simplemente afirman la atipicidad de tales comportamientos sin más.

Otro sector doctrinal considera que la cuestión de si ha de castigarse el comportamiento del abogado es en realidad un problema concerniente al *tipo subjetivo*, en concreto al dolo. En efecto, algunos autores proponen una restricción del tipo subjetivo, y entienden que el tipo penal sólo es de aplicación al abogado que actúa con dolo directo cuando cobra sus honorarios. Más específicamente, sólo ha de castigarse la conducta del abogado que tiene conocimiento seguro del origen delictivo de los bienes en el momento

²¹⁸ Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)", en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

²¹⁹ Entre otros, mantienen la solución del tipo objetivo: BARTON, Stephan, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *Strafverteidiger (StV)*, 1993, pgs. 156-163; SALDITT, Franz, "Der Tatbestand der Geldwäsche", en *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht. Strafverteidiger-Forum (StraFo) 4/92. Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV*, pgs. 121-136; HARTUNG, Gerrit Wolfgang, "Der Strafverteidiger als Geldwäscher", en *Anwaltsblatt (AmwBl)*, 44, 1994, pgs. 440-448; KULISCH, Sylvia, "Strafverteidigung und Geldwäsche", en *Strafverteidiger-Forum (StraFo)*, 1999, pgs. 337-339; LÜDERSEN, Klaus, "Die Stellung des Strafverteidigers - neue Aspekte: Wahrheitspflicht, 'Geldwäsche', Schadenersatz", en *Zasady procesu karnego wobec wizman wspolczesnosci ksiega ku czci profesora Stanislawy Waltosia*, Warschau, 2000, pgs. 324-341. Disponible en la dirección http://www.uni-frankfurt.de/fb01/luederssen/lued_text1-1.html; WOHLERS, Wolfgang, "Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit", en *Strafverteidiger (StV)*, 7, 2001, pgs. 420-429; WOHLERS, "Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren", *cit.*, pgs. 197-219; WOHLERS, Wolfgang, "Anmerkung zur BVerfG, Urteil v. 30.3.2004 - 2 BvR 1520/01", en *Juristenzeitung*, 13, 2004, pgs. 678-681.

²²⁰ BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", *cit.*, pg. 159.

de su recepción²²¹. En la medida en que no exista este conocimiento seguro, el abogado puede aceptar el pago del cliente²²².

3.2 La solución de la justificación

Frente a la solución de la tipicidad, un importante sector de la doctrina se inclina por la denominada "solución de la justificación", que, como su propio nombre indica, pretende resolver estos supuestos en el marco de las causas de justificación. Esta opinión es mantenida en Alemania por autores tales como *Bernsmann*²²³, *Hombrecher*²²⁴ o *Kai Ambos*²²⁵.

También es esta la opinión mayoritaria de la doctrina española. Según ella, si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes al percibir sus honorarios, su conducta podría justificarse por el *ejercicio legítimo de un derecho*, oficio o cargo, si se cumplen los requisitos para apreciar tal causa de justificación (muy especialmente que el abogado no pueda cobrar con fondos de lícita procedencia)²²⁶. La doctrina mayoritaria considera justificada esta conducta con base en la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, en concreto el derecho a la asistencia letrada. En ese sentido, entiende PALMA HERRERA en la doctrina española que la conducta del abogado que cobra sus honorarios profesionales es ajustada al ordenamiento jurídico por haberse llevado a cabo en el ejercicio legítimo de un derecho a la percepción de honorarios por los servicios profesionales²²⁷.

Es necesario que el ejercicio del derecho del abogado sea *legítimo*, esto es, que se realice conforme a las normas propias de la profesión. Por ello,

²²¹ GRÜNER, Gerhard/WASSERBURG, Klaus, "Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?", en *Goltdammers's Archiv für Strafrecht*, 9, 2000, pgs. 430-447, pgs. 439 ss.

²²² GRÜNER/WASSERBURG, "Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?", cit., pgs. 439 ss.

²²³ BERNSMANN, Klaus, "Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund", en *StV* 1/2000, pgs. 40-45.

²²⁴ HOMBRECHER, Lars, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*. Shaker Verlag, Aachen, 2001.

²²⁵ AMBOS, Kai, "Annahme 'bemakelten' Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsvorversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts", en *JZ*, 2, 2002, pgs. 70-82.

²²⁶ ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 260, señala que esto no va a impedir el comiso de sus honorarios, pues es un poseedor de mala fe. Por ello entiende este autor que sería necesario que el legislador se pronunciara sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados.

²²⁷ PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 537.

habrá que entender que es adecuado a derecho todo cobro de honorarios que sea consecuencia de una prestación de servicios efectivamente realizada²²⁸.

El problema reside en que si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes cuando percibe sus honorarios, si bien su conducta puede estar justificada, ello no va a impedir el **comiso** de los mismos, pues es un poseedor de mala fe²²⁹. Por este motivo la doctrina mayoritaria entiende necesario que el legislador se pronuncie de forma expresa sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados²³⁰.

3.3 La solución del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht - BVerfG). La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo

El Tribunal Constitucional alemán ha terciado en este debate y se ha pronunciado en su esperada sentencia de 30 de abril de 2004²³¹. En ella, siguiendo a la doctrina dominante, considera necesario realizar una restricción del tipo del delito de lavado porque en caso contrario vulnera derechos fundamentales del abogado. Ahora bien, dicha restricción debe realizarse en el marco del *tipo subjetivo*, de manera que sólo puede ser castigado penalmente el abogado que acepta en concepto de honorarios bienes de origen delictivo *a sabiendas* de su procedencia. Queda impune, por lo tanto, el abogado que imprudentemente incurre en la realización de un delito de lavado cuando recibe el pago de la minuta, y el abogado que actúa con dolo eventual respecto del origen de los bienes.

El problema reside en determinar cuándo se puede decir que el abogado actúa con conocimiento cierto del origen de los honorarios que recibe. El Tribunal Constitucional entiende que dicho conocimiento se ha de probar

²²⁸ PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 539, añade además que es preciso que dicho cobro no se efectúe de forma abusiva o antisocial, es decir, para un fin contrario al que el ordenamiento jurídico le reconoce. En cuanto al análisis exhaustivo del resto de los requisitos de esta causa de justificación, véase lo señalado por este autor, pgs. 539 ss.

²²⁹ Como ha evidenciado JAKHIAN, G., "L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, nº 8-9-10, 1991, pgs. 765 ss, pg. 783.

²³⁰ Así ya JAKHIAN, G., "L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge", pg. 783; ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pg. 260; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 541/2.

²³¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)", en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

mediante indicios, esto es, recurriendo a la prueba indiciaria. A su juicio pueden ser indicios de la parte subjetiva, por ejemplo, la *cuantía extraordinaria de los honorarios* o la *clase y forma del pago* de tales honorarios.

El problema al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional alemán no es nuevo. Ya se planteó esta cuestión durante la tramitación del *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito* de 1990 (Convenio de Estrasburgo). En el Informe Explicativo del Convenio se advierte que respecto de la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* de 1988 (Convenio de Viena), se había discutido si era o no constitutivo de lavado de activos el comportamiento del abogado que recibe en pago de honorarios bienes de origen delictivo. Pues bien, señala dicho informe que el Comité restringido de expertos que elaboró el Convenio de Estrasburgo consideró que éste no podía interpretarse en el sentido de incluir en la norma penal estos actos²³². Parece, por lo tanto, que se puede deducir de los instrumentos internacionales que no es objetivo de éstos abarcar tales comportamientos de los letrados.

X. Tipicidades agravadas según las recomendaciones internacionales

El art. 3.5 **Convenio de Viena** dispone que "Las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 de presente artículo, tales como:

- a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.
- b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

²³² *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141)*, párrafo 33. Se refiere también a esto ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pg. 182.

- c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.
- e) El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.
- f) La victimización o utilización de menores de edad.
- g) El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que los escolares o estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.
- h) Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por Tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita”.

Un examen conjunto de todas ellas evidencia que la mayoría no están pensadas de manera específica para el delito de lavado de activos. En realidad, **parecen orientadas** todas ellas a los **delitos de narcotráfico**, que son en realidad el eje de dicha convención. Con todo, algunas de ellas pueden tener cierta relevancia en el marco del lavado de activos, como la participación en una organización criminal, el hecho de que sea cometido por un cargo público o la reincidencia internacional.

Junto a dicha Convención, el **Grupo de Expertos de la CICAD** recomienda a ésta que sugiera a los Estados que consideren la posibilidad de imponer sanciones penales, civiles y administrativas más severas cuando la persona involucrada en un delito de lavado "ocupe un cargo público y el delito guarde relación con su cargo". Pretende así agravar la pena de los cargos públicos que, con ocasión del ejercicio de su cargo, cometan delitos de lavado.

Por último, estimamos conveniente aludir a la **Ley Modelo** sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999), que en su artículo 4.2.6 se refiere a las circunstancias agravantes, entre las que alude -en su variante b)- a las siguientes:

- “a) Cuando el delito principal esté castigado con una pena privativa de libertad de duración superior a la prevista en los artículos previos relativos al blanqueo;

- b) Cuando el delito se cometa en el ejercicio de una actividad profesional;
- c) Cuando el delito se cometa en el marco de una organización delictiva”.

Pasamos a continuación a examinar aquellas agravaciones que entendemos son de aplicación más específica al delito de lavado de activos.

1. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte

El art. 3.5 de la **Convención de Viena** obliga a los Estados Parte a disponer lo que sea necesario para que los Tribunales nacionales puedan tener en cuenta determinadas circunstancias del hecho que den particular gravedad a estos delitos, tales como la pertenencia a una organización criminal. El art. 3.5.a) se refiere a la intervención en el blanqueo de capitales de un grupo organizado del que forme parte el delincuente.

El lavado de activos es un fenómeno que se encuentra íntimamente vinculado a la **delincuencia organizada**. Objetivo de esta regulación es precisamente la agravación de la responsabilidad penal de las personas que integran una organización cuando ésta realiza actividades de reciclaje de los fondos de origen delictivo. Se ha constatado que el carácter complejo del lavado de activos exige en muchos casos la existencia de varias personas y de una cierta infraestructura para su ejecución. Por ello se crean organizaciones cuya finalidad es introducir la riqueza delictiva en el sistema económico legal.

Es conveniente determinar qué ha de entenderse por **grupo organizado**, para poder concretar los casos en los que se puede aplicar esta agravante²³³. La Convención contra la delincuencia organizada transnacional define (art.

²³³ En la normativa española se ha incluido una definición de delincuencia organizada en el art. 282bis.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, introducido mediante Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Señala que es la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer una serie de delitos. Entre tales delitos se encuentra el blanqueo de capitales. Otros delitos a los que se alude es el secuestro de personas, los delitos relativos a la prostitución, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico de los arts. 237, 243, 244, 248 y 301, los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 312 y 313, los delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazadas previstos en los arts. 332 y 334, el delito de tráfico de material nuclear y radiactivo del art. 345, el de falsificación de moneda, el delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, los delitos de terrorismo, y los delitos contra el Patrimonio Histórico.

2) "grupo delictivo organizado" como el "grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". La Ley Modelo del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero da una definición mucho menos precisa: define una "organización delictiva" como "toda asociación estructurada con la finalidad de cometer delitos" (art. 1.1.2.d).

La jurisprudencia española maneja distintos **conceptos de organización**, que han sido elaborados al aplicar la normativa específica en materia de tráfico de drogas²³⁴. A nuestro juicio, para que exista una organización es precisa la presencia de un grupo de personas, dotado de una estructura jerárquica, una distribución de funciones, con fungibilidad de sus miembros y una cierta estabilidad. Se ha de evitar, en todo caso, aplicar esta agravante a aquellos supuestos en los que no existe más que un mero concierto ocasional entre dos o más personas, ya que esto no es una organización sino un caso de coautoría. ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS²³⁵ distinguen tres posibles grupos de organizaciones que realizan actividades de lavado de activos:

1º) Organizaciones *dedicadas exclusivamente al reciclaje* de los bienes de origen delictivo. Estas organizaciones pueden depender de otras organizaciones criminales que obtienen sus beneficios de origen delictivo, o bien ser un grupo independiente que ofrece sus servicios a las organizaciones criminales que los soliciten²³⁶.

²³⁴ JOSHI JUBERT, Ujala, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pgs. 658 ss, pg. 663, distingue tres conceptos de organización que maneja la jurisprudencia española: un concepto de organización propio (según el cual, para apreciar la existencia de una organización es preciso que exista una estructura jerárquica, fungibilidad de sus miembros y la existencia conocida de un centro de decisiones), uno impropio (que tiende a asimilar la organización con la coautoría, al considerar suficiente la existencia de dos o más personas que programan llevar a cabo un plan criminal) y otro orientado a las consecuencias político-criminales (en virtud del cual será precisa la concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo un plan criminal, una cierta organización y distribución de funciones, sin que sea necesario conocer a los superiores).

²³⁵ Cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, pgs. 295/6.

²³⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, "Criminalidad organizada y mercados ilegales", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número 11, diciembre 1997, pgs. 213 ss, pg. 223.

2º) Organizaciones que realizan conjuntamente *actividades de lavado y otras* de carácter lícito. Estas normalmente asumen la forma de sociedades mercantiles inscritas en los correspondientes registros, con estatutos que definen un objeto social lícito, aunque combinan las actividades propias del mismo con el lavado de activos. Incluso en ocasiones puede que las actividades de lavado predominen sobre las propias de la sociedad, cuando ésta se encuentra controlada por un grupo criminal que la utiliza como instrumento para el reciclaje de sus ganancias²³⁷. Imaginemos la empresa de importación-exportación utilizada para invertir el dinero obtenido del tráfico de drogas²³⁸.

3º) Por último, organizaciones que se dedican a *actividades lícitas*, pero con carácter ocasional blanquean bienes de origen delictivo.

Todas ellas entrarían dentro del tipo descrito por el Convenio de Viena, en la medida en que intervengan en la comisión del delito de lavado de activos.

Es preciso que el delincuente pertenezca a la organización. La **pertenencia** equivale a formar parte de la organización, a estar integrado en la misma, cualquiera que sea la actividad que se le atribuya²³⁹. Ha de existir, por lo tanto, una vinculación con vocación de permanencia entre la persona y la organización dedicada al lavado de activos²⁴⁰. Si bien es fácil determinar cuándo una persona pertenece a una organización legal, como una empresa o una sociedad, más difícil resulta acreditar la integración en una organización ilícita. No es preciso que dicha vinculación tenga un reflejo documental, por ejemplo, mediante un contrato, sino que basta con que tenga un carácter fáctico²⁴¹.

Va a ser preciso que las personas pertenecientes a la organización **conozcan** que ésta lleva a cabo actividades delictivas de lavado de activos. Por

²³⁷ Cfr. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *blanqueo de capitales*, pg. 296.

²³⁸ MORENO CANOVES, Antonio/RUIZ MARCO, Francisco, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996, pg. 403, dicen que estos supuestos son lo que presentan una mayor lesividad por razón de su inserción en los mercados legales y por la dificultad para detectar la actividad ilegal a la que se dedican.

²³⁹ Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *blanqueo de capitales*, pg. 296; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, *delitos socioeconómicos*, pg. 402.

²⁴⁰ ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *blanqueo de capitales*, pg. 296, dicen que la pertenencia constituye una "característica personal". A su juicio, no se impone esta agravación cuando una persona realiza de forma aislada un acto concreto de blanqueo para la organización.

²⁴¹ En este sentido MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, *delitos socioeconómicos*, pgs. 402/3.

ello, si un miembro de una organización que realiza actividades lícitas además del lavado, desconoce esta última actividad, no será objeto de la agravación de la pena²⁴².

El Código Penal español (art. 302 párrafo primero inciso segundo) prevé la imposición de una pena agravada a los "jefes, administradores o encargados de las respectivas organizaciones". El objetivo de esta norma es hacer una distinción entre los miembros de la organización que cumplen órdenes, y los dirigentes de la misma, imponiendo una pena superior a estos últimos. Igualmente la normativa española (párrafo segundo del art. 302) impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por tiempo de tres a seis años a quienes pertenezcan a una organización dedicada al lavado de activos, o sean jefes, administradores o encargados de la misma. Se trata con ello de agravar la responsabilidad de aquellos que realicen las actividades de lavado con abuso de su profesión o de la actividad industrial que desarrollen. La pena de inhabilitación sólo se puede imponer a las personas físicas.

Entendemos, con todo, más adecuada la descripción de la agravación que realiza la **Legislación Modelo** del Programa Global contra el Blanqueo de dinero, cuando alude a que el delito se cometa en el marco de una organización delictiva.

2. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas

Se trata así de castigar más duramente los casos en los que el lavador además participa en actividades criminales internacionales de carácter organizado. Por ejemplo, se inserta en una organización que junto con el lavado llevan a cabo otras actividades como el tráfico de drogas, de armas, etc. a nivel internacional.

²⁴² Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *blanqueo de capitales*, pg. 296.

3. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito

Cuando el responsable del delito de lavado de activos participe en otras actividades delictivas cuya ejecución se vea facilitada por el delito también va a ver incrementada la pena. Esta circunstancia, en realidad, está pensada para los delitos de **tráfico de drogas**, y no tanto para el lavado de activos. Lo habitual va a ser que las organizaciones dedicadas al narcotráfico cometan otras actividades delictivas cuya realización resulta facilitada por esta actividad, como contrabando de armas, etc. De hecho, en la normativa española se contiene una agravación similar en materia de narcotráfico, pero no en el ámbito del lavado.

La razón de ser de la agravación de la pena ha de verse en la **mayor peligrosidad** que encierra la realización de la conducta de lavado de activos en conexión con otras actividades delictivas y no en la consideración nuevamente a efectos de agravar la pena, de la intervención del sujeto activo en otros hechos delictivos. Se pretende seguramente incidir en todas las actividades ilícitas que puedan acompañar a la realización de conductas de lavado, quizás pensando en delitos contra la Hacienda pública.

4. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo

Se trata de una norma que merece una valoración positiva. El fundamento de la imposición de la pena de inhabilitación reside en el **mayor reproche** de la conducta de quienes blanquean bienes aprovechando su posición pública. Merece un mayor reproche la conducta de quien ocupa un determinado cargo público y se prevale de él para reciclar bienes de origen delictivo. Se pretende evitar así que el sujeto siga abusando de su cargo para cometer delitos. Con base en esta fundamentación, parece lógico que, desde un punto de vista político-criminal, sean objeto de un *plus* punitivo aquellas personas que ejercen una función pública y la utilizan para realizar actividades delictivas.

En el Derecho español se agrava la sanción penal al imponerles además las penas de inhabilitación especial, y también la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años cuando el sujeto es "autoridad o agente de la misma".

XI. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito

Algunos países castigan de manera específica los comportamientos denominados de **enriquecimiento ilícito**, bien de funcionarios o bien de particulares. Así se sanciona, por ejemplo, el enriquecimiento ilícito realizado por *funcionarios públicos o autoridades*, que no justifican los incrementos habidos en su patrimonio²⁴³. En realidad se trata éste de un comportamiento más cercano a los delitos cometidos en el marco de la administración pública, y en concreto del cohecho, que del delito de lavado. Por eso no es necesario acreditar el origen ilícito de los bienes que incrementan el patrimonio.

Pero por otro lado se castiga también a los *particulares* que no justifican los incrementos que se producen en su patrimonio, derivados de actividades delictivas. Ejemplo claro es el art. 327 del Código Penal colombiano, que lleva como rúbrica "Enriquecimiento ilícito de particulares". Pues bien, frente al delito cometido por los funcionarios, éste sí que precisa el origen delictivo de los bienes que pasan a formar parte del patrimonio del particular, que de esta manera se enriquece. Por tanto, habrá que acreditar dicho origen, pues lo contrario sería crear un delito de sospecha, que plantea muchos problemas constitucionales²⁴⁴.

Se trata, en definitiva, de castigar a quienes obtienen **ventajas patrimoniales** a partir de bienes de origen delictivo. Es totalmente indiferente que estos bienes resulten ocultados y puestos fuera del alcance de la Justicia, lo realmente importante es que se obtenga un lucro con ellos²⁴⁵. Se trata de castigar comportamientos que van desde la recepción de los bienes hasta su adquisición, en definitiva, la obtención de alguna clase de potestad sobre los bienes de origen delictivo (poseer, usar, utilizar, etc.)²⁴⁶.

En realidad, siguiendo a FABIAN CAPARROS²⁴⁷, entendemos que lo único que añade este delito al de lavado de activos es la **obtención de un**

²⁴³ Cfr., por ejemplo, el Código Penal ecuatoriano, en su Capítulo IX(1).

²⁴⁴ Como acertadamente evidencia ZARAGOZA AGUADO, "Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado", *cit.*, pg. 318.

²⁴⁵ Cfr. FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 279.

²⁴⁶ *Ibidem*. Señala este autor que común a todos estos comportamientos es la "manifestación de alguna prerrogativa real" sobre los bienes, los cuales pueden quedar sometidos a alguna clase de gravamen pero permanecen inalterados en lo relativo a su titularidad y a su sustancia.

²⁴⁷ *Ibidem*.

lucro por parte del sujeto activo. Sin embargo, este dato no incorpora nada nuevo a la lesión al bien jurídico. En el delito de lavado de activos es indiferente que el sujeto activo obtenga o no un lucro, porque no es esto lo relevante; lo verdaderamente importante es la afectación del orden económico que se produce mediante el lavado, y no tanto que el sujeto obtenga un provecho.

XII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas

Son numerosos los problemas prácticos que suscita la delimitación del delito de lavado con otras figuras delictivas. En concreto, los más importantes van a residir en su distinción respecto de los delitos de receptación y encubrimiento.

1. Lavado de activos y receptación

Los problemas concursales con la receptación surgen en aquellos países en los que el delito previo del lavado de activos también comprende delitos de índole patrimonial o económico. Por ejemplo eso ocurre en el Derecho español, que alude como delito previo a los delitos graves, siendo así que muchos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo son.

Es preciso determinar entonces la **calificación jurídica** de la conducta de quien se aprovecha de los bienes directamente obtenidos de un delito contra el patrimonio. La conducta de este sujeto puede ser subsumible tanto en el tipo del delito de lavado como en el de receptación. Y es que el encubrimiento de los bienes, conducta constitutiva de lavado, puede servir para el aprovechamiento de los efectos del delito, conducta constitutiva de receptación²⁴⁸.

Entiende la mayoría de la doctrina que surge un concurso de leyes, pues es una conducta subsumible en dos normas penales, de las cuales sólo una de ellas es aplicable en cuanto que abarca en su integridad su desvalor. La solución ha de venir de los criterios de solución del concurso de leyes. Para

²⁴⁸ Cfr. GONZALEZ RUS, *Parte Especial I, cit.*, pg. 853.

algunos, el criterio a aplicar es el de **especialidad**, siendo así que precepto especial en tales casos es el relativo a la receptación²⁴⁹. Aspectos específicos del delito de receptación, como el ánimo de lucro, que el delito previo deba ser patrimonial o contra el orden socioeconómico, o que el objeto material lo constituya lo obtenido directamente del delito previo, son los que fundamentan esta postura. Si bien es cierto que estos elementos son de relevancia para delimitar ambas conductas, será preciso atender al caso concreto²⁵⁰ y, en particular, al bien jurídico que menoscabe la conducta²⁵¹.

En contra de esta opinión, entiende PALMA HERRERA²⁵² que no es de aplicación el principio de especialidad, pues ninguno de ellos es especial respecto del otro. A su juicio, el criterio de solución del concurso de leyes es el de **consunción**. Entiende que el desvalor del lavado de activos consume al de la receptación en los casos en los que las conductas son coincidentes.

2. Lavado de activos y encubrimiento

Las relaciones entre el delito de lavado de activos y el de **encubrimiento** son también objeto de una fuerte controversia. La referencia a las conductas de ocultación y encubrimiento y a la realización de actos para ayudar a los responsables en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, tiene un claro cariz encubridor. Por ello es preciso fijar la línea de demarcación entre ambos delitos. Y es que la ocultación o el encubrimiento de los bienes que proceden de un delito es una conducta abarcada tanto por el delito de lavado como por el de encubrimiento.

Para determinar cuál de los dos es el aplicable será preciso en un primer momento estar al caso concreto y atender al **bien jurídico** efectivamente

²⁴⁹ Expresamente ZARAGOZA AGUADO, "Receptación y blanqueo de capitales", *cit.*, pg. 466; CALDERON CEREZO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", *cit.*, pg. 282, señala que el concurso de normas se ha de resolver primeramente con base en la regla de la especialidad y, en su defecto, en la de la alternatividad.

²⁵⁰ FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 404, indica la necesidad de atender en cada caso al "trasfondo de la conducta enjuiciada", y añade como uno de los elementos que diferencia a la receptación del blanqueo el que éste no requiere la recepción del objeto, algo que es imprescindible en la receptación.

²⁵¹ Con todo, va a ser difícil delimitar ambos delitos con base en el bien jurídico protegido, pues la receptación ha dejado de ser un delito exclusivamente patrimonial, y se concibe como un delito lesivo del orden socioeconómico.

²⁵² PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, *cit.*, pg. 697. Entiende que existe especialidad cuando uno de los preceptos reproduce las características de otro, y le añade algunas más. Pero esto no sucede con el lavado y con la receptación.

lesionado. Claro está que quien integra los bienes procedentes de un delito en la economía legal tratando de ocultar su origen menoscaba el orden económico (si la cuantía es lo suficientemente importante), pero a su vez está impidiendo que la Administración de Justicia pueda descubrir el delito previo cometido. El menoscabo de la Administración de Justicia es algo inherente al lavado de activos. Sin embargo entendemos que su sanción se debe a que constituye un ataque contra el orden socioeconómico, y no contra la Administración de Justicia. Lo contrario, esto es, decir que el lavado de activos es un delito contra la Administración de Justicia obligaría a señalar que, como piensa PALMA HERRERA, el criterio que sirve para delimitar ambos delitos es el de consunción: el delito de lavado de activos consume al de encubrimiento²⁵³.

Pero además del bien jurídico, son otros los elementos que diferencian el delito de lavado de activos del de encubrimiento, como el **sujeto activo** del delito, que -al contrario de lo que ocurre con el lavado- no puede serlo un interviniente en el delito previo en caso de encubrimiento²⁵⁴.

Por su parte CALDERON CEREZO entiende que el criterio para resolver el concurso de normas que se plantea entre el encubrimiento y el lavado es el de **alternatividad**²⁵⁵.

Más problemas puede suscitar la conducta consistente en la realización de cualquier **acto para ayudar a los intervinientes en el delito previo** a eludir las consecuencias legales de sus actos. Esta hipótesis, calificada por algunos de favorecimiento personal, no sólo coincide con el encubrimiento personal, sino que va más allá y abarca supuestos que no pueden incluirse en él²⁵⁶. Sin embargo, creemos que la ayuda a la que se refiere el delito de lavado es la que se presta a los partícipes en el delito previo no mediante la ocultación de su persona (constitutiva de encubrimiento personal), sino de los bienes que proceden del delito que aquéllos han cometido²⁵⁷.

²⁵³ PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 699, 701 y 703.

²⁵⁴ O en algunos países el objeto material, que puede provenir de cualquier delito, incluso menos grave, y no se limita a los delitos graves como el blanqueo; así en España *cfr.* VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios II*, pgs. 1462/3.

²⁵⁵ *Cfr.* CALDERON CEREZO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

²⁵⁶ *Cfr.* GONZALEZ RUS, *Parte Especial I*, cit., pg. 853.

²⁵⁷ *Cfr.* BLANCO CORDERO, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 179.

3. Lavado de activos y otras figuras delictivas

Pero el delito de lavado de activos puede entrar en concurso, ahora de delitos, con otras figuras delictivas, como por ejemplo las **falsedades documentales** -concurso ideal²⁵⁸- cuando se lleven a cabo para ocultar el origen o la verdadera titularidad de los bienes procedentes de un delito²⁵⁹. Igualmente será muy habitual en la práctica la concurrencia del lavado de activos y el delito de **tráfico de drogas**, cuando lo que se recicla proceda de este delito²⁶⁰.

4. Unidad y pluralidad de acciones

Una de las cuestiones más problemáticas que suscita el delito de lavado es la relativa a la determinación de cuándo existe un **único delito de lavado**,

²⁵⁸ Cfr. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de bienes*, cit., pgs. 717/8; concurso medial dice CALDERON CERREZO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

²⁵⁹ Cfr. la distinción que realiza DEL CARPIO DELGADO, *blanqueo de bienes*, cit., pgs. 373/4, entre falsificación realizada para ocultar el verdadero propietario de los bienes, que daría lugar a un concurso ideal, y la falsificación que sirve de medio para asegurar la ocultación del verdadero propietario, constitutiva de un concurso real, dado que el blanqueo está ya consumado cuando se realiza la falsificación. No compartimos esta solución, ya que en ambos casos la falsificación de los documentos se enmarca en el proceso de encubrimiento de los bienes, en un caso al comienzo de este proceso y en el otro una vez iniciado y dirigido a perfeccionarlo. Es más, debería ser objeto de un estudio pormenorizado si tal conducta no quedaría ya subsumida en la cláusula superamplia del delito de lavado de activos, que sanciona cualquier acto dirigido a ocultar o encubrir el origen de los bienes.

²⁶⁰ Imaginemos el ejemplo del gran narcotraficante que invierte el dinero obtenido de la venta de droga en la adquisición de nuevas partidas de este producto o en el pago a sus colaboradores. Está realizando conductas sobre los bienes que no constituyen un delito de blanqueo, sino que quedan en el marco del ciclo de producción y distribución de la droga, siendo abarcadas por el delito de tráfico de drogas. Así DEL CARPIO DELGADO, *blanqueo de bienes*, cit., pgs. 378/9; VIDALES RODRIGUEZ, *legitimación de capitales*, cit., pg. 143; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 722; CALDERON CERREZO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 719 ss, examina un caso distinto: aquel en el que se lleva a cabo un delito de tráfico de drogas por la seguridad que genera el hecho de que un tercero lavarás las ganancias obtenidas. Entiende este autor que no se trata de un problema de concurso de normas, sino de un caso de concurso ideal de delitos, pues la conducta del individuo supone la comisión de dos delitos: el delito de lavado y el de tráfico de drogas. Y es que el primero de ellos es condición necesaria del tráfico ilícito de drogas, de forma que sus autores no lo hubiesen llevado a cabo de no contar con la seguridad de que se lavarían los beneficios. En todo caso, es fundamental que el delito de tráfico de drogas se haya cometido gracias a la posibilidad que tenía el narcotraficante de lavar después los beneficios. La calificación sería, por tanto, participación (o autoría) en el delito de tráfico de drogas en concurso con el delito de lavado.

pese a que se realicen varias operaciones, o cuando existen varios delitos. La doctrina española ha examinado esta cuestión y ha dado los siguientes criterios:

- a) Existe un único delito de lavado cuando los bienes de origen delictivo son sometidos de manera sucesiva y reiterada a *distintas operaciones* para su reciclaje. Todas estas operaciones sirven al mismo fin, el lavado de activos, por lo que han de ser consideradas como un único delito²⁶¹.
- b) También existe un único delito cuando el mismo individuo que va a lavar dinero de origen delictivo, *aprovecha tales comportamientos* de lavado para reciclar a su vez bienes que proceden de otros delitos, con el objetivo de lavar todos los bienes conjuntamente²⁶².
- c) Habrá unidad típica de acción en los casos en los que se realizan *varias operaciones para lavar una gran cantidad de dinero*, por ejemplo, realizando múltiples transferencias de pequeñas cantidades. Cuando se realizan estas operaciones fraccionadas se está en presencia de una única operación global de lavado de dinero²⁶³.

Por contra, existirán **varios delitos** de lavado cuando se realicen múltiples transferencias por un sujeto para llevar a cabo varias operaciones de lavado de dinero de distinta procedencia. Imaginemos la organización que se dedica al lavado, cometerá varios delitos cuando lave dinero de distintos delincuentes. En estos casos se planteará la posibilidad de aplicar el delito continuado, allí donde la legislación penal de cada Estado lo prevea²⁶⁴.

²⁶¹ Cfr. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pg. 723.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*, pgs. 724/5.

III. ASPECTOS PROBATORIOS Y
TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN LOS
PROCESOS POR LAVADO DE DINERO.
MEDIDAS PREVENTIVAS Y
CAUTELARES.
RECOMENDACIONES
INTERNACIONALES

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL BLANQUEO DE BIENES DE ORIGEN CRIMINAL

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO *

Sumario

I. Concepto. Bien jurídico protegido. La política criminal contra el blanqueo. Normativa nacional e internacional. II. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. La participación en el delito antecedente. Situaciones concursales. Actos preparatorios. La universalidad en su persecución. III. La comisión culposa del delito de blanqueo de capitales. La normativa de prevención del blanqueo y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente. IV. La prevención del blanqueo de capitales mediante el derecho administrativo. V. El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas. Marco jurídico nacional e internacional.

Código Penal de 1995 (modificado por ley orgánica 15/2003)

Art. 301:

“1. 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 triplo 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

* Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

local. Si la clausura fuese temporal su 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 art. 374 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 realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. 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.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código.

Art. 302:

“1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta”.

Art. 303:

“Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

Art. 304:

“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados”.

I. Concepto. Bien jurídico protegido.

La política criminal contra el blanqueo:
normativa nacional e internacional

El nuevo Código Penal ha refundido en un solo artículo -el 301- toda una pluralidad de comportamientos delictivos que en el texto punitivo anterior eran descritos y sancionados de forma separada en diversos preceptos y hasta en diferentes títulos {arts. 344 bis h) a 344 bis j) como delitos contra la salud pública dentro del título dedicado a los delitos de riesgo, y 546 bis f) como delito de receptación especial en el título de los delitos contra la propiedad}.

Y si en su primitiva redacción amplió considerablemente el ámbito de los actos punibles al establecer como hecho ilícito antecedente toda infracción criminal grave, la reforma efectuada por ley orgánica 15/2003 ha ido todavía más lejos al incluir como delito subyacente en el art. 301 cualquier delito.

Los términos "blanqueo de dinero" o "blanqueo de capitales" son neologismos que sirven -en formulación técnica que carece de arraigo en nuestro ordenamiento jurídico pero asumida en todos los foros internacionales-para designar aquellas conductas orientadas, en afortunada expresión utilizada por la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia a estas actividades el uso de vocablos tales como "lavado de dinero" (del inglés "money laundering") o "reciclaje" (del italiano "riciclaggio"), o el más adecuado a nuestras propias raíces lingüísticas "legitimación de capitales" (muy utilizado por algunas legislaciones iberoamericanas)¹.

A pesar de que su configuración como conducta delictiva en los ordenamientos penales modernos es bastante reciente, durante las últimas décadas se ha producido en el plano internacional una auténtica explosión normativa dirigida a conseguir que el blanqueo deje de ser una actividad impune, y a adoptar medidas apropiadas para prevenir este tipo de conductas, no solo las relacionadas con el tráfico ilegal de drogas, sino también las vinculadas con otras graves actividades delictivas inmersas en el ámbito de la criminalidad organizada, y más recientemente con cualquier actividad delictiva.

¹ El término blanqueo de dinero fue al parecer acuñado en los Estados Unidos de América durante el decenio de 1920 cuando ciertos grupos de delincuentes callejeros trataron de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero que sus negocios turbios generaban. Para ello, esas bandas criminales adquirían a veces negocios de servicios pagaderos en metálico, y frecuentemente optaban por comprar lavanderías, servicios de lavado de coches, empresas de expendedores automáticos, etc..La finalidad era mezclar fondos legales e ilegales, y declarar sus ingresos totales como ganancias de su negocio tapadera. Al hacerlo combinaban en una sola etapa las tres fases del ciclo normal del blanqueo de dinero: se distanciaba el dinero del delito, se ocultaba en un negocio legítimo y finalmente afloraba como ganancias de una empresa legal que justificaba la cantidad de dinero declarada. Así trataban de evitar una posible inculpación por evasión de impuestos, arma esta que fue esgrimida a comienzos de la década de los años 30 contra peligrosos delincuentes para los que no prosperaba ningún otro cargo. Vid. el estudio titulado "Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero", Número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

Este cuerpo legislativo supranacional está integrado fundamentalmente por una serie de instrumentos normativos que, en algunos casos, han sido objeto de importantes modificaciones en los últimos años: la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de Diciembre de 1988 (más conocida como Declaración de Basilea); la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena el 20-12-88; el Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito; la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 10-6-91 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (complementada por la Directiva de 4-12-2001); la más reciente Directiva de 26-10-2005 sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; el informe del Grupo de Acción Financiera Internacional aprobado en 1990 con 40 Recomendaciones sobre esta materia (recomendaciones que, además de haber sido objeto de revisión en los últimos años -1996 y 2003-, se han visto implementadas con las 8 + 1 Recomendaciones aprobadas en Octubre de 2001 con el fin de prevenir la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales relacionado con esta actividad criminal); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada finalmente en Palermo el 13-12-2000.²

² Todas estas normas coinciden en destacar (y así se dice expresamente en el Preámbulo de la 1ª Directiva Comunitaria) que la lucha contra el blanqueo se fundamenta en los siguientes principios:

1.- El blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales, sin olvidar que en esta estrategia el sistema financiero puede desempeñar una función sumamente eficaz.

2.- La utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente el peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

3.- El blanqueo de capitales se efectúa, en general, en un contexto internacional que permite encubrir más fácilmente el origen delictivo de los fondos por lo que las medidas adoptadas exclusivamente a escala nacional, sin tener en cuenta la coordinación y cooperación internacionales, producirían efectos muy limitados.

La Conferencia Ministerial Mundial contra la Delincuencia Transnacional organizada celebrada en Nápoles entre los días 21 y 23 de Noviembre de 1994 -la más importante cumbre mundial contra el crimen organizado y que llegó a contar con la presencia de 164 delegaciones de diferentes Estados- elaboró una Declaración Política y un Plan de Acción que contemplan la armonización legislativa, el fortalecimiento de la cooperación internacional y un marco legal suficiente en materia de blanqueo y decomiso de bienes, como las tres piezas básicas en que se sustenta la política criminal contra la delincuencia organizada.

La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de la moderna delincuencia caracterizada por un fuerte vínculo asociativo, una elevada profesionalización y una marcada planificación empresarial, arranca a mediados de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional, unos de alcance universal, otros limitados al ámbito regional europeo, en los cuales se definen las líneas maestras de actuación que deben inspirar el proceso de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de homeogeneizar la respuesta frente a esta criminalidad en aspectos tan importantes como la estrategia preventiva y represiva contra el blanqueo, el comiso o confiscación de los productos ilícitos o la cooperación internacional en esta materia³.

Es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes, radicalmente distintas pero complementarias entre sí: por un la-

Uno de los objetivos que perseguía la celebración de esta Conferencia era la redacción de una Convención contra el crimen organizado, habiéndose llegado a elaborar en este contexto un Proyecto de Convención Marco de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada que fue aprobado por resolución 27/1996 de 24 de julio del Consejo Económico y Social, y que se ha convertido ya en la antes citada Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada, ratificada en Nueva York el 15 de Noviembre del 2000 y aprobada en Palermo (Italia) el 13 de Diciembre del 2000, en cuyo articulado se contemplan varias disposiciones relativas a la penalización del blanqueo del producto del delito (art. 6), a las medidas para combatir el blanqueo de dinero (art. 7), al decomiso e incautación del producto del delito (art. 12), a la cooperación internacional para fines de decomiso (art. 13) y a la disposición del producto del delito o bienes decomisados (art. 14). La citada Convención ya forma parte del ordenamiento jurídico español al haber sido publicada en el B.O.E. de 29-9-2003.

Por otra parte, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en el Informe correspondiente al año 1995 y la Comisión de Estupefacientes en su 39ª Reunión, han avanzado también la necesidad de establecer un instrumento jurídico mundial expresamente dirigido a la lucha contra el blanqueo de bienes.

³ A los instrumentos jurídicos supranacionales específicamente diseñados para combatir el blanqueo, además de los tratados tradicionales sobre la extradición, la asistencia judicial en materia penal, la remisión de procedimientos penales o la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales, hay que añadir el Convenio Schengen de 1990 (al que España se adhirió en 1994) que regula aspectos innovadores de la ayuda policial y judicial tales como la vigilancia transfronteriza, la persecución en caliente, las entregas vigiladas, la extradición simplificada y la comunicación directa entre Autoridades judiciales; el Convenio Europol basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión por el que se crea una Oficina Europea de Policía con el objetivo de mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos para la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional; y los más recientes Convenios sobre la extradición, la asistencia judicial, sobre la lucha contra la corrupción y la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, con sus Protocolos Adicionales, cuya incidencia es incuestionable en los aspectos referentes al blanqueo de capitales derivados del fraude y de la corrupción.

do, en la persecución penal de estas conductas y en el decomiso del producto derivado de esas ilícitas actividades con el objetivo de conseguir la desarticulación de las organizaciones criminales, el enjuiciamiento y castigo de sus miembros, y la privación de sus ganancias y beneficios (aspecto repressivo); y por otro lado, en el aumento de los niveles de transparencia y de control en el sistema económico y financiero con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema y de impedir su utilización en el desarrollo de esta actividad(aspecto preventivo).⁴

⁴ La necesidad de esta doble estrategia es objeto de expreso reconocimiento en las conclusiones obtenidas por la Conferencia Internacional sobre la Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero y el Empleo del Producto del Delito: Un Enfoque Mundial, celebrada en Courmayeur en 1994.

Mucho más recientemente el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobado por Acto del Consejo de la Unión de 28-4-97 y elaborado por un Grupo de Alto Nivel que fue creado por el Consejo Europeo en las reuniones de Dublín (13 y 14-12-96) insiste en estos aspectos tanto en sus orientaciones políticas como en sus recomendaciones específicas.

En la orientación política nº 11 se destaca la importancia de que todo Estado, miembro cuente con una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en el ámbito de la confiscación de los beneficios derivados del delito y del blanqueo de dichos beneficios, teniendo en cuenta que es importante:

- introducir procedimientos especiales para seguir la pista, inmovilizar y confiscar los beneficios derivados de delitos.
- evitar que un uso excesivo por parte de personas físicas o jurídicas de pagos en efectivo y de cambios de divisas extranjeras sirva para ocultar la transformación de los beneficios derivados de delitos en otro tipo de propiedades.
- extender el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre blanqueo a los beneficios derivados de cualquier forma de delito grave, y tipificar como infracción penal el incumplimiento de la obligación de informar sobre transacciones financieras sospechosas penadas con sanciones disuasorias.
- abordar el tema del blanqueo de capitales en Internet y por medio de productos monetarios electrónicos.

En consonancia con la anterior orientación política, la recomendación nº 26 sugiere algunas medidas a adoptar entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- la creación de un sistema de intercambio de información sobre casos en los que haya sospechas de blanqueo de dinero a nivel europeo.
- una penalización del blanqueo lo más amplia posible, incluyendo la posibilidad de incorporar la conducta negligente
- la adopción de medidas confiscatorias con independencia de la presencia del autor del delito.
- el reparto de bienes confiscados en el marco de la cooperación internacional.
- la extensión de la obligación de informar que imponen el art. 6 de la Directiva sobre blanqueo de capitales a todas las infracciones relativas a delitos graves y a otras personas y profesiones además de las entidades financieras que se mencionan en la Directiva.

En cumplimiento del citado Plan se adoptó por el Consejo de la Unión Europea una Acción Común de 3-12-98 sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que consta de 9 artículos, con la que se pretende facilitar los contactos directos en el marco de la red judicial europea, así como la rápida, eficaz y preferente ejecución de las investigaciones sobre blanqueo y de las órdenes de incautación de activos procedentes de países integrantes de la red.

La necesidad de cumplir los compromisos internacionales contraídos y de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los textos supranacionales, nos ha situado en un permanente proceso de adaptación del derecho interno a través de continuas reformas legales -penales, procesales y administrativas-, todo ello con el objetivo de homogeneizar y uniformizar la prevención y la represión de tan graves manifestaciones criminales: Ley Orgánica 1/88 de 24 de Marzo de reforma del Código Penal; Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blan-

La preocupación es tal que el Consejo de Ministros de la Unión Europea celebrado en Tampere (Finlandia), los días 15 y 16 de Octubre de 1999, ha aprobado una Acción especial contra el blanqueo de capitales basada en los siguientes puntos:

- intercambio de información entre las Unidades de Información Financiera respecto a transacciones sospechosas.
- inaplicación de la confidencialidad bancaria frente a las investigaciones judiciales sobre blanqueo de capitales
- atribución a Europol de competencias en materia de blanqueo de capitales con independencia del delito del que procedan los beneficios.
- aproximación normativa penal y procesal entre las legislaciones de los Estados miembros sobre actividades delictivas de origen, seguimiento, embargo y decomiso de fondos.
- establecimiento de acuerdos con los centros financieros extraterritoriales de terceros países que garanticen una cooperación judicial eficaz y elaboración de normas dirigidas a evitar la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la jurisdicción de la Unión para ocultar los beneficios de origen delictivo.

En fechas todavía más recientes, y al amparo del art. 34 del Texto consolidado del Tratado de la Unión, se han aprobado tres importantes resoluciones:

1) La Decisión Marco de 26-6-01 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que persigue como objetivos fundamentales que los Estados miembros de la Unión no formulen reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de 1990, que los delitos de blanqueo sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a 4 años, y que arbitren en sus respectivas legislaciones el decomiso de bienes por un valor equivalente al del producto no aprehendido

2) La Decisión Marco de 22-7-03 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de los bienes y de aseguramiento de pruebas, que básicamente pretende un examen prioritario de las solicitudes de asistencia referidas a tales medidas, basado en la transmisión directa de las resoluciones entre la Autoridad que las haya dictado en el Estado de emisión y la Autoridad judicial competente del Estado de ejecución, así como en el principio de reconocimiento y ejecución inmediata de las resoluciones de tal naturaleza dictadas por las Autoridades judiciales de otros países.

3) La Decisión Marco de 25-2-2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito establece algunas disposiciones dirigidas a ampliar el decomiso de bienes de origen criminal, de manera que se puedan incluir en determinadas condiciones los bienes de personas allegadas al responsable criminal, los pertenecientes a personas jurídicas vinculadas con aquél, los adquiridos durante un período anterior razonable a la ejecución del hecho que motiva la condena, y aquellos que superen manifiestamente los ingresos legales.

queo de capitales; el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de Junio; el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre; Ley 36/95 de 11 de Diciembre sobre creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados; la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre sobre represión del contrabando; la Ley Orgánica 5/99 de 13 de Enero sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; y más recientemente la Ley 12/03 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; la Ley 17/03 de 29 de Mayo reguladora del Fondo de Bienes Decomisados (que deroga la anterior ley 36/95) y la Ley 19/03 de 4 de Julio que modifica la ley 19/93 para adaptar las normas de prevención de blanqueo a las previsiones establecidas por la Directiva 97/2001 de 4 de Diciembre sobre la incorporación como sujetos obligados de los contables, auditores externos, asesores fiscales, notarios, abogados, procuradores y otros profesionales independientes del derecho.

A tenor del art. 1.2 de la ley 19/93 de 28 de Diciembre y del Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de junio se entenderá por blanqueo de capitales "la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en 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 la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado". Una definición ésta que encaja perfectamente con la contenida en el art. 1 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 308/91 de 10-6 sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales y con la descripción típica de la legislación penal⁵.

⁵ La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 describe en su art. 3 las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que obligatoriamente deben ser incorporadas a los ordenamientos penales nacionales y aquéllas otras cuya tipificación penal es facultativa.

En el primer grupo, el art. 3-1-b) incluye las siguientes acciones:

1.- 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 apartado a), o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a

Las líneas fundamentales que inspiran la regulación del nuevo Código Penal –tras la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003- son, en síntesis, las siguientes:

- a) el bien jurídico protegido de manera inmediata no es otro que el orden socioeconómico.
- b) se amplía el tipo para incluir cualquier conducta de blanqueo de bienes que tengan su origen en un delito⁶.
- c) se mantiene la figura culposa o imprudente.
- d) la sujeción de tales conductas al principio de universalidad en su persecución y castigo.

El bien jurídico objeto de protección. No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes jurídicos que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata.

Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato. El Proyecto de Código Penal de 1992 ya seguía esta línea, defendida por un importante sector doctrinal. Se argumentaba que la realidad criminológica actual, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada y de una complejísima delincuencia económica, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más

cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

2.- 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 apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el segundo grupo, el art. 3.1.c) incluye la conducta consistente en la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos. En idénticos términos define el blanqueo el artículo 6.1 de la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada del 2000.

El art. 324-1 del Código Penal francés, introducido por ley 392 de 13 de Mayo de 1996, define el blanqueo como el hecho de facilitar por cualquier medio la falsa justificación del origen de los recursos o de los bienes obtenidos por el autor de un crimen o de un delito, procurándole a éste un provecho directo o indirecto, y también el hecho de participar deliberadamente en cualquier operación de colocación, encubrimiento o conversión de las ganancias que procedan directa o indirectamente de un crimen o de un delito.

⁶ La ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, que ha entrado en vigor el 1-10-2004, ha modificado el art. 301 para considerar delito previo o antecedente cualquier delito.

allá que las clásicas de aprovechamiento y auxilio referidas a los delitos contra la propiedad.

Los propios textos jurídicos internacionales son todavía más expresivos en este sentido. En el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en Diciembre de 1988 se afirma que "los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles".

Y en el Preámbulo de la Directiva Comunitaria se destaca que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y la estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

La moderna delincuencia organizada,⁷ distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos y fines, desarrolla a gran escala, con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas (tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, prostitución, la industria del secuestro y la extorsión, contrabando de automóviles y material tecnológico, grandes fraudes, etc.) generadoras de unos fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros con las negativas consecuencias que eso comporta:

⁷ El informe de la Comisión de Investigación de la Difusión de la Delincuencia Organizada vinculada al Tráfico de Drogas presentado al Parlamento Europeo el 2-12-91 establece la distinción entre delincuencia organizada y delincuencia institucionalizada para precisar a continuación que bajo el término genérico delincuencia organizada se incluye toda forma de actividad delictiva ejecutada con una mínima estructura organizativa, e identificar la delincuencia institucionalizada con lo que se conoce como sindicatos del crimen (v.g. Mafia, Camorra, N'drangheta, Triadas chinas, Yakuza japonesa, Cáteles colombianos, organizaciones polacas y rusas, clanes turcos, etc.). La diferencia estriba no solo en criterios estructurales sino también en sus objetivos: los sindicatos del crimen persiguen la penetración en las instituciones económicas y políticas de nuestra sociedad con el fin de garantizar el cumplimiento de su programa delictivo y conquistar parcelas de poder más o menos amplias. De ahí que algún autor las haya llegado a definir como "verdaderos contrapoderes, antagónicos y paralelos a los poderes legales" (vid. GIULIANO TURONE en su trabajo "L'impostazione dell'inchiesta sulla criminalità organizzata de la obra "Manuale Pratico dell'Inchiesta Penale" -Giuffré Editore, Milán 1986).

- la consolidación de esas organizaciones delictivas y la ampliación de sus actividades ilícitas
- la contaminación del sistema financiero legal por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél
- la financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, que supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos.⁸

Dicho ésto, resulta fácil entender hasta qué punto el blanqueo de capitales cuestiona no solo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso,

⁸ Las dificultades para cuantificar el volumen de dinero ilícito procedente del narcotráfico en la economía mundial son obvias, debido sobre todo a la clandestinidad de las operaciones delictivas que generan tales ganancias. Por ello aunque desde hace algunos años se hable como beneficios globales de una cantidad próxima a los 500.000 millones de dólares, cifra muy similar al P.I.B.(producto interior bruto) de nuestro país, los cálculos son meramente estimativos y no tienen el suficiente grado de fiabilidad, lo que no debe servir para cuestionar las dimensiones reales del problema al que nos enfrentamos.

En los últimos Informes elaborados por el G.A.F.I. se reconoce que las dimensiones actuales del blanqueo de capitales son de muy difícil cuantificación y que las fuentes principales de los fondos de origen ilícito son:

- a) el narcotráfico(que sigue siendo la fuente principal)
- b) los delitos financieros(estafas, fraudes bancarios, desfalcos, malversaciones, fraudes con tarjetas de crédito, fraudes sobre inversiones)
- c) el contrabando(principalmente de alcohol y tabaco)
- d) el crimen organizado(involucrado en una extensa y amplia gama de actividades criminales como ya hemos expuesto)

El impacto del dinero sucio en los mercados financieros nacionales e internacionales ha sido estudiado especialmente por el informe presentado a la sesión plenaria del G.A.F.I., celebrada en Junio de 1996, en el que se concluyó que las repercusiones macroeconómicas potenciales del blanqueo de capitales alcanzan los siguientes aspectos:

- variaciones en la demanda monetaria que aparentemente no guardan relación con los cambios observados en las variables económicas.
- volatilidad de los tipos de interés y de cambio a raíz de las transferencias transfronterizas inesperadas de fondos.
- mayor inestabilidad de los pasivos y mayores riesgos para la valoración de los activos de las entidades financieras, lo que origina un riesgo sistémico para la estabilidad del sector financiero y la evolución monetaria en general.
- efectos adversos sobre la recaudación tributaria y la asignación de recursos públicos debido al falseamiento de los datos sobre la renta y la riqueza.
- efecto de contagio sobre las transacciones legales debido al temor de los interesados a una posible involucración delictiva.
- otros efectos sobre la distribución propios de cada país o desviaciones del precio de los activos debido a la existencia de dinero negro.

por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático.

II. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. La participación en el delito antecedente. Situaciones concursales. Actos preparatorios. La universalidad en su persecución

Dejando al margen la forma culposa que será objeto de un análisis independiente, debe ponerse de manifiesto como primera reflexión que la redacción que se utiliza en estas figuras de encubrimiento específico contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 301 mejora técnicamente la contenida en los arts. 344 bis h) e i) del anterior Código, a su vez fiel reflejo del art. 3 de la Convención de Viena de 1988 y muy criticada en el terreno doctrinal y jurisprudencial.

1. *La acción típica.* Se distinguen claramente en esta figura delictiva dos modalidades de encubrimiento: actos de favorecimiento real y actos de favorecimiento personal.

Los actos de favorecimiento que se describen en ese precepto son los siguientes:

- 1) Adquirir, convertir o transmitir bienes procedentes de un delito para ocultar o encubrir su origen ilícito.
- 2) Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre los bienes procedentes de un delito o de un acto de participación en el mismo.
- 3) Realizar cualquier acto con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.
- 4) Realizar cualquier acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en tales delitos⁹.

⁹ La redacción típica de algunas legislaciones penales europeas es muy similar: el parágrafo 261 del StGB alemán considera autor del delito de blanqueo a quien ocultare o encubriere el origen de los bienes procedentes de determinados hechos delictivos, imposibilitare o pusiere en peligro la investigación de la procedencia, la localización, el comiso o el secuestro de tales bienes, los adquiriere, poseyere o utilizare para sí mismo o para un tercero; los arts. 648 bis (reciclaje) y 648 ter (empleo de dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas de procedencia ilícita) del Código Penal italiano

En principio, serían actos de favorecimiento real los enumerados bajo los números 1, 2 y 3, y actos de favorecimiento personal los comprendidos en el nº 4.

La extensión del ámbito de punición de las conductas de blanqueo –que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 solamente eran relacionadas con las actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos- se había convertido en una exigencia ineludible, so pena de incumplir los compromisos internacionales contraídos por nuestro país. Por una parte, el Convenio de Estrasburgo de 1990 obligaba a adoptar esta solución respecto al producto de todos los delitos graves. Por otra parte, la Directiva Comunitaria 91/308/CEE y la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales habían extendido los controles administrativos establecidos en evitación de estas actividades no solo al narcotráfico, sino también al terrorismo y a la delincuencia organizada. Prácticamente la totalidad de los países integrantes de la Unión Europea sancionan penalmente el blanqueo de capitales al menos cuando éstos proceden de delitos graves, y en algunos casos –como sucede con la legislación penal española- han extendido este delito a todos los bienes y capitales que tengan origen delictivo (no sólo de delitos graves)¹⁰.

En cuanto a la definición de delito grave, el Convenio nº 141 del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito (definitiva-

sancionan a quien sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito no culposo o ejecute en relación con los mismos otras operaciones que obstaculicen la identificación de su procedencia delictiva, y a quien emplee en actividades económicas o financieras dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito; la legislación de Portugal incluye las conductas de convertir, transferir, auxiliar o facilitar alguna operación de conversión o transferencia de los bienes o productos procedentes de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, ocultar o disimular su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales, o derechos relativos a tales bienes o productos, y adquirir, recibir bajo cualquier título, utilizar, poseer o conservar los citados bienes o productos.

¹⁰ Es el caso de las legislaciones penales de Bélgica (art. 505 del Código Penal), Francia (art. 324-1 del Código Penal), o Italia (arts. 648 bis y 648 ter del Código Penal). Por el contrario, la legislación penal de Alemania (parágrafo 261 del StGB) limita el delito de blanqueo a los casos en que el origen de los bienes sean crímenes, delitos de tráfico de estupefacientes, delitos cometidos por un miembro de una organización criminal o determinados delitos (parágrafos 246, 263, 264, 266, 267, 332 y 334) cuando el autor actúe con habitualidad o en calidad de miembro de una organización constituida para la comisión continuada de tales hechos. El art. 301 del CP español, en redacción dada por la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, extiende el elemento normativo del origen criminal a todos los delitos.

mente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante su publicación en el B.O.E. de 21-10-98) limita su aplicación a los delitos graves pero no aclara más este concepto. Según el art. 13.1 de nuestro Código Penal son delitos graves aquéllos que estén sancionados con penas graves; y son penas graves conforme al art. 33.2 la prisión por tiempo superior a 5 años, y determinadas restricciones de derechos por tiempo superior a 5 o 8 años según los casos.¹¹

La legislación administrativa preventiva, en particular la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, coexistiendo con una legislación penal que exclusivamente regulaba el blanqueo de bienes derivado del narcotráfico, establecía ya un ámbito de aplicación más extenso al referirse en su art. 1 al blanqueo de capitales procedentes de:

- a) actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas
- b) actividades delictivas relacionadas con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y
- c) actividades delictivas relacionadas con bandas o grupos organizados¹².

¹¹ La definición de delito grave no es uniforme en el ámbito europeo. Algunos países establecen un límite punitivo para que tengan tal consideración (España, Austria, Suecia, Luxemburgo); otros lo hacen por referencia a una lista o catálogo de infracciones delictivas (Dinamarca, Grecia, Portugal, Reino Unido); incluso algunos utilizan un sistema mixto que engloba ambos parámetros (Alemania).

¹² La ley orgánica 5/99 de 13 de Enero, recientemente modificada por la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, ha incorporado a la LECriminal el art. 282 bis, regulador de la figura del agente encubierto, señalando en su apartado 4 que "se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal.
- e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal.
- f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal.
- g) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal.
- h) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal.
- i) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal.

Es decir, el blanqueo de capitales se vinculaba, al menos en su marco jurídico preventivo, con estas graves manifestaciones criminales. Sin embargo, la política comunitaria europea pretendía ya en aquellos momentos, por el contrario, que las medidas preventivas de la utilización del sistema financiero para estos fines se extendieran también a todos los delitos graves, fueran o no cometidos en el ámbito de las actividades ilícitas de las organizaciones criminales.

No se exige, a diferencia de la receptación, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, y por tanto no es necesario que el autor haya obtenido o se proponga obtener algún beneficio o ventaja. Esta es, sin duda, una de las diferencias más importantes y sustanciales entre esta figura delictiva y el tipo clásico de receptación, por lo que en principio cualquier conducta de auxilio para que una tercera persona obtuviere provecho estaría incluida en el nuevo tipo penal⁽¹³⁾, que debe ser considerado norma especial también frente al delito de encubrimiento previsto por el art. 451 del nuevo CP¹⁴. Por otra parte, tampoco es necesario que se determine el beneficio exacto que pudiere reportarle su actividad (STS. de 16-6-93), si éste hubiere sido obtenido.

A los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes (art. 301.2), se equiparan otra serie de conductas -adquisición, conversión y transmisión- cuya significación no plantea dudas y que no requieren para su consumación la efectiva ocultación o encubrimiento de los bienes. El simple hecho de la adquisición, conversión o transmisión (conceptos éstos que abarcan, sin necesidad de grandes esfuerzos, acciones como la recepción, la posesión o la utilización, referidas en los arts. 546 bis f) y 344 bis i) del anterior Código y desaparecidas en el actual) con el fin de ocultar o encubrir los bienes satis-

k) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del Código Penal.

l) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de represión del contrabando.

El concepto es claramente insuficiente al quedar al margen conductas criminales incardinadas internacionalmente en el fenómeno de la delincuencia organizada (por ejemplo, los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia, algunos de los cuales como el cohecho, la malversación, la prevaricación, el tráfico de influencias, la obstrucción a la Justicia, etc. son comportamientos penales estrechamente vinculados a la corrupción de funcionarios públicos).

¹³ La STS de 5-10-92 ha afirmado que “en cuanto a la conducta no sólo se pena la receptación propia, aprovecharse para sí, sino también el auxilio para que un tercero se lucre”

¹⁴ La STS de 19-02-2002 (Pn. Delgado García) precisa que el blanqueo de capitales sanciona unas conductas más específicas que el encubrimiento, cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1ª del art. 8 del Código Penal, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios.

face plenamente las exigencias típicas del precepto. Ahora bien, en la práctica resultará inusual encontrar un supuesto en el que se pueda entender que los citados actos de adquisición, conversión y transmisión no son "per se" actos de ocultación o encubrimiento. La STS. de 21-1-93 (Pn. Conde-Pumpido Ferreiro), interpretando correctamente y en sus justos términos el alcance de la norma, subsumió en el art. 344 bis h) del anterior Código el hecho de facilitar unas cuentas corrientes para que fueran ingresadas las ganancias derivadas de la venta de drogas; más recientemente la STS de 8-11-00 (Pn. Martín Canivell) ha vuelto a considerar como un acto de ocultación definido en el art. 301.1 del vigente Código a quién permitió que en una cuenta corriente abierta a su nombre se hiciesen ingresos de dinero procedente del tráfico de drogas, retirándolos posteriormente como si fueran lícitos; por último, la STS de 19-2-02 (Pn. Delgado Garcia) ha considerado como actos constitutivos de blanqueo el depósito de un dinero de origen criminal en la caja de seguridad de una entidad bancaria y el ingreso de otra cantidad en una libreta de ahorros, con el fin de ocultar, obstruir y eludir las investigaciones e intervenciones judiciales y policiales.¹⁵

Por otra parte, la expresión "realizar cualquier otro acto" con el propósito de ocultar o encubrir los bienes constituye una especie de cajón de sastre donde tendrán cabida cualesquiera otras conductas no contempladas expresamente. Se trata de una fórmula, excesivamente abierta e indeterminada desde el punto de vista de la tipicidad, que el legislador ha utilizado en otras ocasiones y que comporta una auténtica excepcionalidad de la complicidad en beneficio de las formas de autoría.

Queda, por último, la realización de cualquier otro acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos graves. Es una figura ambigua y confusa, asimilable en principio al favorecimiento personal previsto en el art. 451-3º. La STS. de 25-6-93 (Pn. Moyna Menguez) constituye un claro ejemplo de las dificultades interpreta-

¹⁵ En fechas también recientes la sentencia de 22-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) en el procedimiento abreviado 32/96 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 ha condenado a un individuo como autor de un delito de blanqueo de bienes tipificado en el art. 546 bis f) del anterior Código Penal porque con pleno conocimiento de que el dinero con el que se adquirieron dos fincas procedía del tráfico ilícito de estupefacientes, puso a su nombre ambas propiedades para beneficio del verdadero adquirente. La más antigua sentencia de la misma Sala de lo Penal (Sección 3ª) de 15-9-95, confirmada por la STS de 10-2-97, condenó como autor de un delito de receptación especial del art. 546 bis f) a una persona que recibió de su compañero sentimental dinero procedente del tráfico ilegal de drogas invirtiéndolo en la adquisición de una vivienda para su propio uso y de efectos para la misma.

tivas que se derivaban de la inclusión de esta conducta: consideró aplicable el art. 344 bis h) a un caso en el que una persona le indicó al poseedor de una determinada cantidad de droga el lugar del vehículo donde ocultarla momentos antes de ser registrado por agentes de policía. Bien es cierto que el art. 344 bis h), como consecuencia de una incorrecta transposición del art. 3-1-b) de la Convención de Viena, comprendía la realización de actos de participación en los delitos de los que procedían tales bienes, conductas que también eran susceptibles de ser encajadas en el art. 344 del anterior Código. Algunos autores anudan en todo caso a los bienes de origen ilícito la ejecución de esos actos con el propósito de ayudar al partícipe en el delito previo. Si así fuera, la acción debería recaer en todo caso sobre los bienes y, por lo tanto, la ayuda para eludir las consecuencias jurídicas derivadas de la participación en el delito antecedente difícilmente podría revestir otra modalidad que no tuviera como fin la ocultación o encubrimiento de tales bienes.

Sin embargo, cuando las conductas de blanqueo han sido pactadas de antemano y se encuentran insertas en un conjunto de actividades estructuradas por una organización dedicada tanto al tráfico, o en su caso a otras actividades delictivas graves, como al reciclaje de los beneficios de él derivados, podrán subsumirse en el precepto penal que tipifique aquellos hechos antecedentes. Así lo entiende la citada STS de 21-1-93 que, tras indicar que los actos posteriores concertados previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan “ex post”, son reprochables “ex ante”, afirma que quien auxilie a los traficantes, facilitándoles de alguna manera las operaciones de tráfico, está de un modo indirecto, pero encadenado con la final facilitación del consumo, contribuyendo al favorecimiento de aquella actividad y del propio consumo, y que tal conducta constituye una forma propia de autoría subsumible en una de las alternativas típicas contenidas en el art. 368 del Código Penal.

La intervención o colaboración del sujeto activo, no ya en la primera fase del blanqueo (la de colocación), es decir, en la obtención directa del producto como beneficio inmediato de actos concretos constitutivos de delitos graves, sino en los sucesivos tramos o etapas del circuito económico (especialmente en las fases de diversificación e integración)⁽¹⁶⁾, en los que aquél

¹⁶ En líneas generales, cualquiera que sea el agente que se sirva del blanqueo o cualesquiera que sean los vericuetos o laberintos que utilice, los principios operativos de la actividad de blanqueo son básicamente los mismos. De modo que puede ser descrito como un proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez

sufre múltiples y variados cambios con objeto de encubrir u ocultar su origen, está inevitablemente comprendida en el tipo, siempre que se conozca su primitiva procedencia, esto es, que se conozca genéricamente que estos bienes, efectos o haberes tienen su origen en actividades delictivas graves, sin que sea preciso que ese conocimiento sea exacto, detallado y pormenorizado respecto a la conducta delictiva realizada conforme a un consolidado criterio jurisprudencial.

Las diferentes posiciones doctrinales que tradicionalmente se presentaban en el tipo penal de la receptación propia en cuanto a la inclusión de las modalidades de receptación sustitutiva y de receptación en cadena carecen ya de interés, ya que el objeto de la acción, es decir, los bienes, comprende el producto directo del delito y las ganancias. La nueva regulación del comiso, tanto el art. 127 como el art. 374, y el apartado 5 del art. 301 obliga a incautar y decomisar los efectos procedentes del delito y las ganancias de él derivadas cualesquiera que sean las transformaciones que hayan experimentado, y semejante prescripción normativa refuerza, sin duda, la tesis que se sostiene.

2. *Objeto.* El objeto de la acción son los bienes, cuya definición encontramos en los arts. 1-q) de la Convención de Viena de 1988 y 2-d) de la Convención de Palermo de 2000: "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"¹⁷). El concepto es tan amplio que no existe obstáculo alguno para incluir el producto directo del delito, las ganancias y las sucesivas transformaciones o mutaciones que aquellos experimenten en el tráfico jurídico. Se soslayan así los abundantes problemas interpretativos que, por el contrario, se plantean en la receptación propia al limitarse el objeto a los efectos del delito, porque doctrinalmente se ha venido considerando que en

ocultados su origen geográfico y ocupacional. Esta definición, con ligeros matices, es similar a la sugerida por el Grupo Especial de Expertos Financieros (G.A.F.I.) que dividió la operativa de blanqueo en colocación (inmersión del dinero en efectivo en la economía legal o su salida clandestina del país en el que se genera), diversificación o estratificación (separación de la fuente mediante la creación de complejas estructuras de cobertura) e integración (reinserción de los fondos blanqueados en la economía legal). Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A. en "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., páginas 134 y siguientes.

¹⁷ En idénticos términos se pronuncian otros instrumentos jurídicos supranacionales, como el art. 1.b) del Convenio de Estrasburgo de 1990 y el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE de 10-6-91.

el término “efectos” se incluyen únicamente los productos obtenidos directamente del delito, y no los bienes que puede haber adquirido el sujeto activo del hecho delictivo principal negociando con el producto directo de aquel delito.

3. *Participación en el delito fuente.* Respecto al requisito consistente en no haber participado en el delito previo, aun cuando el tipo penal no recoge expresamente -a diferencia de la receptación propia y del encubrimiento- la circunstancia de no haber intervenido en el delito previo como autor o cómplice, mantiene su vigencia en el terreno dogmático como principio general, al igual que en la receptación propia, la impunidad del autoencubrimiento, es decir, que los actos de aprovechamiento de los efectos de un delito en cuya ejecución se ha intervenido son actos posteriores impunes por consunción. No obstante, la naturaleza autónoma y pluriofensiva de esta infracción criminal, legitima la tesis de la viabilidad de la comisión de un delito de blanqueo por el partícipe en el delito antecedente en la generalidad de los casos, incluso en aquellos supuestos en los que los bienes objeto de la acción sean el producto directo de la actividad criminal antecedente: son dos acciones típicas distintas, autónomas entre sí y que infringen bienes jurídicos diferentes.¹⁸

¹⁸ La ya antes citada sentencia de 22-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) condenó a un individuo como autor de un delito contra la salud pública y de un delito de blanqueo, lo que demuestra la compatibilidad de ambas infracciones en determinados supuestos: en el caso concreto el individuo condenado había participado bajo las órdenes de otro condenado en seis operaciones de tráfico ilícito de hachís acaecidas entre el verano de 1992 y el mes de enero de 1995; y además accedió a figurar como titular jurídico formal en las compras de dos inmuebles en los años 1993 y 1994, cuyo precio fue satisfecho con dinero procedente del tráfico ilícito de hachís por el condenado bajo cuyas órdenes se encontraba, percibiendo una comisión por tal motivo. En igual sentido se manifiesta la sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), que condenó a dos individuos por el delito de tráfico ilícito de drogas (por su relación con la aprehensión de 84 kilogramos de cocaína el 28-10-97), y por el delito de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilegal de drogas (al haber ejecutado en fechas anteriores, entre los meses de Enero y Octubre de 1997, operaciones de cambio de pesetas –por un importe aproximado de 50 millones- a marcos alemanes)

Por el contrario, la sentencia de 3-12-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2ª), respecto a varios individuos que formaban parte de una organización que blanqueaba dinero y traficaba con heroína para las redes turcas, sostiene que los actos constitutivos de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, y que el autor del blanqueo debe ser ajeno a este delito. En el caso concreto la operación de tráfico de heroína se produjo en el mes de Junio de 1997, mientras que las actividades de blanqueo para la organización turca se desarrollaron entre los años 1993 y 1997, lo que excluye la tesis del autoencubrimiento respecto al delito antecedente sostenida por la Sala de instancia. Idéntico criterio ha mantenido la sentencia de 25-2-00 dictada por la misma Sección respecto a un individuo integrado en dos grupos organizados

Es también de aplicación al delito de blanqueo lo dispuesto en el art. 300 del Código, pues el citado precepto extiende su ámbito de aplicación a todos los tipos penales recogidos en el capítulo. Así pues, la declaración de irresponsabilidad y la concurrencia de causas de exención de la pena respecto a autores y cómplices del hecho del que provengan los efectos no condiciona

diferenciados que desarrollaban simultáneamente actividades de tráfico ilícito de cocaína, por un lado, y de blanqueo de dinero de operaciones delictivas de tráfico ilícito de cocaína no concretadas, por otro.

Sin embargo, la posición mantenida por el Tribunal Supremo es contraria a la tesis defendida en las sentencias reseñadas en el anterior párrafo: la STS de 10-1-00 (Pn. Giménez García), en relación a un individuo condenado como autor de un delito contra la salud pública por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de blanqueo en 1992, señala que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga- con el de blanqueo procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones.

Siguiendo idéntica dirección la STS de 28-7-01 (Pn. Sánchez Melgar), estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 3-12-99 antes mencionada, considera inadmisibles la aplicación a ese caso de la tesis del autoencubrimiento porque la actividad de blanqueo se produce en fechas anteriores a la comisión del delito contra la salud pública por el cual ha resultado condenado, y esgrime dos razones de peso: por un lado, que los hechos por los que se le condena no han supuesto para él ningún beneficio puesto que la incautación se ha producido antes de proceder a su distribución, y por otro lado, tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal comprende tanto la realización de actos de ocultación o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias como de terceras personas que hayan participado en la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos.

También la STS de 18-9-01 (Pn. Delgado García), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la antes citada sentencia de la Audiencia Nacional de 12-7-00, sostiene la compatibilidad de ambas infracciones penales, en particular en aquellos casos en los que las operaciones de blanqueo se producen con anterioridad al hecho del tráfico ilícito de drogas, para añadir que la incompatibilidad sólo puede plantearse cuando el autor del delito de tráfico ilícito de drogas es acusado, además, por otro delito de blanqueo de dinero referido a los beneficios obtenidos en aquella otra infracción anterior, no cuando el origen del capital blanqueado se encuentra en otros hechos de tráfico de drogas diferentes de aquél por el que se condenó.

Y en el mismo sentido, la STS de 28-11-01 (Pn. Martín Pallín), confirmando la condena por un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico dictada por la Audiencia Nacional, en sentencia de 26-6-00, añade que es perfectamente posible la existencia de una organización que, en su estructura, comprenda tanto las actuaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes, como el blanqueo de dinero, y si se acredita la actuación de una persona en ambas actividades nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, de manera que no es necesario que la actividad de blanqueo aparezca desconectada del delito contra la salud pública ya que en la realidad las actividades serán confluyentes y preordenadas.

Las SSTS de 14-4-03 y 29-11-03 (Pn. Soriano Soriano) invocan el art. 6.2.b) del Convenio de Estrasburgo para concluir que si existe condena por un delito de tráfico ilícito de drogas y completa identidad entre el objeto económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico, y que consecuentemente no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito para quien a su vez ha sido castigado como autor del mismo.

en absoluto la exigencia de responsabilidades por la participación en las conductas de receptación y blanqueo.

Tampoco puede aceptarse que para el cómputo de la prescripción se establezca como “dies a quo” el de la comisión del delito antecedente. Para llegar a esta conclusión, la STS de 10-2-03 (Pn. Ramos Gancedo) se fundamenta en la autonomía del delito de blanqueo respecto a los delitos de los que proceden las ganancias blanqueadas, hasta el punto de no ser necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias –como ya sostuvo la STS de 10-1-00- cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente, por lo que la actividad de ocultar el producto ilícito mediante alguna de las acciones típicas del art. 301 adquiere sustantividad penal propia e independiente del delito del que proceden los bienes blanqueados.

4. *Consumación.* En cuanto a la consumación, al igual que en la receptación propia, habrá que considerar que éste es un delito de resultado y no de mera actividad, por lo que admite formas imperfectas de ejecución, y que como en todos los delitos de enriquecimiento la consumación se produce con la mera disponibilidad o posibilidad de disposición de los objetos o bienes (SSTS de 13-3-90, 22-6-90, 16-10-91 y 27-1-92 entre otras). En consecuencia, dado que la obtención real y efectiva de un beneficio por el culpable pertenece ya a la fase de agotamiento del delito (SSTS de 20-1-84, 25-4-85, 19-12-86, 30-5-87, 9-3-88 y 26-6-89 entre otras muchas), es independiente de la consumación el que se haya o no producido el definitivo aprovechamiento de los efectos de la infracción penal (STS. de 21-9-94).

La STS de 25-2-2004 (Pn. Martín Pallín), llega a la conclusión de que el delito de blanqueo casi nunca es un delito instantáneo, sino de carácter más o menos permanente. La resolución analiza un supuesto realmente singular: cuando se llevan a cabo las primeras operaciones de blanqueo respecto a un determinado bien no existía una norma penal que tipificase tales comportamientos, que se habían producido antes de la entrada en vigor del art. 546 bis f) que introdujo la ley orgánica 1/88 de 24 de Marzo. En la fundamentación jurídica se establecen las siguientes conclusiones:

Este delito prácticamente nunca podrá manifestarse o exteriorizarse a través de un acto único, que alcance sus objetivos con una sola maniobra fi-

nanciera o comercial; normalmente nos enfrentaremos a un complejo hecho delictivo, salpicado de múltiples operaciones de encubrimiento

El delito no se agota hasta que, de una manera más o menos definitiva, los bienes y dinero de procedencia ilícita pasan a integrarse en el circuito financiero legal para lo que la utilización de entidades bancarias resulta, en la mayoría de los casos, un instrumento indispensable; por ello, la vigencia de la norma penal habrá que proyectarla sobre todo el conjunto de operaciones en las que los recurrentes participan, siendo irrelevante que el diseño de las mismas comenzara antes de la entrada en vigor de la ley penal.

5. *Situaciones concursales.* Al objeto de delimitar el ámbito de aplicación de este tipo penal habría que comenzar por resolver el problema concursal con el delito de receptación propia mediante la aplicación de la regla de la especialidad prevista en el art. 8.1 del Código. Si la STS de 19-02-02 ya apuntaba en esa dirección considerando más específico el delito de blanqueo que el de receptación, la STS de 19-12-03 (Pn. Sánchez Melgar) definitivamente afirma que el delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de manera que por las reglas de la especialidad y de la alternatividad, los hechos deben ser sancionados conforme al art. 301 del Código Penal.¹⁹ Las mismas reglas de la especialidad y de la alternatividad deben servir también para resolver el concurso con el delito de encubrimiento.

¹⁹ Según la citada sentencia los elementos que diferencian ambas conductas delictivas son los siguientes: “a) el delito previo en el blanqueo de capitales debe ser cualquier delito grave, mientras que en la receptación se exige una mayor concreción, ya que ha de tratarse siempre de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico; b) no existe unanimidad sobre si el autor del delito previo puede ser autor o cómplice del delito de blanqueo de capitales (la STS de 28-7-01 declaró esta posibilidad), mientras que está expresamente excluido en el caso del delito de receptación; c) el delito de receptación exige siempre ánimo de lucro, lo que no es preciso en el blanqueo de capitales; d) en la receptación del art. 298 CP no está prevista la receptación sustitutiva, mientras que sí resulta posible en el blanqueo, mediante la sucesión en las transformaciones del bien de que se trate; e) la conducta típica de la receptación abarca la simple recepción de los bienes, mientras que en el blanqueo las modalidades son más amplias: adquisición, conversión y transformación; y f) la conducta típica de la receptación castiga al que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, agravándose la penalidad cuando se trafique con ellos, mientras que en el blanqueo de capitales la conducta consiste en adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.”

Pero sin duda la cuestión más interesante que se ha suscitado en los últimos tiempos no es otra que la tributación de las rentas o rendimientos ilícitamente obtenidos o, dicho de otro modo, la compatibilidad de los delitos de naturaleza patrimonial y económica generadores de beneficios ilícitos con los delitos contra la Hacienda Pública y de la imposición de sanciones por ambas infracciones.

Las SSTs de 7-12-96 -caso Nécora- y 21-12-99 -caso Roldán- (Pns. Delgado García y Conde-Pumpido Touron respectivamente) han apreciado la concurrencia de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, y que sostener la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellos pudieran generar (razonamiento sustentado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 3ª en el caso “Nécora”).

La STS de 28-3-01 (caso “Urralburu”), Pn. Conde-Pumpido Touron, ha precisado con más nitidez la anterior doctrina, estableciendo que la aplicación del concurso de normas, que permite la absorción del delito fiscal por el delito que es fuente directa de los ingresos, requiere la concurrencia de tres requisitos: 1) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior; 2) que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; y 3) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

Más recientemente, la sentencia de 31-1-2003 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª-Pn. Gómez Bermúdez) ha apreciado nuevamente la compatibilidad punitiva del delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico y del delito fiscal consistente en la no tributación por tales beneficios obtenidos argumentando que no nos encontramos ante un mismo hecho que se sanciona desde dos o tres perspectivas diferentes sino ante hechos distintos: uno, generador o fuente del ingreso, consistente en traficar con drogas (delito contra la salud pública) que no se juzga en este proceso; otro, consistente en ocultar ese dinero, transformarlo y reintroducirlo en el mundo económico financiero legal (blanqueo); y un tercero,

consistente en ocultar a la Hacienda Pública los cuantiosos incrementos patrimoniales obtenidos a partir de inversiones realizadas, en todo o en parte, con dinero de ilícita procedencia o de la reinversión de ganancias ilícitas. Dicho de otro modo, los acusados realizan un conjunto de negocios jurídicos (compras de lotería premiada, pagarés y propiedades, ventas, constituciones de sociedades, ampliaciones de capital, etc.) con la finalidad de regularizar, reconvertir o legalizar bienes o dinero de procedencia ilícita. Esta actividad de gran complejidad incluye operaciones tendentes a la entrada en el sistema financiero del dinero ilícito (fase generalmente denominada de colocación), otras posteriores cuyo fin es borrar el rastro inicial (diversificación) y una final de integración del dinero ilícito en el patrimonio del sujeto activo mediante el retorno de los fondos en forma, generalmente, de activos financieros y bienes. Los delitos contra la hacienda pública son independientes de toda esa actividad desplegada para regularizar el dinero ilícito. Es más, el incumplimiento de las obligaciones fiscales es posterior e independiente a la obtención de los fondos ilícitos y se produce precisamente cuando estos retornan al patrimonio de los sujetos activos como si de dinero legal se tratara.

6. *Subtipos agravados.* El primero de ellos se contiene en el párrafo 2º del art. 301.1 para los casos en que los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas descritos en los arts. 368 a 372 del Código, y conlleva la imposición de la pena en su mitad superior (prisión de 3 años y 3 meses a 6 años, y multa del duplo al triplo del valor de los bienes). Obviamente, no existe óbice alguno para considerar que esa agravación es aplicable también al art. 301.2, pues tanto las conductas descritas en este párrafo como las del anterior conforman el tipo básico.

Aunque se ha criticado la existencia de este subtipo agravado, debe reconocerse que el tráfico ilegal de drogas es la actividad criminal más rentable, la que más beneficios genera, y quizás por ello el legislador, consciente del elevado porcentaje que el dinero de la droga representa en el total de los capitales ilícitos, y del riesgo adicional que ello supone para el orden socioeconómico, haya entendido que la respuesta penal, para que tenga un contenido realmente disuasorio desde el plano de la prevención general, deba ser más rigurosa. Desde luego, la sanción penal agravada no es desproporcionada en comparación con las penas previstas para las conductas básicas del art. 368, precepto que hace gala de una tremenda exasperación punitiva (entre 3 y 9 años de prisión para las drogas que causan grave daño a la

salud, y entre 1 y 3 años para las restantes) para comportamientos insertos en lo que se conoce como "pequeño tráfico".

En el art. 302 se regulan unos subtipos agravados que ya se incluían en el anterior Código (art. 344 bis j) y 546 bis f) párrafo 2º):

a) *La pertenencia a una organización dedicada a estos fines*, omitiéndose a diferencia del art. 369.6º la referencia a la transitoriedad, por lo que habrá que construir el concepto de organización tomando como base las ya conocidas notas de estabilidad, jerarquización y distribución de papeles (en este caso también se impone la pena privativa de libertad en su mitad superior). Ahora bien, el límite inferior de la pena será diferente según la procedencia de los bienes: si el origen fuera el tráfico ilegal de drogas la pena a imponer será la mitad superior de la pena en su mitad superior que impone el art. 301.1.párrafo 2º, es decir, de 4 años 7 meses y 15 días hasta 6 años; si el origen fuera cualquier otra actividad delictiva grave la pena en su mitad superior oscilará entre 3 años y 3 meses a 6 años.

A estos efectos, una de las resoluciones más emblemáticas es la STS. de 31-10-94(Pn. Martínez-Pereda), pues es, quizás, la única que, casando la sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 2ª en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, condena por un delito de receptación del art. 546 bis f) con el subtipo agravado de pertenencia a organización a dos individuos que, encargados de la gestión económica y del asesoramiento comercial y fiduciario respectivamente, formaban parte de una estructura organizativa dedicada fundamentalmente a los ilícitos negocios de contrabando de tabaco, pero integrada a su vez en el seno de una organización de mayores dimensiones que también se dedicaba, con conocimiento de aquéllos, al tráfico al por mayor de cocaína.

b) *Ser jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones*, supuesto en el cual se impondrá la pena superior en grado (de 6 a 9 años de prisión, y multa).

Además de las penas de prisión y multa proporcional, se prevé la pena de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de 3 a 6 años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código (disolución de la organización; suspensión temporal de sus actividades; prohibición temporal de realizar aquellas actividades, operaciones

mercantiles o negocios que hayan facilitado o encubierto el delito; clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; e intervención de empresas), y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

Mientras en el tráfico ilícito de drogas será excepcional la aplicación de estas consecuencias accesorias pues se ejecuta, en la mayor parte de los casos, a través de grupos organizados "de facto" que no figuran en ningún registro ni poseen personalidad jurídica, en el marco del blanqueo de capitales su imposición puede ser más frecuente ya que esta actividad necesita de una cobertura legal (constitución o utilización de sociedades, locales o sedes donde desarrollar al menos aparentemente actividades comerciales lícitas, etc.) que les sirva de vehículo para la reinversión de las ganancias de origen criminal en la estructura económica lícita.

El art. 303 es una réplica fiel del art. 372, y se trata de una modalidad agravatoria que atiende a la condición, dedicación, profesión u oficio de los culpables. El automatismo del legislador al trasponer íntegramente este precepto, que tiene su origen en el art. 344 bis c) del anterior Código, no ha tenido en cuenta que la agravación en razón de esas circunstancias se fundamenta en el plus de responsabilidad exigible a quienes ostenten funciones públicas, y en la especial facilidad que para la comisión del hecho se deriva del ejercicio de una determinada profesión.

Quiere decir ello que, mientras esa agravación tiene su razón de ser en el caso de los funcionarios públicos, autoridades, agentes de la autoridad, empresarios o intermediarios en el sector financiero, sin embargo carece de sentido respecto a facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores, profesiones estas que, sin embargo, sí pueden suponer una situación de privilegio para la comisión de hechos de tráfico ilícito de drogas.

7. Actos preparatorios. El art. 304 castiga con la pena inferior en uno o dos grados la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos, sin incluir referencia alguna en la dicción literal del precepto a la receptación propia, por lo que los actos preparatorios de los delitos contemplados en los arts. 298 y 299 no serán sancionables penalmente salvo que tales actos constituyan por sí mismos otra actividad delictiva.

8. *El principio de universalidad.* Los actos delictivos de blanqueo serán objeto de sanción tanto si son cometidos, total o parcialmente, en el extranjero con independencia del lugar de comisión del delito del que provinieran los bienes, y además serán perseguibles y punibles tales conductas por los Tribunales españoles sea español o extranjero el sujeto activo del delito.

A través de una norma penal sustantiva se han ampliado los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal previstos en el art. 23.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al indicarse en el apartado 4 del art. 301 que el hecho será objeto de sanción tanto si es cometido, total o parcialmente, en el extranjero, como cuando el delito del que provengan los bienes se cometa igualmente en el extranjero (arts. 4 de la Convención de Viena de 1988, 1 de la Directiva Comunitaria de 1991 y 1.2 de la Ley 19/93 de 28-12)²⁰. El sometimiento de estos delitos al principio de justicia universal está justificado si tenemos en cuenta el carácter transnacional de esta delincuencia, la existencia de zonas o espacios en los que gozan de la más absoluta impunidad (paraísos fiscales), y el hecho comprobado de que el blanqueo no es sino una parte de la actividad delictiva global de estas organizaciones criminales cuya persecución y castigo es vital para limitar su crecimiento y potenciación.

III. La comisión culposa del delito de blanqueo de capitales. La normativa de prevención del blanqueo y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente

²⁰El art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge el principio de universalidad para aquellas conductas criminales que atentan a bienes jurídicos especialmente protegidos por la comunidad internacional, señalando que "Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos:

- a) genocidio
- b) terrorismo
- c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves
- d) falsificación de moneda extranjera
- e) los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores o incapaces
- f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes
- g) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España

La introducción de un tipo imprudente fue una novedad tanto en el plano de la punición del tráfico de drogas como en el de la incriminación específica de la imprudencia. El párrafo 3º del art. 344 bis h) del anterior Código (introducido por ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre) la describía con los términos "negligencia o ignorancia inexcusables".

Por el contrario, el Código Penal en su art. 301.3 asume la descripción típica del Proyecto de 1992 al utilizar la expresión "imprudencia grave".

Algunos autores, muy críticos con la versión culposa de este delito, entienden que se ha ido demasiado lejos al sancionar estos comportamientos, pues ni siquiera la Convención de Viena de 1988 contempla la posibilidad de incriminar estas conductas en forma culposa. No así el Convenio Europeo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso del producto del delito abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90, que en su art. 6.3 faculta, aunque no obliga, a las Partes para tipificar como delitos las acciones de blanqueo en los casos en que el delincuente debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito. Sin embargo, nuestro país no es el único que ha optado por sancionar penalmente el blanqueo por negligencia: así, Alemania en el parágrafo 261 de su Código penal (en vigor desde el 22-9-1992) admite el blanqueo cometido mediante imprudencia grave; y Luxemburgo en el art. 8 de la Ley de 7-7-1989 contempla la comisión imprudente de este delito al sancionar a quien por incumplimiento de sus obligaciones profesionales participe en cualquier operación de emplazamiento, encubrimiento o conversión del producto del tráfico ilícito de estupefacientes. Lo cierto es que el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada aprobado en Junio de 1997 por el Consejo Europeo de Amsterdam contempla como una de las recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la Unión la penalización del blanqueo cometido por negligencia (recomendación nº 26).

Con esta figura culposa se vislumbra la posibilidad de que los directivos o empleados de entidades financieras respondan penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada. Pero el tipo penal no limita el campo de los sujetos activos a quienes ostenten responsabi-

lidades o desempeñen funciones en una entidad financiera, de manera que sujeto activo de la infracción culposa puede ser cualquier persona.

La sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenó a varios individuos como autores de un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico cometido por imprudencia grave por haber intervenido en algunas operaciones consistentes en la recepción de elevadas cantidades de dinero en pesetas, su ingreso en cuentas de las que eran titulares en entidades bancarias, la obtención a cambio de cheques bancarios en dólares a nombre de personas desconocidas, la alegación de actividades de importación de bienes no ejecutadas y finalmente la entrega de los cheques a las personas de quienes recibían el dinero en efectivo⁽²¹⁾. También la sentencia de 8-4-02 dictada por la misma Sala (Sección 2ª) en el procedimiento abreviado 53/96 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 ha apreciado responsabilidad penal por imprudencia a particulares no pertenecientes al grupo de sujetos legalmente obligados que ejecutaron cambios de divisas en entidades bancarias atendiendo a idénticos argumentos jurídicos, resolución ésta que ha sido confirmada en casación por la STS de 23-12-03 (Pn. Martínez Arrieta). La cuestión, no obstante, dista mucho de ser pacífica: mientras que la STS de 14-9-2005 (Pn. Monterde Ferrer) confirma la tesis de que la infracción culposa de blanqueo de capitales no está limitada en cuanto a los sujetos activos, la STS de 17-6-2005 (Pn. Martín Pallín) argumenta que al construirse el delito imprudente sobre el incumplimiento de obligaciones legalmente establecidas únicamente quienes sean sujetos obligados –y no cualquier persona– podrán cometer tal delito.

²¹ En el fundamento jurídico nº 33 de la sentencia se razona que si bien no se ha acreditado que conociesen el origen ilícito del dinero, ni siquiera que llegasen a representárselo seriamente como razonablemente probable, en todos los supuestos fueron conscientes de la irregularidad, anomalía y legalidad dudosa de las operaciones que les fueron propuestas. El deber de cuidado socialmente exigible ante operaciones como las de adquisición de cheques que les fueron propuestas les imponía advertir la presencia de un riesgo de lesión a un bien jurídico, cuando una de las posibles finalidades de operaciones de ese tipo es la ocultación del origen del dinero, simplemente sustraído al control de la Hacienda Pública o procedente de actuaciones delictivas –entre ellas, el tráfico de drogas– y, en consideración al peligro que de las operaciones podía derivar, debieron abstenerse de realizarlas. La lesión del bien jurídico era previsible y la infracción del deber objetivo de cuidado por parte de los procesados citados determinó un resultado de blanqueo de dinero. La imprudencia se reputa grave e inexcusable, porque cualquier persona mínimamente cuidadosa advierte el riesgo y, advertido el riesgo, la actividad entraña un alto nivel de omisión de la diligencia debida.

No obstante, de la atenta lectura de los debates parlamentarios relativos a las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre - antecedente inmediato del precepto vigente-, se desprende que el legislador ha construido esta conducta culposa pensando fundamentalmente en los miembros de las entidades financieras. Sin embargo, el art. 2 de la Ley 19/93 y de su Reglamento de 9-6-95 extiende el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo no solo las instituciones financieras tradicionales, sino también las personas físicas o jurídicas dedicadas a la actividad de cambio de moneda, y aquellas otras que ejerzan actividades profesionales o empresariales en las que sea habitual la utilización de billetes o títulos al portador tales como casinos de juego, inmobiliarias, comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, e inversión filatélica y numismática(art. 2.2 del Reglamento). Entre los profesionales que estaban obligados a informar se encontraban los Notarios, y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles(arts. 16.1 de la ley y 27 del reglamento) respecto a los contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales, habiéndose dictado para los mismos la Instrucción de 10-12-99 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales(B.O.E. de 29-12-99)⁽²²⁾.

²² Las dificultades para controlar todo este grupo de sujetos obligados son obvias dado su elevado número. Sólo en cuanto a inmobiliarias y promotoras se calcula en nuestro país que su número puede ascender a más de 60.000. Junto a los sujetos obligados incluidos en el art. 2 de la ley 19/93 existen otros sujetos colaboradores que en algunos casos están cumpliendo escrupulosamente con las obligaciones legalmente impuestas en esta materia (Banco de España, Oficinas de Representación de Entidades de Crédito Extranjeras, Sociedades de Garantía Recíproca, Sociedades Gestoras de Tarjetas de Crédito, Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y Corredores de Comercio).

Tanto el Segundo Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas de fecha 1-7-98 relativo a la aplicación de la Directiva como los trabajos del Comité de Contacto ya habían concluido que era absolutamente necesario revisar, al amparo de su art. 12, su ámbito subjetivo de aplicación en relación con profesiones y categorías de empresas que, sin ser entidades financieras, ejercían actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para blanqueo de capitales. La nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/97/CE de 4-12, que modifica la Directiva 91/308/CEE de 10-6-91, amplía el ámbito de los sujetos obligados para incluir no sólo a entidades de crédito e instituciones financieras, sino también a contables externos, auditores, asesores fiscales, agentes inmobiliarios, comerciantes de bienes de valor como piedras, metales preciosos u objetos de arte, subastadores, propietarios o gerentes de casinos, y notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando asistan o representen a sus clientes en los siguientes tipos de operaciones:

- a) compraventa de inmuebles o entidades comerciales
- b) gestión de fondos, valores o activos del cliente
- c) apertura o gestión de cuentas bancarias, de ahorros o de valores
- d) organización de las aportaciones necesarias para la creación, funcionamiento o gestión de empresas

El sistema de prevención del blanqueo de capitales se sustenta en dos soportes básicos:

1.- La creación de unos órganos de la Administración -la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Servicio Ejecutivo(SEPBLAC)- encargados, en particular éste último como órgano operativo, del control y del examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados antes citados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales²³.

2.- El establecimiento de un cuadro de obligaciones (identificación de los clientes, conservación de documentos, comunicación de las operaciones que pueden ser constitutivas de blanqueo de capitales, envío de la información que les sea requerida, reserva frente a clientes y terceros, abstención en la ejecución de las operaciones, programas de control interno y formación de los empleados, y la más recientemente incorporada de declaración sobre el

e) creación, funcionamiento o gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas

f) ejecución de cualesquiera otras transacciones financieras o inmobiliarias actuando en nombre y por cuenta del cliente

La cuestión resulta especialmente difícil en el caso de las profesiones jurídicas, en particular los despachos de abogados, por la existencia de una obligación legal de reserva o secreto profesional en las relaciones con los clientes, aunque la Comisión y el Comité de Contacto inciden, y así se refleja en la nueva Directiva, en la necesidad de deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en pleitos de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial como la intermediación financiera, supuesto en el cual deberían aplicarse plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo.

²³ Es la denominación con la que se conoce en España a la Unidad de Inteligencia Financiera. Se trata de un organismo autónomo de naturaleza administrativo-policia, incardinado orgánicamente en el Banco de España y dependiente funcionalmente de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales. El SEPBLAC es la unidad de inteligencia financiera (FIU) o agencia nacional responsable de recibir, analizar y distribuir a las Autoridades competentes las informaciones financieras relacionadas con procedimientos criminales o requeridas por la legislación nacional para impedir el blanqueo de capitales. Los órganos equivalentes en otros países son, por ejemplo, FINCEN(U.S.A.), NCIS(Gran Bretaña), CTIF(Bélgica) y TRACFIN(Francia).

Para realizar con eficacia y coordinación sus funciones operativas y proceder en el marco de la cooperación internacional a un intercambio de la información financiera(mediante acuerdos bilaterales o protocolos de actuación entre tales organismos), se ha constituido un organismo internacional de carácter informal denominado Grupo EGMONT, estructurado internamente en cuatro grupos de trabajo: Legal, Tecnológico o de análisis, de Formación, y de Asistencia y Promoción de nuevas FIUs.

Para el desempeño de sus funciones, cuando reciben información sobre operaciones indiciariamente sospechosas incoan actuaciones previas, disponiendo para la práctica de sus indagaciones de una facultad ciertamente excepcional consistente en el acceso a toda la información bancaria y sus soportes documentales sin necesidad de mandamiento judicial y de una Unidad policial especializada en tales investigaciones.

origen, destino y tenencia de fondos), cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad de dos ámbitos:

a) en el orden administrativo con la consiguiente imposición de sanciones que pueden llegar en casos muy graves a la revocación de la autorización administrativa que la entidad en cuestión necesita para operar.

b) en el orden penal cuando, bien por imprudencia grave, bien por haber intervenido de manera intencionada, se haya facilitado la operación del blanqueo.

Si bien la Ley configura, en principio, un sistema en el que la comunicación de las operaciones queda sujeta a la valoración del carácter sospechoso de las mismas por parte de la entidad financiera⁽²⁴⁾, circunstancia ésta que en la práctica ha determinado que la cantidad y calidad de las informaciones transmitidas a las Autoridades hayan sido manifiestamente insuficientes, el Reglamento ha optado por un sistema mixto en el que, siguiendo las directrices de la recomendación número 24 del G.A.F.I., se establece la comunicación automática –con exclusión de los clientes habituales de los que se conozca la licitud de sus actividades- de dos tipos de operaciones(art. 7.2 del Reglamento):

- las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito por importe superior a 5.000.000 ptas., salvo que se produzcan en la cuenta de un cliente

- las operaciones con o de personas físicas o jurídicas residentes en paraísos fiscales cuando el importe sea superior a 5.000.000 ptas.

²⁴ Se consideran como tales las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes si no se aprecia justificación económica, profesional o de negocio. El art. 5.2 del Reglamento configura dos tipos de operaciones sospechosas, sin perjuicio de la extensa tipología que la propia práctica bancaria contribuirá a definir:

- cuando la naturaleza o volumen de las operaciones del cliente no se corresponden con su actividad o antecedentes operativos
- cuando una misma cuenta viene recibiendo abonos, sin causa que lo justifique, en efectivo y por un elevado número de personas.

La Instrucción de 10-12-99 relativa a Notarios y Registradores contiene una relación de actos y contratos que se consideran susceptibles de estar particularmente vinculados con el blanqueo de capitales de los que deben informar obligatoriamente al Servicio Ejecutivo, y estableciendo para la correcta apreciación de estas operaciones dos criterios básicos: el de conocimiento del cliente (con especial atención a clientes no habituales o desconocidos) y el de la importancia económica de la operación, por encima de 5.000.000 pts. como regla general o de 50.000.000 pts. en algunos casos.

Además de estos dos casos específicamente contemplados en el Reglamento, se han ampliado los requerimientos de información contenidos en este "reporting sistemático" o D.M.O.(Declaración Mensual de Operaciones), incluyéndose las siguientes:

- entradas y salidas de efectivo por frontera declarados en Modelo B1.
- pagos en efectivo de residentes a no residentes(Modelo B3)
- cambios de divisa por importe superior a 500.000 pts.

Para satisfacer las exigencias del tipo no bastará el simple descuido o negligencia leve. Algunos autores, han entendido que la imprudencia grave equivale al estado supremo de omisión de la diligencia debida, así como que no todas las obligaciones previstas por el art. 3 de la Ley 19/93 tienen la misma entidad a estos efectos, por lo que la responsabilidad penal bien pudiera derivarse del incumplimiento cumulativo de tales obligaciones.

En esta línea, conviene precisar, que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos es capaz de generar responsabilidad penal. Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos (art. 3.3), de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación (art. 3.7), y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de la entidad en esta materia (art. 3.8), cuya depuración solo será posible en el procedimiento administrativo sancionador previsto a tal efecto, ya que su falta de cumplimiento es intrascendente para integrar esa elemental ausencia de previsión determinante de la ejecución de un acto concreto de blanqueo de capitales. Son, en definitiva, obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal.

Por el contrario, el incumplimiento de otros deberes como la identificación de los clientes (art. 3.1), la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo (art. 3.4.a), abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 3.5), la confidencialidad de la operación (art. 3.6), o la obligación de declarar el origen, tenencia y destino de fondos por importe superior a la cantidad legalmente establecida (art.3.9) sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente.

Incluso prescindiendo de los clásicos supuestos en que el empleado de una entidad financiera actúa en connivencia con los delincuentes (el ejemplo paradigmático de esta vinculación lo encontramos en el caso del BCCI -

Banco de Crédito y Comercio Internacional-, entidad que fue sometida a una exhaustiva investigación llegándose a determinar la implicación de sus más altos directivos en el blanqueo de grandes sumas de dinero procedentes del narcotráfico), y en los que la responsabilidad siempre es exigible a título doloso, puede ocurrir también que el incumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por la Ley 19/93 genere responsabilidades a título de dolo eventual. Me estoy refiriendo a las obligaciones previstas en los apartados 4-a) y 6 del art. 3 de la citada Ley, precisamente aquéllas cuyo incumplimiento constituye "per se" una infracción administrativa muy grave²⁵.

Si alguno de los sujetos obligados enunciados en el art. 2 de la Ley posee indicios u obtiene la certeza de que una operación concreta está relacionada con el blanqueo de capitales y:

²⁵ Resulta paradigmática en este sentido la sentencia de 11-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) que ha condenado como autor de un delito doloso de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico previsto en el art. 301 del Código Penal vigente al interventor de una entidad bancaria que entre octubre de 1989 y julio de 1990 facilitó a un integrante de una organización asentada territorialmente en Andalucía y dedicada al transporte, distribución y comercialización de importantes cantidades de hachís la realización de una serie de operaciones bancarias tendentes a la ocultación y aprovechamiento del patrimonio obtenido por su intervención en tales actividades.

Los actos imputables al empleado bancario que se han considerado típicos son los siguientes:

1) la entrega por el cliente de importantes cantidades de dinero en cheques que se realizaban como efectivo en ventanilla sin constancia documental de la operación.

2) la apertura sucesiva de idénticas cuentas corrientes con el mismo titular, sin abono de intereses que retribuyesen los importantes depósitos realizados, pues tras la cancelación sucesiva de las cuentas corrientes se omite la liquidación de intereses y con ello se garantizaba una opacidad absoluta de los movimientos bancarios de cara a la Hacienda Pública.

3) la entrega de cheques sin emitir resguardo que el condenado guardaba en un cajón de su oficina y de los que disponía en su propio beneficio, de donde se deduce una especial relación de confianza con el cliente que va mucho más allá de la ordinaria entre el interventor de una sucursal bancaria y el mejor cliente.

4) el cambio de importantes cantidades de divisas por ventanilla sin dejar constancia documental del cliente y de la procedencia de la divisa, infringiendo esenciales normas de cautela ya conocidas en la práctica bancaria.

La defensa planteó en el proceso la atipicidad de tal conducta argumentando que las operaciones bancarias realizadas no estaban prohibidas por la normativa bancaria en la fecha en que tuvieron lugar, pero el Tribunal tras rechazar que la no contrariedad de su comportamiento con el derecho bancario positivo pueda fundamentar la atipicidad de su conducta, concluye que el hecho de que la práctica bancaria observada por el acusado fuera absolutamente irregular y contraria a los usos impuestos en el sector, permite inferir razonablemente que el acusado conocía suficientemente el origen ilícito de los bienes, e incluso su procedencia de un delito de tráfico ilícito de drogas por la relación de extrema confianza que le unía con el referido cliente.

La STS de 29-9-01 (Pn. Jimenez Villarejo) ha confirmado el fallo condenatorio al que acabamos de hacer referencia.

a) no comunica al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la citada operación o

b) revela al cliente o a terceros que se ha transmitido al Servicio Ejecutivo información sobre la citada operación, o que se está examinando su vinculación con el blanqueo de capitales, de manera que tales circunstancias propicien que el cliente o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados, parece evidente que la responsabilidad exigible al sujeto activo de tal comportamiento no lo será en razón de la falta de previsión que se le pueda imputar como defensora de la culpa, sino que deberá serlo a título de dolo eventual.

Como contrapartida a todo lo dicho, el cumplimiento de las obligaciones de comunicación establecidas legal y reglamentariamente no genera ninguna clase de responsabilidad para los sujetos obligados, directivos o empleados. Con gran rotundidad, los arts. 4 de la ley y 15 del reglamento eximen de cualquier responsabilidad siempre que las comunicaciones se hayan producido de buena fe declarando expresamente que "no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria".

El marco normativo de obligada observancia para todos los sujetos enumerados en el art. 2 de la Ley 19/93 y del Decreto 925/95 estará constituido por las obligaciones previstas en el art. 3 de la primera y en los arts. 3 a 14 del segundo, y en particular para las instituciones financieras, por las leyes y reglamentos que regulan su actividad, por las circulares e instrucciones del Banco de España en cuanto máxima autoridad de supervisión bancaria, por el Código de Conducta de Basilea aprobado en Diciembre de 1988, por las recomendaciones adoptadas por el GAFI en 1990, por las Normas de Actuación acordadas y aceptadas por la A.E.B (Asociación Española de Banca Privada) y C.E.C.A (Confederación Española de Cajas de Ahorro) en el año 1990, y muy especialmente por las Directivas Comunitarias 91/308 de 10-6-1991, 97/2001 de 4-12 y en la actualidad la de 26-10-2005 sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Ni siquiera en el momento actual es frecuente que las distintas legislaciones nacionales penalicen el blanqueo cometido por imprudencia o negligencia, y quizás por esta razón, si cabe, es todavía más trascendente el paso dado en este aspecto concreto. Sin embargo, algunos países (Suiza y Estados Unidos entre otros), por razones de eficacia, y sopesando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que

demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto de mera actividad: sancionar el incumplimiento o la violación de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores financieros con independencia de su resultado o de sus consecuencias.

El art. 305-ter del Código Penal suizo castiga "*al que, en el ejercicio de su profesión acepte, reciba en depósito o ayude a situar o transferir valores patrimoniales pertenecientes a un tercero sin haber verificado, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad de su auténtico derechohabiente*". En idéntica línea la legislación de los Estados Unidos de América sanciona el hecho de que las personas que realizan actividades financieras no cumplan las obligaciones de identificación de clientes y declaración a las Autoridades de las operaciones y transacciones financieras que reúnan unas condiciones previamente establecidas (ej. las de cifra superior a 10.000 dólares). El objetivo de esta reglamentación es detectar situaciones sospechosas o anómalas, mediante el análisis y contraste de todos los datos e informaciones que se posean, para su posterior investigación, e impedir que el dinero procedente de actividades delictivas pueda burlar el seguimiento y control de las Autoridades competentes, con lo que se trata de tutelar el interés de la Administración de Justicia en la investigación, persecución y castigo de estos delitos.

En síntesis, se trata de una figura delictiva que adelanta las barreras de protección penal al prescindir de un elemento normativo consustancial a cualquier modalidad de blanqueo o receptación: el origen ilícito de los fondos o bienes.

IV. La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo mediante el derecho administrativo

El sistema de prevención del blanqueo de capitales diseñado por el ordenamiento jurídico español se sustenta en dos soportes básicos: una estructura orgánica encargada del cumplimiento de las leyes de prevención del

blanqueo y una normativa reguladora de las obligaciones que deben cumplirse para impedir la utilización del sistema financiero a tan ilícitos fines.

1. *Estructura orgánica.* Está constituida por unos órganos de la Administración -la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y el Servicio Ejecutivo (SEPBLAC)- encargados del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y en particular el segundo de ellos, como órgano operativo de apoyo, del control y examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados antes citados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales.

La aprobación por el G.A.F.I. en Octubre de 2001 de las 8 + 1 Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo y la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han propiciado la configuración de un nuevo órgano -la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo- creado por la ley 12/2003 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, que tiene asignadas en este específico ámbito las funciones que la Comisión de Prevención ejerce con carácter general en relación con el blanqueo de capitales.

1.a). *La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales.* Aparece regulada en los arts. 13, 14 y 15 de la ley 19/93 y en los arts. 19 a 26 del Reglamento que la desarrolla.

Se trata de un órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Economía que puede actuar en Pleno (cuya composición se determina en el art. 20 del Reglamento) o a través de un Comité Permanente (cuya composición se establece en el art. 21 del Reglamento), y que dispone de dos órganos de apoyo: la Secretaría de la Comisión que es ejercida por la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales (art. 23 del Reglamento) y el Servicio Ejecutivo (art. 24 del Reglamento).

El art. 13.2 de la ley atribuye a la Comisión las siguientes funciones:

- a) la dirección e impulso de las actividades de prevención de la utilización del sistema financiero o de empresas de otra naturaleza para el blanqueo de capitales
- b) colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad coordinando las actividades de investigación y prevención llevadas a cabo por los restan-

tes órganos de las Administraciones Públicas con competencias en la materia

- c) servir de cauce de colaboración en dicha materia entre la Administración Pública y las organizaciones representativas de las entidades financieras y demás empresas sujetas a la presente ley
- d) garantizar el más eficaz auxilio en estas materias a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial
- e) informar los proyectos de disposiciones que regulen aspectos relacionados con la presente ley
- f) elevar al Ministro de Economía y Hacienda las propuestas de sanción cuya adopción corresponda a éste o al Consejo de Ministros
- g) las demás funciones que le atribuyan las disposiciones legales vigentes

1.b). *La Comisión de Vigilancia de las Actividades de Financiación del Terrorismo*. Se trata de un órgano creado por el art. 9 de la ley 12/2003 que está adscrito al Ministerio del Interior y que tiene como brazo operativo de apoyo al SEPBLAC.

Al amparo del art. 2 de la ley 12/2003 se le atribuyen unas facultades ciertamente excepcionales:

- acordar el bloqueo de los saldos, cuentas y posiciones, incluidos los bienes depositados en cajas de seguridad, abiertas por personas o entidades vinculadas a organizaciones terroristas
- acordar la prohibición de la apertura de nuevas cuentas
- acordar el bloqueo del efectivo, valores y demás instrumentos provenientes de transacciones u operaciones financieras que el ordenante o el beneficiario, directamente o a través de persona interpuesta, hubiera realizado con motivo u ocasión de la perpetración de actividades terroristas o para contribuir a los fines u objetivos perseguidos por los grupos u organizaciones terroristas.

Estas medidas pueden ser adoptadas por un período de tiempo no superior a 6 meses, que podrá prolongarse con autorización judicial, salvo que se fundamenten en una disposición o resolución adoptadas por el órgano competente de la Unión Europea o de cualquier organización internacional de las que España sea parte, en cuyo caso la duración será la que se determine en dicha resolución.

Los recursos contra los acuerdos de la Comisión y las prórrogas de la vigencia de las medidas que aquella adopte son competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

2. *Marco jurídico regulador* de las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y de los efectos derivados de su incumplimiento.

2.a). *Obligaciones establecidas por la legislación de prevención del blanqueo de capitales*. Aparecen reguladas en el art. 3 de la ley y en los arts. 3 a 16 del Reglamento:

1ª. Identificación de los clientes (art. 3.1 de la ley). Se concreta a través de los siguientes parámetros:

- exigir la presentación de documento acreditativo al entablar relaciones de negocio o pretender la realización de operaciones
- recabar información para conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente y comprobar razonablemente la veracidad de dicha información
- recabar la información precisa para conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales se actúa cuando existan indicios o certeza de que el cliente no actúa por cuenta propia
- no es necesaria la obligación de identificación cuando los clientes sean instituciones financieras domiciliadas en el ámbito de la Unión Europea o en aquellos terceros Estados que determine la Comisión, y en los casos que se determinen reglamentariamente.²⁶

2ª. Examen de cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar vinculada al blanqueo de capitales, con especial atención a toda operación compleja, inusual o que no tenga un pro-

²⁶ El art. 4 del Reglamento exceptúa la obligación de identificación en los siguientes casos: operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas, salvo las transferencias en las que será preceptiva la identificación del ordenante y cuando se aprecie que los clientes fraccionan la operación en varias para eludir el deber de identificación; planes de pensiones o contratos de seguro de vida en las condiciones establecidas por los apartados b), c) y d) del art. 4.2 del referido Reglamento.

pósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen (art. 3.2 de la ley).²⁷

3ª. Conservación durante un período mínimo de 5 años de los documentos que acrediten la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos (art. 3.3 de la ley). El plazo de conservación se ha fijado en 6 años conforme al art. 6 del Reglamento.

4ª. Colaboración con el Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales facilitándole la información que éste requiera, y comunicándole por iniciativa propia cualquier operación en la que existan indicios o certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales, incluyendo las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes siempre que no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la ejecución de tales operaciones, así como aquellas que reglamentariamente se determinen (art. 3.4 de la ley).²⁸

²⁷ El art. 5.2 del Reglamento incluye como operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas al blanqueo de capitales: a) cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos; b) cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas o reciba múltiples ingresos en efectivo de la misma persona; c) los movimientos con origen o destino en cuentas ubicadas en territorios o países a que se refiere el art. 7.2.b); d) las transferencias que reciban o en las que intervengan en las que no se contenga la identidad del ordenante o el número de la cuenta origen de la transferencia; e) los tipos de operaciones complejas, inusuales o que no tengan un propósito económico o lícito aparente que establezca la Comisión.

La Instrucción de 10-12-99 relativa a Notarios y Registradores contiene una relación de actos y contratos que se consideran susceptibles de estar particularmente vinculados con el blanqueo de capitales de los que deben informar obligatoriamente al Servicio Ejecutivo, estableciendo para la correcta apreciación de estas operaciones dos criterios básicos: el de conocimiento del cliente (con especial atención a clientes no habituales o desconocidos) y el de la importancia económica de la operación, por encima de 5.000.000 pts. como regla general o de 50.000.000 pts. en algunos casos.

²⁸ Se establece la comunicación automática de tres tipos de operaciones (art. 7.2 del Reglamento):

- las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera, salvo que se produzcan en la cuenta de un cliente; no obstante, cuando los sujetos obligados ejerzan actividades de cambio de moneda o de gestión de transferencias deberán comunicarlas cuando su importe sea superior a 3.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- las operaciones con o de personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de éstas, en territorios o países designados a estos efectos mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda (paraísos fiscales), así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes cuando el importe sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera

No obstante, esta obligación de colaboración (en su doble vertiente de comunicación e información en los términos expuestos) tiene dos importantes limitaciones:

- el deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores conforme a la legislación vigente
- los notarios, abogados, procuradores, auditores, contables externos y asesores fiscales no están sujetos a tal obligación con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.

5ª. Abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en la letra a) del apartado 4 sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en dicho apartado (art. 3.5 de la ley). El deber de abstención se limita exclusivamente a las operaciones sospechosas en los términos previstos por el art. 7.1 del Reglamento, aunque cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de su ejecución.

6ª. No revelar ni al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo o que se está examinando alguna operación por si pudiera estar vinculada al blanqueo de capitales (art. 3.6 de la ley).

7ª. Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, cuya idoneidad será supervisada por el Servicio Ejecutivo, el cual podrá proponer las medidas correctoras

- cualesquiera otras que, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, se recojan en las disposiciones de aplicación del presente Reglamento.

No obstante, esta obligación de comunicación no será de aplicación cuando por tratarse de operaciones relativas a clientes habituales y respecto de los que los sujetos obligados conozcan suficientemente la licitud de sus actividades pueda descartarse su relación con el blanqueo de capitales (art.7.3 del Reglamento).

La Disposición transitoria única del Real Decreto 54/2005 establece la vigencia provisional de la lista de paraísos fiscales comprendida en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de Julio y en la Orden del Ministerio de Economía de 24-10-2000.

oportunas; en particular, los sujetos obligados establecerán una política expresa de admisión de clientes (art. 3.7 de la ley)

8ª. Adoptar las medidas oportunas para que los empleados de la entidad tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta ley, incluyendo planes de formación y cursos para empleados que les capaciten para detectar operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales y para conocer la manera de proceder en estos casos (art. 3.8 de la ley).

9ª. Declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos señalados en el art. 2.4 de esta ley (art. 3.9 de la ley)

2.b). *Responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco normativo de prevención del blanqueo.* Es obvio que el incumplimiento de las obligaciones que acabamos de mencionar genera responsabilidad en diferentes ámbitos: en el ámbito administrativo cuando se incumplen los deberes y obligaciones normativamente reconocidos en la legislación de prevención del blanqueo para los sujetos obligados y para los directivos o administradores de los mismos cuando la infracción sea debida a conducta dolosa o negligente; y en el ámbito penal cuando el incumplimiento de las obligaciones sea un elemento determinante en la construcción del delito de blanqueo de capitales, tanto en su forma dolosa como culposa (para los empleados, directivos y administradores).

La legislación de prevención del blanqueo articula un sistema sancionador en dos niveles: por una parte, para la entidad (persona jurídica) obligada y, por otra parte, para quienes ejerzan en ella cargos de administración o dirección cuando la infracción les sea imputable por su conducta dolosa o negligente. El régimen administrativo sancionador se regula en el capítulo II de la ley 19/93 y en el capítulo III del Reglamento que la desarrolla.

1. *Incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores.* A tenor del art. 12.1 de la ley corresponde en todo caso a la Secretaría de la Comisión.
2. *Imposición de sanciones (art. 12 de la ley).* Las competencias se diversifican en diferentes órganos según la naturaleza de la sanción:
 - el Consejo de Ministros para las infracciones muy graves a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda
 - el Ministro de Economía y Hacienda para las infracciones graves a propuesta de la Comisión

- el Presidente del Comité Permanente de la Comisión previo informe del Servicio Ejecutivo para las infracciones graves derivadas del incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado 9 del art. 3 de la ley

3. *Clases de infracciones.* A tenor del art. 5 de la ley se distinguen dos tipos de infracciones: graves y muy graves.

Se consideran infracciones muy graves:

- a) el incumplimiento de la obligación de confidencialidad prevista en el art. 3.6 de la ley.
- b) el incumplimiento del deber de comunicar aquellos supuestos específicos que reglamentariamente se determinen según lo previsto en el art. 3.4.a).
- c) el incumplimiento injustificado por el sujeto obligado del deber de comunicación previsto en el art. 3.4.a) cuando algún directivo o empleado de la entidad obligada hubiera puesto de manifiesto a los órganos de control interno de ésta la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales.
- d) la negativa o resistencia a proporcionar una información concreta solicitada por el Servicio Ejecutivo mediante requerimiento escrito según lo previsto en el art. 3.4.b).
- e) las tipificadas como graves, cuando durante los 5 años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito de los recogidos en el art. 344 bis h) o i) del Código Penal (la referencia debe entenderse a los delitos previstos en los arts. 301 a 304 del Código Penal vigente), o de encubrimiento o receptación en relación con las actividades enumeradas en el art. 1.1 de esta ley, o sancionado en resolución firme, al menos, por dos infracciones administrativas de las previstas en la presente ley.

Se consideran infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 del art. 3 de la ley, incluida la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo en el ejercicio de las labores de supervisión que legalmente le corresponden.

4. *Catálogo de sanciones.* Conforme al art. 8 de la ley, en los casos de infracciones graves, se pueden imponer las siguientes sanciones:

- a las entidades obligadas amonestación privada, amonestación pública y multa (con carácter obligatorio) por un mínimo de 6.000 euros y un máximo que puede alcanzar el 1 % de los recursos propios de la entidad, el tanto del contenido económico de la operación más un 50 % o 150.000 euros (la cifra mayor de las tres).
- a los que fueran responsables de la infracción por ejercer cargos de administración o dirección: multa entre 3.000 y 60.000 euros (con carácter obligatorio), suspensión temporal en el cargo por tiempo máximo de un año, amonestación pública y amonestación privada.
- a quienes incumplan las obligaciones de declarar el origen, tenencia y destino de los fondos en los casos previstos por el art. 3.9 de la ley se podrá imponer multa por un importe mínimo de 600 euros y hasta la mitad del contenido económico de los medios de pago empleados, que podrá llegar hasta el tanto cuando los medios de pago fueran hallados en lugar o situación que mostrase una clara intención de ocultarlos o no resulte debidamente acreditado su origen

Conforme al art. 9 de la ley, en los casos de infracciones muy graves, las sanciones a imponer son:

- a las entidades obligadas amonestación pública, multa (obligatoria) por un mínimo de 90.000 euros y un máximo que puede alcanzar el 5 % de los recursos propios de la entidad, el duplo del contenido económico de la operación o 1.500.000 euros (la cifra mayor de las tres), y la revocación de la autorización administrativa para operar.
- a los que fueran responsables de la infracción por ejercer cargos de administración o dirección: multa entre 60.000 y 600.000 euros (obligatoria), separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo máximo de 5 años, y separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad por un plazo máximo de 10 años.

Las sanciones pecuniarias o de multa (obligatorias en todos los casos) pueden imponerse simultáneamente con alguna de las restantes sanciones previstas, debiendo tenerse en cuenta para determinar la sanción aplicable las siguientes circunstancias:

2.c). *Concurso de procedimientos sancionadores*. Al amparo del art. 6 de la ley y en aplicación del principio “non bis in idem” no cabe apreciar con-

juntamente responsabilidad penal y administrativa cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Esta previsión es aplicable especialmente a los que ejerzan cargos de administración o dirección en la entidad obligada, cuando por su conducta dolosa o negligente se les impute alguna forma de participación en el delito de blanqueo de capitales, e incluso a la propia entidad obligada cuando en el procedimiento penal ostente la condición de tercero responsable y se soliciten para ella consecuencias accesorias conforme al art. 129 del Código Penal. No obstante, si el procedimiento penal se dirige exclusivamente contra un empleado, sin que la acción penal se dirija contra el sujeto obligado, sus directivos o administradores, la responsabilidad penal exigible a aquél y la responsabilidad administrativa exigible a éstos serán compatibles.

Cabe reseñar, por último, que la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de los hechos por si pudieran ser constitutivos de delito producirá la suspensión del expediente sancionador, y que los hechos declarados probados en el procedimiento penal deberán respetarse en el expediente administrativo.

3. *Marco jurídico regulador* de las obligaciones impuestas por la normativa de prevención de la financiación del terrorismo y de los efectos derivados de su incumplimiento.

3.a). *Obligaciones establecidas por la legislación de prevención de la financiación del terrorismo*. Además de la sujeción al cumplimiento de los deberes que impone la ley 19/93, las personas y entidades obligadas incluidas en el apartado 1 del art. 4 de la ley 12/2003 están sometidas específicamente a los siguientes deberes:

Impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, a excepción de aquéllos por los que afluyan nuevos fondos y recursos a cuentas bloqueadas.

Comunicar a la Comisión de Vigilancia cualquier tipo de ingreso que se pueda realizar a la cuenta bloqueada, sin perjuicio de realizar la operación.

Examinar con especial atención cualquier operación que, por su cuantía o por su naturaleza, pueda estar particularmente relacionada con la financiación de actividades terroristas.

Comunicar a la Comisión de Vigilancia, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto del que existan indicios racionales de que está relacionado con la financiación de actividades terroristas, así como cualquier solicitud o petición que reciban en la que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad vinculada a organizaciones terroristas o exista algún indicio racional de que esté relacionado con ellas, o respecto a las que la Comisión de Vigilancia haya adoptado alguna medida.

Facilitar a la citada comisión la información que ésta requiera para el ejercicio de sus competencias.

Abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en el párrafo d) de este apartado sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en aquel.

No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido información a la Comisión de Vigilancia con arreglo a lo dispuesto en los párrafos b), d) y e) anteriores, o que se está examinando alguna operación en los términos del párrafo c).

Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación, a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con personas y entidades vinculadas a organizaciones terroristas.

3.b). *Responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.* Respecto a los órganos que intervienen en el procedimiento sancionador, las competencias que en la legislación general de prevención del blanqueo se atribuyen a la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo pasan a asignarse a la propia Comisión de Vigilancia, mientras que el órgano competente para imponer las sanciones, sean cuales sean, es el Ministro del Interior.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en la ley 12/2003 será considerado siempre como infracción muy grave, con remisión en cuanto a las sanciones a imponer a lo dispuesto en el capítulo II de la ley 19/93.

Debe reseñarse, por último, que la sustanciación de un procedimiento penal con identidad de personas, hechos y fundamento respecto de las actuaciones administrativas desarrolladas al amparo de la ley 12/2003 obliga a remitir tales actuaciones al órgano jurisdiccional penal en cuestión, que será

el competente para resolver sobre la continuidad del bloqueo de saldos, cuentas, posiciones, efectivo, valores y demás instrumentos.

4. *El sistema de inteligencia financiera español: análisis del SEPBLAC*

El SEPBLAC es la denominación con la que se conoce en España a la Unidad de Inteligencia Financiera. Se trata de un organismo autónomo de naturaleza administrativo-policia, incardinado orgánicamente en el Banco de España, dependiente funcionalmente de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y, en la materia relativa a la financiación del terrorismo, de la Comisión de Vigilancia de las Actividades de Financiación del Terrorismo.

El SEPBLAC es la unidad de inteligencia financiera (FIU) o agencia nacional responsable de recibir, analizar y distribuir a las Autoridades competentes las informaciones financieras relacionadas con procedimientos criminales o requeridas por la legislación nacional para impedir el blanqueo de capitales. Los órganos equivalentes en otros países son, por ejemplo, FINCEN (U.S.A.), NCIS (Gran Bretaña), CTIF (Bélgica) y TRACFIN (Francia).

Para realizar con eficacia y coordinación sus funciones operativas y proceder en el marco de la cooperación internacional a un intercambio de la información financiera (mediante acuerdos bilaterales o protocolos de actuación entre tales organismos), se ha constituido un organismo internacional de carácter informal denominado Grupo EGMONT, estructurado internamente en cuatro grupos de trabajo: Legal, Tecnológico o de análisis, de Formación, y de Asistencia y Promoción de nuevas FIUs.

En el ejercicio de sus funciones, cuando reciben información sobre operaciones indiciariamente sospechosas incoan actuaciones previas, disponiendo para la práctica de sus indagaciones de una facultad ciertamente excepcional consistente en el acceso a toda la información financiera o bancaria y a sus soportes documentales sin necesidad de mandamiento judicial, incluyendo los datos, informes y antecedentes de la Administración Tributaria (art. 113.1.j) de la Ley General Tributaria).

Es el órgano operativo de apoyo de ambas Comisiones (la de Prevención del Blanqueo de Capitales y la de Vigilancia de las Actividades de la Financiación del Terrorismo), cuyas funciones se contemplan en el art. 15.2 de la ley 19/93:

- a) prestar el necesario auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes
- b) elevar a los órganos antes citados las actuaciones de las que se deriven indicios racionales de delito o de infracción administrativa
- c) recibir las comunicaciones y las informaciones previstas en el art. 3.4 de la ley
- d) analizar la información recibida y darle el cauce que en cada caso proceda
- e) ejecutar las órdenes y seguir las orientaciones dictadas por la Comisión, y elevarle los informes que solicite
- f) supervisar la idoneidad de los procedimientos y órganos a que se refiere el art. 3.7 de la ley y proponer las medidas correctoras correspondientes
- g) prestar la asistencia necesaria a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo para el adecuado ejercicio y desarrollo de sus funciones, ejecutar sus órdenes y orientaciones y velar por la aplicación de lo dispuesto en la ley reguladora de dicha Comisión de acuerdo con las instrucciones que reciba de ella
- h) las demás previstas en la ley o que le atribuyan las disposiciones legales vigentes

Con carácter general el art. 24.2 del Reglamento indica que el Servicio Ejecutivo desempeñará las actuaciones tendentes a la prevención e impedimento de la utilización del sistema financiero o de empresas o profesionales de otra naturaleza para el blanqueo de capitales, así como las funciones de investigación y prevención de las infracciones administrativas del régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

A tal fin se le adscriben dos Unidades policiales (art. 25 del Reglamento): la actual Brigada de Investigación de Delitos Monetarios (de la Dirección General de la Policía) y la Unidad de Investigación de la Guardia Civil, que además de colaborar con el Servicio Ejecutivo –del que dependen funcionalmente- ejercen funciones y facultades propias de la Policía Judicial.

V. El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas. Marco normativo nacional e internacional

Es de sobra conocido que uno de los pilares fundamentales de la política criminal contra el blanqueo se integra por los mecanismos de prevención, que se desarrollan esencialmente en sede administrativa, y que persiguen evitar el uso del sistema financiero para fines ilícitos y preservar su estabilidad. En este aspecto desempeñan un papel extraordinariamente importante las propias instituciones bancarias y financieras mediante la asunción de unos códigos éticos de conducta que garanticen la estabilidad del sistema y la cooperación para la erradicación de este criminal negocio.

Esta labor es responsabilidad de todos y no solo de los organismos e instituciones encargadas de la persecución de estos delitos, cuya función será ejercida con mayor o menor eficacia según cuales sean el grado de colaboración y los mecanismos de prevención que adopten las entidades financieras.

A este espíritu responden los principios establecidos en el Código de Conducta de Basilea aprobado en Diciembre de 1988, en el Informe del Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales (G.A.F.I.) aprobado en 1990 con 40 recomendaciones sobre la materia, y en la primera Directiva Comunitaria de 10-6-91²⁹.

La Recomendación nº 9 del GAFI ya sugería la posibilidad de aplicar sus recomendaciones al ejercicio de actividades financieras por empresas o pro-

²⁹ La Declaración de Basilea de 12-12-88, realizada por los representantes de los bancos centrales del Grupo de los Diez, contiene una declaración de principios sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, sin fuerza normativa, a modo de reglas deontológicas a las que se adhirieron las instituciones financieras españolas mediante acuerdo suscrito el 17-7-90 por la A.E.B.(Asociación Española de la Banca Privada) y la C.E.C.A.(Confederación Española de Cajas de Ahorro). Este documento se sintetiza en tres principios: 1) identificación de los clientes, 2) cumplimiento de las leyes y 3) cooperación con las Autoridades.

El Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales (G.A.F.I.) fue creado en Julio de 1989, y de su seno han surgido las 40 Recomendaciones aprobadas en Abril de 1990, revisadas en 1996 y 2003, que pese a carecer de fuerza ejecutiva, en la práctica es un documento importantísimo en la política criminal contra el blanqueo a nivel mundial. A estas hay que añadir las más recientes 8 Recomendaciones Especiales aprobadas en Octubre de 2001 para la lucha contra la financiación del terrorismo.

La Directiva Comunitaria, de indiscutible eficacia jurídica en el ámbito de la Unión Europea, aunque necesitada de transposición a través de normas internas, ha sido aplicada de manera satisfactoria habiendo sido incorporada a todas las legislaciones nacionales.

fesiones que no son instituciones financieras. La razón de ser de esta previsión era evidente.

Es cierto que una gran parte de las actividades u operaciones que se mencionan en el Anexo a la Recomendación nº 9 del GAFI habitualmente son ejecutadas y documentadas por profesionales independientes del derecho, en especial abogados y notarios. No es extraño, en consecuencia, que en desarrollo de esta Recomendación, en el ámbito comunitario europeo se haya avanzado considerablemente en la implantación a determinadas profesiones jurídicas de las obligaciones que actualmente se exigen a las instituciones financieras.

En este sentido, cabe recordar que el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Amsterdam los días 16 y 17 de Junio de 1997 destaca como orientación política nº 13 la importancia de fortalecer la transparencia de la Administración pública y de las empresas, y de evitar el uso de prácticas corruptas por parte de la delincuencia organizada, impidiendo la participación de estas organizaciones delictivas en procedimientos de contratación pública, recepción de subsidios o licencias gubernamentales. En este contexto se proponen una serie de medidas que las instituciones europeas deberían adoptar, entre las que cabe mencionar la necesidad de desarrollar normas destinadas a impedir que las profesiones liberales y otras profesiones particularmente expuestas a la influencia de la delincuencia organizada se vean envueltas en dichos delitos o sean explotadas por los delincuentes, siendo imprescindible para ello la colaboración activa de las organizaciones profesionales.

En particular, la recomendación nº 12 del citado Plan proclama que deberían formularse medidas para proteger a determinadas profesiones vulnerables de la influencia de la delincuencia organizada mediante LA ADOPCIÓN DE CODIGOS DE CONDUCTA, y entre ellas medidas legislativas que impidan que notarios, abogados, contables y auditores sean explotados o se vean implicados en la delincuencia organizada y aseguren que sus organismos profesionales están comprometidos en la creación y el fortalecimiento de dichos códigos de conducta a nivel europeo.

La revisión de las 40 Recomendaciones culminada en el pasado año 2003 ha permitido ya una ampliación de los sujetos obligados en la dirección emprendida por la normativa europea, al haberse incorporado nuevas categorías de actividades o profesiones no financieras a las que deben extenderse las medidas de prevención del lavado de activos: casinos; agentes de bienes

inmuebles; proveedores de servicios de trust (fideicomisos) y sociedades; abogados, notarios, contadores y otros profesionales jurídicos independientes; y comerciantes de metales y piedras preciosas.

La reciente detención en la provincia de Málaga de varios Notarios y Letrados pertenecientes a un conocido despacho de Abogados de Marbella en el marco de la operación “Ballena Blanca”, a los que se les ha imputado judicialmente la ejecución de actividades delictivas de blanqueo de capitales de origen criminal (narcotráfico y crímenes económicos relacionados con la corrupción), ha situado en el primer plano de la actualidad un problema de extraordinario interés jurídico y de indudable relevancia penal, cual es la frecuente utilización de los servicios de estos profesionales en acciones criminales de naturaleza socioeconómica, muy en particular en operaciones constitutivas de blanqueo de capitales, y la necesaria, y a la vez discutida, sujeción de determinadas profesiones del mundo del derecho a la normativa de prevención del blanqueo de dinero.

Para una mejor comprensión de las claves de esta cuestión, examinaremos a continuación el marco jurídico regulador europeo y nacional, las responsabilidades en que pueden incurrir aquellos profesionales jurídicos que incumplan el catálogo de obligaciones legalmente establecido y algunos casos judiciales en los que se ha apreciado la existencia de responsabilidad penal ante determinadas actuaciones de asistencia o asesoramiento.

1. *Marco jurídico europeo.* Está constituido por la 3ª Directiva de 26-10-2005 sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que ha sustituido a la 1ª Directiva 91/308/CEE de 10-6-91 y a la 2ª Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001. Si la primera Directiva sobre prevención del blanqueo en el sistema financiero limitó su aplicación a los delitos de narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada (ámbito objetivo), y a las entidades financieras (ámbito subjetivo), la segunda Directiva ha introducido dos importantísimas novedades en el contexto jurídico-preventivo del blanqueo de capitales: por una parte, ha ampliado definitivamente el concepto de delito antecedente y, por otra parte, ha extendido el ámbito de los sujetos obligados. Mientras que la tercera Directiva....

Así, el art.1 define como “actividad delictiva” cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, considerando delitos graves, como mínimo, los siguientes:

- cualquiera de los delitos contemplados en el art. 3.1.a) de la Convención de Viena (delitos de tráfico ilegal de drogas).
- las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI³⁰.
- el fraude según se define en los arts. 1.1 y 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves.
- la corrupción
- los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el derecho penal del Estado miembro

El nuevo art. 2 bis incluye también como sujetos obligados, además de entidades de crédito e instituciones financieras, a auditores, contables externos, asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, comerciantes de bienes de valor como piedras o metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15.000 euros, casinos, y NOTARIOS Y OTROS PROFESIONALES INDEPENDIENTES DEL DERECHO CUANDO PARTICIPEN:

- a) ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:
 - i) La compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales
 - ii) La gestión de fondos, valores o activos pertenecientes al cliente
 - iii) La apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores
 - iv) La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas.

³⁰ El art. 1 de la Acción Común de 21-12-98 define la organización delictiva como la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada, con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aun más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

- v) La creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas
- b) ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

La ampliación del campo de los sujetos obligados ha resultado especialmente difícil y discutida en el caso de los profesiones jurídicas, en particular LOS DESPACHOS DE ABOGADOS, por la existencia de una obligación legal de reserva o secreto profesional en las relaciones con los clientes, secreto profesional protegido constitucionalmente y legalmente en todos los ordenamientos jurídicos³¹.

Quizás por ello la 2ª Directiva 2001/97/CE y la 3ª actualmente vigente incide en la necesidad de deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en pleitos de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial como la intermediación financiera, para concluir que en este último caso deberían aplicarse plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo.

El art. 6 de la 2ª Directiva, que es el eje central de la reforma en lo que atañe a las profesiones jurídicas, establece los siguientes principios:

1. Los Estados miembros impondrán la obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, y de facilitarles la información necesaria con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.
2. Los Estados miembros no estarán obligados a imponer tales obligaciones a los profesionales del ámbito jurídico (notarios, profesionales independientes del derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales) con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

³¹ A título de ejemplo, cabe señalar que en la legislación española la protección del secreto profesional del abogado en la relación con su cliente en el marco de un proceso penal es tan absoluta que únicamente puede ser objeto de restricciones con autorización judicial y respecto a internos en centros penitenciarios por delitos de terrorismo.

Los Estados miembros podrán autorizar, en el caso de los notarios y otros profesionales independientes del derecho, que la transmisión de información se realice a través del organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate, estableciéndose en tal caso las formas apropiadas de cooperación entre dicho organismo y las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.

La revelación de buena fe de las informaciones no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona, entidad o institución, sus directivos o empleados (art. 9).

No obstante, debe indicarse que está siendo objeto de discusión en las instituciones europeas la propuesta de una tercera Directiva que extiende la normativa de prevención tanto al blanqueo de capitales como a la financiación del terrorismo.

2. *Marco jurídico nacional.* Es obvio reconocer que algún sector profesional, en particular los colegios de abogados, no han aceptado de buen grado su inclusión como sujetos obligados en el campo de aplicación de la nueva Directiva, pues consideran que toda actividad de identificación de un cliente para proporcionar información a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo es contraria a los principios esenciales del ejercicio libre de la abogacía, e incompatible con la reserva que debe imperar en su relación con los clientes.

La resistencia a esta modificación es particularmente perceptible en los grandes despachos de abogados, con un peso específico indudable en los colegios profesionales, pues desarrollan una intensa y lucrativa actividad profesional en el campo del asesoramiento e intermediación financiera, incluso mediante la inmediata disponibilidad de sociedades instrumentales o de estantería generalmente domiciliadas en jurisdicciones escasamente cooperantes o paraísos fiscales.

Creo, pues, en síntesis que desde los colectivos de abogados y procuradores se está invocando, con la finalidad de evitar su incorporación como sujetos obligados y la consecuente aplicación de las medidas de prevención del

lavado de activos, una concepción del secreto profesional fuera de contexto e incompatible con su propio contenido legal³².

Por el contrario, la situación de Notarios y Registradores es desde hace unos años radicalmente distinta, seguramente por su condición de funcionarios públicos en algunas legislaciones. En el derecho español la Instrucción de 10-12-99 del Ministerio de Justicia sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales contiene una relación exhaustiva y detallada de actos y contratos que se consideran susceptibles de estar particularmente vinculados con el blanqueo de capitales de los que deben informar obligatoriamente al SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales), estableciendo para la correcta apreciación de estas operaciones dos criterios básicos:

- el conocimiento del cliente (con especial atención a clientes no habituales o desconocidos) y
- la importancia económica de la operación: 5.000.000 pts. (30.000 euros) como regla general o 50.000.000 pts. (300.000 euros) en algunos casos

En cumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2001/97/CE, la ley 19/2003 de 4 de Julio ha modificado la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales para incluir como sujetos obligados, en el art. 2.2 de la ley 19/93 de prevención del blanqueo, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente las siguientes actividades profesionales o empresariales:

- los casinos de juego
- las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles
- las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales
- los notarios, abogados y procuradores quedarán igualmente sujetos cuando:

³² En el ordenamiento jurídico español, el secreto profesional del Abogado, que está expresamente reconocido por el art. 24 de la Constitución está integrado ni más ni menos que por la dispensa o exención de denunciar y de declarar sobre hechos que les confien sus clientes como defensores (arts. 263 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respectivamente).

1º. Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorro o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento y la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (trust), sociedades o estructuras análogas, o

2º. Actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

- las demás que, atendiendo a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, al emplazamiento de los establecimientos o a otras circunstancias relevantes, se determinen reglamentariamente³³.

Todos estos colectivos profesionales están sujetos, a partir de la entrada en vigor de la ley, a las medidas de prevención establecidas para las entidades financieras de conformidad con lo establecido en los arts. 2.2 y 16 del Reglamento modificados por Real Decreto 54/2005 de 22 de Enero, y en particular a las siguientes:

1. Identificación de los clientes (art. 3.1 de la ley y 16.1.a) del Reglamento):

- exigir la presentación de documento acreditativo al entablar relaciones de negocio o pretender la realización de operaciones.

³³ Los arts. 2 de la Ley 19/93 de 28-12 sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales y de su Reglamento de 9-6-95 ya habían extendido el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo no solo las instituciones financieras tradicionales, sino también las personas físicas o jurídicas dedicadas a la actividad de cambio de moneda, y aquellas otras que ejerzan actividades profesionales o empresariales en las que sea habitual la utilización de billetes o títulos al portador tales como casinos de juego, inmobiliarias, comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, e inversión filatélica y numismática(art. 2.2 del Reglamento). Entre los profesionales que están obligados a informar se encuentran los Notarios, y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles(arts. 16.1 de la ley y 27 del reglamento) respecto a los contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales, habiéndose dictado para los mismos la Instrucción de 10-12-99 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales(B.O.E. de 29-12-99).

- recabar información para conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente y comprobar razonablemente la veracidad de dicha información
 - recabar la información precisa para conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales se actúa cuando existan indicios o certeza de que el cliente no actúa por cuenta propia
2. Examinar cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar vinculada al blanqueo de capitales, con especial atención a toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen (art. 3.2 de la ley y 16.1.b) del Reglamento).
 3. Colaborar con el Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales facilitándole la información que éste requiera, y comunicándole por iniciativa propia cualquier operación en la que existan indicios o certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales, incluyendo las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes siempre que no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la ejecución de tales operaciones, así como aquellas que reglamentariamente se determinen (art. 3.4 de la ley y 16.1.b) del Reglamento).

No obstante, esta obligación de colaboración (en su doble vertiente de comunicación e información en los términos expuestos) tiene dos importantes limitaciones contempladas en los arts. 3.4 de la ley y 16.2 del Reglamento:

- el deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores
- los notarios, abogados, procuradores, auditores, contables externos y asesores fiscales no están sujetos a tal obligación con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.

4. Conservar los documentos acreditativos de las operaciones y las copias de los documentos identificativos de las personas durante un período mínimo de 6 años (arts. 3.3 de la ley y 16.1.c) del Reglamento).

En cuanto a la obligación de “reporting sistemático” de determinadas operaciones (art. 3.4.a) pfo. 2º de la ley), la ausencia de desarrollo reglamentario de la misma impide, dados los términos empleados por el art. 16.1.b) pfo. 4º del Reglamento, su aplicación a los profesionales jurídicos y demás categorías de sujetos obligados incluidos en el art. 2.2 del Reglamento³⁴.

Finalmente la nueva legislación no diseña ningún organismo autorregulador con competencias para la transmisión y comunicación de las informaciones procedentes de las profesiones jurídicas. Los colegios profesionales en el caso de los abogados y procuradores no han aceptado desempeñar esa misión, hasta el punto de que el art. 16.1.b) del Reglamento prescribe expresamente que los abogados y procuradores comunicarán directamente (sin órganos intermediarios) al Servicio Ejecutivo cualquier hecho u operación relacionado con el blanqueo de capitales.

En todo caso, no es ocioso recordar de nuevo que todos estos profesionales del mundo jurídico cuando desempeñan funciones de asesoramiento económico o financiero en los términos señalados por el art. 2 bis de la Directiva o por el art. 2.2.d) de la ley 19/93 (según redacción dada por ley 19/2003), únicamente están exentos de la obligación de colaborar con la Unidad de Información Financiera respecto a las obligaciones establecidas

³⁴ Se establece la comunicación automática de tres tipos de operaciones (art. 7.2 del Reglamento):

- las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente, por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera (el límite se reduce a 3.000 euros cuando se trata de personas físicas o jurídicas que ejerzan la actividad de cambio de moneda o de gestión de transferencias).
- las operaciones con o de personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de éstas, en territorios o países designados a estos efectos mediante orden del Ministro de Economía y Hacienda (paraísos fiscales), así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes, siempre que el importe sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- cualesquiera otras operaciones que, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, se recojan en las disposiciones de aplicación del presente Reglamento.

No obstante, esta obligación de comunicación no será de aplicación cuando por tratarse de operaciones relativas a clientes habituales y respecto de los que los sujetos obligados conozcan suficientemente la licitud de sus actividades pueda descartarse su relación con el blanqueo de capitales.

en el art. 3.4 de la ley (en su doble vertiente de comunicación de operaciones y de facilitación de información que se les requiera) cuando la relación con el cliente se desarrolle en el marco de un procedimiento o con miras al mismo para defenderle o determinar su posición jurídica.

El resto de las obligaciones no contemplan excepciones en cuanto a su cumplimiento, y en consecuencia, aun tratándose de actuaciones profesionales que posteriormente le permitan invocar el secreto profesional o que se realicen para determinar la posición jurídica o defender al cliente en un procedimiento, deberán cumplir inexcusablemente las restantes obligaciones contenidas en la legislación de prevención del blanqueo (identificación del cliente, conservación de documentos, examen especial de operaciones sospechosas, etc.).

La responsabilidad penal podrá generarse en aquellos casos en los que el profesional del mundo jurídico infringe de manera intencionada su posición de garante, permitiendo con su conducta la comisión del delito de blanqueo de capitales, es decir, cuando pueda afirmarse que su actuación ha sido necesaria e imprescindible para la ejecución de todos o alguno de los actos que son constitutivos de blanqueo de capitales: adquisición, conversión, transmisión, ocultación o encubrimiento de bienes de origen ilícito, realización de cualesquiera actos con el fin de ocultar o encubrir ese ilícito origen o de ayudar al responsable a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (art. 301 del Código Penal).

3. *Algunos casos judiciales.* La experiencia judicial nos ofrece diferentes ejemplos de actividades de asesoramiento e intermediación de Abogados que exceden del simple asesoramiento jurídico-legal prestado con ocasión de un procedimiento, que revisten manifiestamente los perfiles del tipo penal del blanqueo de capitales y que nunca pueden quedar amparadas por el secreto profesional. Veamos algunos de los casos ya sentenciados en los que he tenido el privilegio de intervenir en representación del Ministerio Público:

a) *La sentencia de 1-6-99* dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 condenó a tres Abogados, dos de ellos como autores de un delito imprudente de blanqueo (art. 301.3) y un tercero como autor de un delito doloso de blanqueo, en ambos casos referido a dinero cuyo origen era la actividad de tráfico ilegal de drogas.

En los dos primeros casos el Tribunal consideró compatibles la actividad delictiva que se les imputaba con el desempeño simultáneo de tareas profesionales en interés del cliente de quien recibían el dinero: las ilícitas operaciones consistían en la recepción de elevadas cantidades de dinero en metálico de manos de su cliente, el ingreso de las mismas en cuentas bancarias de ellos, la obtención de cheques nominativos en dólares a nombre de personas desconocidas, y finalmente la entrega de estos cheques al cliente, cobrando por tales menesteres una comisión de 2,5 ptas. por dólar (el total del dinero manejado por ellos ascendió a unos 250 millones de ptas., equivalente a 1.500.000 euros); el Tribunal rechazó igualmente que el cobro de comisiones por participar en tales operaciones pudiera imputarse al débito de honorarios por el cliente.

Es cierto que al resolver la casación el Tribunal Supremo estimó el recurso adoptando un pronunciamiento absolutorio, pero debe precisarse que la STS de 4-1-2002 incurre en un manifiesto “error iuris”, pues la razón de la absolución fue la atipicidad de la conducta culposa, cuando en realidad en la época de comisión de los hechos ya se definía en el art. 344 bis h) del Código Penal de 1973 el blanqueo por negligencia o ignorancia inexcusable.

En el tercer caso que en esencia consistió en posibilitar la recuperación de un dinero consciente de que su origen era el narcotráfico, para un cliente cuya identidad ocultó el Letrado en cuestión, el Tribunal establece dos importantes conclusiones a estos efectos:

- 1ª.- Su actuación no queda amparada por el ejercicio de la profesión de abogado, dada la irregularidad y anormalidad de esa concreta relación del abogado con el cliente anónimo.
- 2ª.- No se trata de la actuación ordinaria de un abogado en defensa de los intereses encomendados por un cliente, porque no existe en este caso una relación de asesoramiento legal o defensa legal propia de la de un abogado con su cliente.

b) *La sentencia de 31-01-02* dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) dictada en el procedimiento abreviado 52/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 condenó como autor de un delito doloso de blanqueo de capitales a un Abogado que en beneficio de unos clientes, con los que había mantenido relaciones de asesoramiento jurídico en algunos procedimientos judiciales, constituyó una sociedad instrumental que sirvió para el traspaso de una finca rústica de alto valor a uno de sus clien-

tes, y recibió dinero y cheques de éstos para aplicarlos al pago de una hipoteca de los clientes.

Las acciones concretas que determinaron la condena del Abogado, todas ellas relacionadas con el ejercicio de su profesión fueron las siguientes:

1. Materializó una forma jurídico mercantil, aparentemente legal, y llevó a cabo toda una sucesión de actos jurídicos y disposiciones patrimoniales a favor de dos clientes (vinculados con el narcotráfico), propios y específicos de actividades de blanqueo para ocultar la verdadera realidad de dos sociedades, a fin de encubrir a los verdaderos titulares de las propiedades que figuraban a nombre de estas dos sociedades.
2. Intervino en la constitución de sociedades pantalla, sin actividad mercantil justificativa del volumen de dinero que dispuso, que en un breve espacio de tiempo sólo sirvieron para la transmisión y adquisición de un inmueble de altísimo valor, y ocultar la real titularidad de este patrimonio inmobiliario.
3. Procedió a la cancelación de un préstamo hipotecario en beneficio de sus clientes con fondos que éstos le entregaron en efectivo y para disimular su origen los ingresó en unas cuentas internas de una sucursal bancaria, como si fueran provisiones de fondos procedentes de clientes legales.

c) *La sentencia de 31-01-03* dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª), dictada en el procedimiento abreviado 207/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, consideró como autor de un delito doloso de blanqueo a un Abogado que intermedió y asesoró a unos clientes en una operación de compraventa de acciones de una sociedad, elaborando los documentos de la operación y facilitando unas cuentas de su titularidad en una entidad bancaria “off shore” para el pago del dinero de la compraventa (en importe que era muy superior a la cantidad declarada en la escritura pública) con el objetivo de poder ocultar la realidad económica de la operación y evitar la necesidad de justificar legalmente la importante cantidad de dinero que se pagó al margen de la documentación oficial del hecho jurídico.

En los tres casos, de características muy parecidas, las conductas que realizaron los Abogados encajan perfectamente en las acciones que describe tanto el art. 2 bis de la Directiva como el art. 2.2.d) de la ley 19/93, e igualmente en los tres supuestos los Abogados mantenían una relación estable de asesoramiento jurídico con los clientes más allá de las concretas actividades

que permitieron su condena al ser calificadas como delictivas. La utilización del secreto profesional para justificar la legalidad de conductas manifiestamente delictivas y la negativa a proporcionar información a la justicia quedó relegada a un segundo plano, pues por su condición de imputados o acusados en los procedimientos penales tal actitud es amparada por sus derechos constitucionales (derecho a no declarar, a no confesarse culpable, etc.)

La situación es diferente cuando comparecen en el proceso penal en calidad de testigos, pues en este caso sí tiene fundamento la alegación del secreto profesional para ser eximidos de declarar pero en los estrictos términos que hemos comentado con anterioridad (respecto a la información que le confien los clientes en el marco del procedimiento). En los restantes casos, los profesionales del mundo jurídico están obligados a colaborar con la justicia en la investigación de los hechos delictivos cuando son requeridos para ello.

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES EN LOS PROCESOS PENALES RELATIVOS AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

ESPECIALIDADES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL, UTILIZACIÓN, GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN, CONSERVACIÓN Y ENAJENACIÓN DE LOS BIENES PROCEDENTES DE LAS ACTIVIDADES DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y BLANQUEO DE CAPITALES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. NUEVAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO *

Sumario

1. Algunas ideas generales. 2. Singularidades del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas. 3. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos ante de la firmeza de la sentencia. 4. La administración judicial de bienes y empresas. 5. Destino de los bienes, efectos e instrumentos de procedencia ilícita ocupados al procesado o inculcado fallecido o en situación de rebeldía sin ser enjuiciado. 6. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. 7. La cooperación internacional en la materia. 8. Nuevas propuestas legislativas.

1. Algunas ideas generales

Los delitos contra la salud pública en las modalidades previstas por los artículos 368 y siguientes del Código Penal vigente, aprobado por ley orgánica 10/95 de 23 de Noviembre, son infracciones en las que el bien jurídico objeto de protección no es individual sino colectivo. Es decir, no se protege la salud individual sino la salud pública en general, un bien jurídico susceptible de ser catalogado como interés difuso, de manera que salvo en aquellos supuestos verdaderamente excepcionales en los que por la ingestión de drogas se haya producido la lesión o la muerte de una persona, en la generali-

* Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

dad de los casos no existen perjudicados directos por estos delitos, siendo la propia sociedad la que adquiere tal consideración.

En palabras de la Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1992, puede decirse que la razón que justifica la intervención del derecho penal en la tutela de la salud pública, no es la defensa de la salud individual –nadie en el ámbito de la ciencia penal postula que ésta sea el objeto de protección de estos delitos- sino la convicción de que se trata de un mal social cuya propagación debe evitarse por ser generadora de la invalidez de los sujetos afectados, amén de ser un factor criminógeno de capital importancia.

Otro tanto puede decirse de los delitos de blanqueo de capitales, en particular cuando su origen sea el tráfico ilegal de drogas, que es el que aquí nos interesa, que se encuentran regulados en el título denominado “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, y en los que parece obvio que el bien jurídico protegido es el orden socioeconómico, un bien jurídico del que vuelve a ser titular la propia sociedad. La incriminación de estas conductas tiene mucho que ver, hoy en día, con el problema de la delincuencia organizada y con los serios peligros que su propia existencia, su crecimiento y consolidación representan para la sociedad en la que vivimos y para sus estructuras políticas, sociales, económicas y culturales.¹

La idea central que debe servir para el adecuado enfoque de este problema es que existen miles y miles de víctimas afectadas por estas actividades delictivas, y que ante esa situación de “*socialización del daño*” es necesario y prioritario responder con la “*socialización del beneficio*” obtenido con la producción de ese daño, de modo y manera que todos aquellos productos y ganancias procedentes del crimen reviertan a favor de quienes son víctimas impersonales y anónimas de esas actividades delictivas. Es, sin duda, una idea novedosa pero que responde a una tendencia cada vez más asumida en

¹ Las advertencias en este sentido se encuentran fielmente reflejadas en los textos jurídicos internacionales, en particular en los respectivos Preámbulos de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos aprobada en Viena el 20-12-88 y de la Directiva de las Comunidades Europeas 91/308 /CEE de 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero contra el blanqueo de capitales.

Existe unanimidad en la doctrina al señalar que el blanqueo de dinero es una actividad esencial de las organizaciones criminales que facilita la consolidación y la ampliación de sus actividades ilícitas, y que la presencia de ingentes flujos económicos de origen criminal tiene un efecto contaminante para el sistema financiero en su conjunto. Para un análisis más detallado de esta cuestión, cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, en Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Editorial Comares, Granada 1998, págs. 1417 y ss.; y mismo autor, en “*Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada*”, curso sobre “Delitos contra la salud pública en materia de drogas”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 1999, págs. 31 y ss..

el derecho comparado: la lucha contra la droga debe ser financiada en la mayor medida posible con los beneficios y ganancias derivados de la actividad de tráfico ilegal de drogas y de otras actividades con ella relacionadas.

Parece, por tanto, que en estas infracciones delictivas el componente patrimonial tiene una importancia enorme. Todos sabemos que son actividades criminales muy rentables y lucrativas. En consecuencia, si una de las finalidades de toda investigación penal es la búsqueda, incautación y decomiso de los efectos y objetos del delito, en aquellas infracciones delictivas que permiten la obtención de incalculables beneficios el cumplimiento de ese objetivo patrimonial es tanto o más importante y efectivo que la imposición de la pena, y aun siendo una consecuencia jurídica accesoria posee una considerable eficacia a los fines de prevención general.

Es tal la importancia que revisten estas cuestiones en la lucha contra el entramado económico de las organizaciones criminales, en particular las que se dedican al narcotráfico y al blanqueo de capitales, que todos los tratados internacionales actualmente vigentes regulan con detalle los aspectos concernientes al decomiso o confiscación de bienes, y a las medidas cautelares provisionales que le preceden.

Así, la Convención de Viena de 20-12-88 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas establece en su art. 5 numerosas reglas y disposiciones sobre el contenido material del comiso –incluyendo el de bienes de valor equivalente, el de las ganancias o beneficios cualesquiera que sean las transformaciones realizadas, y el de bienes mezclados con otros de origen lícito–, y consagra principios tan importantes como la prohibición de invocar el secreto bancario frente a las órdenes de presentación e incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales dictadas por las Autoridades nacionales, y dirigidas a facilitar el decomiso de los productos de origen ilícito (art. 5.3), prohibición que se extiende a los casos de asistencia judicial solicitada por otro Estado (art. 7.5), considerando que en ambos casos las citadas normas convencionales constituyen fundamento legal suficiente para prestarse la más amplia asistencia jurídica en estas materias.

En el mismo sentido, el Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito contiene reglas muy precisas sobre esta materia. En el terreno de las medidas provisionales, establece la obligación de adoptar las medidas necesarias, como el bloqueo o el embargo de bienes, cuando exista una solicitud de otra Parte, bien sea de confiscación, bien sea porque se haya iniciado un procedimiento

con fines de confiscación (arts. 11 y 12). En cuanto a la confiscación o comiso definitivo, el art. 13 establece la obligación de confiscar los instrumentos o productos situados en su territorio cuando una Parte reciba de otra Parte una orden de confiscación dictada por un tribunal de la Parte solicitante, incluso cuando la confiscación consista en un requerimiento de pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del producto. A tenor del art. 15 la disposición de los bienes confiscados se ajustará a la legislación nacional de la Parte requerida, salvo que las Partes interesadas acuerden otra cosa, fórmula esta que legitima a los Estados de la Unión Europea para repartirse caso por caso el dinero o los bienes confiscados con arreglo a los acuerdos específicos que formalicen en cada supuesto.

Con idéntica sistemática y contenido, el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (texto de Julio del 2000) dedica tres artículos a esta materia: el art. 7 regula el embargo y decomiso de bienes, el art. 7 bis la cooperación internacional a los fines del decomiso de bienes, y el art. 7 ter las reglas de disposición de los haberes confiscados. Quizás lo más destacable es que en las solicitudes de decomiso de bienes procedentes de otro Estado, la Parte requerida debe tomar en consideración prioritariamente la restitución de los haberes confiscados al Estado requirente, para que este último pueda indemnizar a la víctimas de la infracción o restituirlos a sus propietarios legítimos (art. 7 ter.2), así como la adopción de acuerdos que permitan destinar parte del valor del producto o de los bienes a los organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la criminalidad organizada (art. 7 ter.3.a), o repartir con otros Estados, sistemáticamente o caso por caso, el producto o los bienes (art. 7 ter 3.b).

2. Singularidades del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas

El art. 374 del Código Penal, que ha heredado en su integridad el art. 344 bis e) tal y como fue redactado por la ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre, contiene dos reglas básicas a los efectos que nos ocupan:

- los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisional-

mente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.2).²

- los bienes decomisados definitivamente por sentencia se adjudicarán al Estado (art. 374.3).³

La obligada consecuencia de la adjudicación directa al Estado de los bienes decomisados, en el amplio concepto de bienes reconocido por el art. 1-q) de la Convención de Viena de 1988, es la imposibilidad de aplicar tales bienes y el producto que se obtenga con su venta a cubrir las responsabilidades del penado. Estas, multa incluida, deberán ser satisfechas con bienes embargados por su presunta pertenencia al inculpado o procesado que no tengan una procedencia ilícita y que no hayan sido empleados para cometer el delito, es decir, con bienes que no sean susceptibles de decomiso.

En la misma línea, el art. 378 del Código Penal⁴ –antes el art. 344 bis k) del Código derogado- consagra un orden especial de prelación para la satisfacción de las responsabilidades civiles al disponer que el pago de la multa es preferente a las costas procesales. Esta modificación pretende evitar que los bienes embargados vuelvan a sus propietarios al amparo de elevadísimas minutas que presentaban los abogados defensores, una situación a todas

² La ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de represión del contrabando incluye una regla similar declarando en el art. 6.3 que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando. En idénticos términos, añadiendo el destino a labores de prevención y rehabilitación de toxicómanos –que en nuestro derecho es contemplado en una legislación específica- se pronuncia el art. 84.5º y 6º de la ley italiana de Estupefacientes de 22-12-75, reformada por ley de 26-6-90.

Resulta obvio decir, frente a la extravagante opinión de algún autor que ha llegado a insinuar la posibilidad de que la policía pudiera utilizar con autorización judicial las drogas y los precursores a los efectos señalados, que sólo los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio pueden ser utilizados a estos fines, pues el destino inmediato de los géneros de ilícito comercio no es otro que su inutilización y destrucción al amparo de los artículos 127 del Código Penal, 338 pfo. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 2-4º-B del Real Decreto 2783/1976 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción.

³ La adjudicación al Estado está prevista igualmente en el art. 5-3 de la vigente ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de represión del contrabando.

⁴ El art. 378 dice textualmente: “Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente:

1º. A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.

2º. A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.

3º. A la multa.

4º. A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.

5º. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

luces injusta que se producía con inusitada frecuencia en esta clase de procedimientos.⁵

Queda, por último, recordar que el comiso, tanto en su antigua concepción de pena accesoria como en la actual de consecuencia jurídica accesoria, conforme a un consolidado criterio jurisprudencial⁶ sólo puede ser impuesto en sentencia, con estricta sujeción al principio acusatorio y sustentada en los siguientes parámetros:

- Al no ser una pena de forzosa imposición pues cabe no decretarla cuando los bienes, efectos o instrumentos pertenezcan a tercero de buena fe no responsable del delito o cuando –como expresamente indica el art. 127- siendo de lícito comercio no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal o pueda serlo parcialmente, su aplicación sólo es posible con contradicción y con el sometimiento expreso de la misma a debate en el juicio oral (SSTS de 12-11-92 y 29-11-95).
- No basta la petición genérica o solicitar simplemente el comiso sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide, sino que es necesaria la individualización por la acusación de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias cuyo comiso se interesa al amparo del art. 374 o, en su caso, 127 del Código Penal (SSTS. de 12-11-92, 28-10-93 y 29-11-95).
- Sólo puede ser acordado por el Tribunal si así lo piden el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras (SSTS. de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93 y 29-11-95), a excepción, claro está, de los géneros prohibidos o de ilícito comercio referidos en el precepto que serán decomisados en todo caso para su destrucción o inutilización.

⁵ Carecen de fundamento las críticas vertidas por algunos autores que entienden que la adjudicación al Estado y la preferencia de la multa frente a las costas procesales demuestran la falta de interés en la protección de las víctimas, cfr. QUERALT, Joan J., “*La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, año III, n° 96, y SERRANO GOMEZ, Alfonso, Tratado de Derecho Penal-Parte Especial, Madrid 1993, pag. 1086. Nada más lejos de la realidad. Salvo contadísimas excepciones, en estos procesos penales ni existen víctimas, ni perjudicados, ni indemnizaciones. Y en el supuesto de que existan, las indemnizaciones siempre serán satisfechas antes que las multas al disponerlo expresamente el art. 378.1° del Código Penal.

⁶ La STC 123/95 de 18 de Julio, en recurso de amparo promovido contra un auto de una Audiencia Provincial que, con posterioridad a la sentencia, en fase de ejecución acordó el comiso de unos determinados bienes y de una cantidad de dinero, lo otorgó declarando la nulidad de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y estimando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por infracción del principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el art. 24.1 de la Constitución. En el mismo sentido se pronuncia la STC de 20-1-97.

- Es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito en los términos del art. 374 y que el Tribunal lo declare probado y lo haga constar así en la sentencia (SSTS. de 22-3-95 y 30-10-95).

Quiere esto decir que *el Ministerio Fiscal debe desplegar todo su celo y competencia para cumplir adecuadamente una de las funciones esenciales de la investigación penal cual es la incautación y decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, en particular cuando se trate de actividades criminales especialmente lucrativas, y que para ello es absolutamente imprescindible que en su escrito de acusación se solicite expresamente como consecuencia accesoria y se identifiquen individualmente los bienes susceptibles de comiso*, algo que no se está produciendo en estos momentos con la frecuencia que sería deseable. La satisfacción de las multas y de las responsabilidades civiles, en el comiso genérico regulado por el art. 127 del Código, y su asignación al Estado para los fines previstos por la ley 36/95, en el comiso específico previsto por el art. 374 del Código, dependen en gran medida de la diligencia que observen los funcionarios del Ministerio Público sobre estos particulares.

Si a ello añadimos la importancia que están adquiriendo las investigaciones patrimoniales y las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico, blanqueo, corrupción, etc., es fácil comprender la urgencia en remediar esta situación y, consecuentemente, la necesidad de que la Fiscalía General del Estado dicte una *Instrucción que garantice la unidad de actuación del Ministerio Público sobre esta materia en una doble dirección: una mayor eficacia en la indagación, incautación provisional y decomiso de los bienes que deben sujetarse a tales medidas, y un control más efectivo sobre la ejecución y destino de esos bienes.*

3. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes in-

muebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.), y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso. Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el art. 374 genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos está constituida por el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.⁷

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y

⁷ El art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama literalmente:

“Los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Sin embargo, podrá decretarse la destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueren hallados los efectos cuya destrucción se pretende. Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez Instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente.

En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiere tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuera imposible después de la destrucción.

Si los objetos no pudieren, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente para conservarlos del mejor modo posible y, si fuesen perecederos, podrá ordenar su venta con las garantías que procedan, atendiendo su valor y depositando su importe a resultas de la causa”.

restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación. Así, el art. 5 del Real Decreto 2783/76 autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen perecederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también la autoriza cuando los objetos fueren perecederos. En la misma dirección, el art. 7.1.b) de la ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de Represión del Contrabando regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos “cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor”.

Así pues, la enajenación de los bienes, efectos e instrumentos relacionados con el delito está prevista legalmente en los siguientes casos:

- depreciación notable o disminución importante del valor de los bienes
- riesgo de deterioro por tratarse de objetos perecederos
- peligrosidad intrínseca de las cosas

Queda por determinar si también es posible su enajenación en los casos en que su conservación sea extremadamente costosa o gravosa, como sucede en algunos procedimientos civiles (v.g. en los trámites del juicio de abintestato-art. 1030 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La respuesta debe ser afirmativa, pues la gravosidad de la conservación derivada de los gastos generados por su custodia es uno de los factores a tener en cuenta, junto al menoscabo o deterioro del bien, para estimar su depreciación económica.⁸

4. La administración judicial de bienes y empresas

En cuanto a la administración judicial de bienes o empresas, además de estar prevista por el art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en rela-

⁸ CONTRERAS CEREZO, Pablo, en “*Problemas prácticos y resultados que se aprecian en la lucha contra el tráfico ilegal de drogas y la delincuencia organizada*”, curso “Delitos contra la salud pública en materia de drogas”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 1999, págs. 111 a 119; recuerda este autor cómo en la práctica procesal diaria, son muchos los procedimientos penales en que los depositarios reclaman los gastos que genera el depósito, que en ocasiones son superiores al valor de enajenación de los propios bienes (por ejemplo, los Ayuntamientos en los depósitos de vehículos y las Autoridades portuarias en relación con las embarcaciones).

ción con los arts. 1450 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación subsidiaria conforme al art. 614 de la ley procesal penal), el Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regula detalladamente la intervención y la administración judicial en el embargo de empresas o sociedades por razones de interés general, norma ésta actualmente en vigor, aunque será derogada cuando comience la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por ley 1/2000 de 7 de Enero –a partir del 9-1-2001- en cuyos artículos 630 a 633 se contempla de forma muy parecida.⁹

La nueva legislación procesal civil autoriza la aplicación del instituto de la administración judicial para los casos en que se proceda al embargo de alguna empresa o grupo de empresas, o de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

El administrador judicial es designado por el Juez o Tribunal competente del procedimiento penal y las reglas básicas del ejercicio de su cargo son las siguientes:

- Idénticas facultades que los administradores sustituidos
- Inscripción de su nombramiento en los Registros pertinentes
- Necesidad de autorización judicial para la enajenación o gravamen de participaciones, bienes inmuebles o cualesquiera otros que el órgano judicial hubiere expresamente señalado
- Control por la autoridad judicial en el ejercicio de su función

⁹ Esta norma preconstitucional ha sido utilizada en contadísimas ocasiones en los últimos años y siempre en procesos penales relacionados con los más graves comportamientos criminales (narcotráfico organizado, terrorismo, delincuencia económica); en lo que aquí concierne se ha aplicado en dos procedimientos seguidos por blanqueo de capitales derivados del narcotráfico –asunto “Pazo Bayón” y asunto “Charlines”- y fundada en la necesidad de evitar la desaparición de importantes patrimonios de origen criminal. Aunque se ha cuestionado su constitucionalidad, porque al ser una norma preconstitucional debía entenderse derogada por la entrada en vigor del texto fundamental, la doctrina constitucional –representada por las SSTC 11/81, 101/84, 42/87, 83/90 y 45/94- señala que no es posible exigir la reserva de ley con carácter retroactivo para anular esas disposiciones porque la Constitución no puede tener efectos retroactivos para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella.

5. Destino de los bienes, efectos e instrumentos de procedencia ilícita ocupados al procesado o inculpado fallecido o en situación de rebeldía sin ser enjuiciado

El marco normativo que regula estas situaciones es claramente insuficiente, hasta el punto de que en la actualidad no existe ningún mecanismo legal que permita en estos supuestos declarar el origen ilícito de los bienes y destinarlos a los fines previstos por el art. 374 del Código Penal y demás legislación complementaria (salvo que sean géneros prohibidos o de ilícito comercio porque su destino es siempre la destrucción y/o inutilización incluso en fase sumarial).

El problema radica en que el comiso en tanto que consecuencia jurídica accesoria –y antes pena accesoria– únicamente puede ser acordado en sentencia y en los casos de imposición de una pena. Así, el art. 127 del Código Penal declara expresamente que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan...”. En consecuencia, si el responsable criminal fallece antes de ser enjuiciado, las medidas cautelares acordadas sobre los bienes presuntamente pertenecientes a él deberán ser alzadas y éstos devueltos a los herederos del fallecido; si el responsable criminal es declarado rebelde, las medidas cautelares sobre los bienes deberán ser mantenidas hasta que aquél sea encontrado y enjuiciado, pudiendo entonces acordarse el comiso salvo que el proceso se resuelva sin pronunciamiento condenatorio (por ejemplo, en los casos de prescripción del delito o de cosa juzgada).¹⁰

Sin embargo, el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, en su recomendación nº 26 insta a los Estados de la Unión a adoptar medidas de comiso o confiscación de los bienes de procedencia criminal para los casos en que el autor del delito haya fallecido o no sea encontrado. Esto quiere decir que *nuestro ordenamiento jurídico va a necesitar ciertas reformas o modificaciones para hacer posible semejante incorporación normativa: fundamentalmente redefinir la naturaleza jurídica del comiso y desvincular la resolución de estas cuestiones de la sentencia.*

¹⁰ El art. 843 LECriminal proclama que cuando se suspendiere el curso de la causa por rebeldía, se reservará en el auto de suspensión a la parte ofendida por el delito la acción que le corresponda para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que pueda ejercitarla, independientemente de la causa, por la vía civil contra los que fueron responsables, a cuyo efecto no se alzarán los embargos hechos ni se cancelarán las fianzas prestadas.

6. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados

Ha sido creado por la ley 36/95 de 11 de Diciembre, que a su vez ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97 de 6 de Junio. Con estas disposiciones se pretende regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos decomisados por sentencia judicial firme¹¹ y adjudicados definitivamente al Estado al amparo de los arts. 127 y 374 del Código Penal, en los procesos tramitados por delitos previstos en los arts. 368 a 372 y 301.1.párrafo 2º del Código Penal (tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales derivados de tal actividad).

El destino de los bienes comprende conforme al art. 2 de la ley las siguientes finalidades:

- Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.
- Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:
 - Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de estos delitos
 - Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos
 - El reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones Públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

¹¹ Se equipara a la sentencia la resolución pronunciada por órgano jurisdiccional español, a requerimiento de juez o tribunal extranjero, en ejecución de sentencia que declare el decomiso de bienes y ganancias dicta por enjuiciamiento de delitos semejantes a los tipificados en los arts. 301.1.párrafo 2º, y 368 a 372 del Código Penal español, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados por España, en los que se reconozca al Estado requerido el derecho a ingresar en su tesoro el producto de los decomisos, sin perjuicio de terceros (art. 1.1.párrafo 2º del reglamento).

7. La cooperación internacional en la materia.

Los destinatarios y beneficiarios son, por tanto, todos aquellos organismos e instituciones relacionadas con el cumplimiento de tales fines: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Comunidades Autónomas y Entidades locales, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro y de ámbito estatal cuya labor se desarrolle en materia de drogodependencias, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, Servicio de Vigilancia Aduanera, Fiscalía Especial Antidroga y organismos internacionales para el desarrollo de programas en la materia (art. 3 de la ley).

La enajenación de los bienes y la distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios compete a un organismo llamado Mesa de Coordinación de Adjudicaciones (art. 6 de la ley), cuya composición y funciones vienen establecidas en los arts. 2 y 3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97. Esta disposición reglamentaria regula específicamente algunos aspectos fundamentales para el eficaz funcionamiento del Fondo: la concreta composición y régimen de funcionamiento de la Mesa, el procedimiento para la enajenación de los bienes decomisados y para la adjudicación y distribución del producto existente en el Fondo, y la integración en éste del producto de sanciones impuestas por infracciones de la ley 3/96 de 10 de Enero sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.

En la ley se contienen algunos principios generales sobre el destino y utilización de los bienes que es necesario destacar:

- Los bienes, efectos e instrumentos utilizados provisionalmente por los cuerpos policiales al amparo del art. 374 del Código Penal, al ser adjudicados al Estado podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.

El producto de los bienes, efectos o instrumentos no adscritos se destinará, al menos en un 50 por 100, a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.

- Los bienes inmuebles se podrán destinar, en casos concretos y de forma motivada, a la instalación, ampliación o reubicación de dispositivos dedicados a la prevención, asistencia e inserción de drogode-

pendientes, así como a la mejora de la ejecución de los servicios de represión, investigación y persecución de estos delitos.

Los órganos judiciales deberán notificar las sentencias firmes por los delitos antes referidos en las que se decreta el comiso y adjudicación al Estado de bienes, efectos, productos y ganancias, en el plazo de tres días hábiles al Presidente de la Mesa (el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas).¹²

La entrega de los bienes decomisados al Fondo se produce de la siguiente manera: si son cantidades líquidas de dinero o instrumentos de pago al portador se ingresarán en el Tesoro Público por el órgano jurisdiccional cursando la orden de transferencia; los restantes bienes se recepcionarán por la Mesa mediante acta suscrita por el Secretario del órgano jurisdiccional y el representante de la Mesa.

8. Nuevas propuestas legislativas

Como avanzábamos anteriormente, las evidentes dificultades prácticas que se presentan en la aplicación de estas medidas cautelares y las inevitables lagunas que se producen en los diferentes instrumentos legales que pretenden hacer frente a todos estos problemas, en ocasiones insuficientemente utilizados, pero sobre todo irremediablemente desfasados o anticuados por el desbordante crecimiento y evolución de una moderna delincuencia caracterizada por un fuerte componente asociativo, una mayor profesionalización y el desarrollo de complejos sistemas de lavado de dinero y de ocultación de bienes, nos obligan a adaptar la respuesta legal a las características y singularidades del fenómeno criminal que se intenta combatir.

La praxis judicial diaria ha contribuido a identificar y definir importantes deficiencias en los sistemas legales que es necesario solventar, pues de lo contrario la eficacia que el ordenamiento estatal debe asegurar para cumplir

¹² Esta es una obligación inexcusable para los órganos jurisdiccionales que, sin embargo, no se está cumpliendo de manera diligente por éstos, en muchos casos por ignorancia o desconocimiento de su existencia. Es hora, pues, de recordar a los Tribunales que deben remitir al órgano administrativo competente todas las sentencias firmes recaídas por delitos contra la salud pública comprendidos en los arts. 368 a 378, y por delitos de blanqueo de capitales procedentes de aquéllos incluidos en los arts. 301 a 304 del Código Penal, y a los Fiscales la obligación de vigilar e instar su estricto cumplimiento.

adecuadamente una de las finalidades esenciales de la investigación penal de la delincuencia organizada y del narcotráfico disminuye de manera notable.

A modo de reflexión, seguramente extrapolable a la totalidad de los sistemas jurídicos, debemos señalar que en el marco de la legislación española no quedan resueltos de modo satisfactorio problemas tales como la destrucción inmediata de la droga, la utilización provisional de todos los bienes de lícito comercio sujetos al procedimiento, la enajenación de bienes durante la tramitación, la adopción de medidas cautelares respecto a personas fallecidas antes del enjuiciamiento y en situación de rebeldía, etc.. Pues bien, la constatación de todos estos problemas ha motivado la puesta en marcha de un proyecto de modificación de la regulación actual del comiso y de las medidas provisionales que le preceden, en los términos que a continuación se exponen (se subrayan aquellos apartados del texto articulado que suponen una novedad):

ART. 374: 1. Serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371. Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la Autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la Autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra.

2. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito serán también objeto de decomiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Cuando no pueda ejecutarse el decomiso de los instrumentos, bienes, efectos, productos y ganancias anteriormente referidas se acordará, independientemente de su naturaleza y aun cuando su origen no sea ilícito, el de otros bienes que posean un valor equivalente.

3. Fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos, instrumentos, productos y ganancias a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito o administración por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha

autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos, instrumentos, productos y ganancias sean adjudicados provisionalmente para su uso al Fondo constituido por ley 36/95 de 11 de Diciembre. Esta entidad podrá ceder la utilización de los vehículos, buques, aeronaves y demás instrumentos técnicos que hayan servido para la comisión del delito a los órganos competentes para la investigación y represión del tráfico ilegal de drogas. Cuando se trate de bienes que pueden sufrir una importante depreciación o un considerable deterioro por el transcurso del tiempo, la autoridad judicial podrá autorizar al Fondo para que proceda a su enajenación, sin perjuicio de la devolución de su importe al propietario en atención al resultado final del proceso.

4. Todas las actuaciones relativas a la incautación provisional y decomiso de los bienes, productos y ganancias derivados de estas actividades ilícitas, y de los instrumentos utilizados en su ejecución, se sustanciarán en pieza separada. Los Jueces y Tribunales podrán declarar la nulidad de cuantos actos o negocios jurídicos hayan servido para ocultar o disimular el origen ilegal de los mismos, y las resoluciones que adopten a tales efectos deberán ser ejecutadas en todo caso por cualesquiera Registros, oficinas o entidades públicas o privadas.

5. Recaída sentencia condenatoria, y una vez que ésta haya adquirido firmeza, se procederá por el Juez Instructor, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, al decomiso de cuantos bienes, productos y ganancias pertenezcan directa o indirectamente al condenado y tengan un origen ilícito, así como de los instrumentos y efectos que hayan sido utilizados para la comisión del delito. En la tramitación de la pieza los terceros afectados por tales medidas podrán solicitar la práctica de las diligencias que estimen necesarias para acreditar el origen lícito de aquellos.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación cuando los responsables criminales hayan fallecido antes de ser enjuiciados, y cuando hayan sido declarados rebeldes, sin perjuicio de que en caso de que comparezcan o sean encontrados, se proceda a la devolución de los bienes decomisados o del importe en metálico obtenido con su enajenación si la sentencia fuere absolutoria.

7. Una vez decomisados definitivamente los bienes, efectos, instrumentos, productos y ganancias antes referidos, se adjudicarán definitivamente al Fondo conforme a lo establecido en la ley 36/95 de 11 de Diciembre y disposiciones reglamentarias que la desarrollan.

8. Las disposiciones previstas en este artículo serán de aplicación igualmente en la ejecución de las órdenes de incautación provisional y, en su caso, de decomiso dictadas por las Autoridades judiciales de otros países. En estos supuestos, y con sujeción al principio de la reciprocidad, los bienes afectados por tales medidas podrán ser repartidos con el Estado requirente, atribuyéndose a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas la competencia para intervenir en el reparto de los mismos.

INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL BLANQUEO DE CAPITALS (I)

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO *

Sumario

1. Las técnicas de investigación, con especial referencia a las entregas vigiladas y a los agentes encubiertos. 2. La colaboración con la justicia. 3. Protección de testigos y peritos en causas penales.

1. Técnicas de investigación

La necesidad de utilizar técnicas indagatorias especiales en las actividades de investigación del narcotráfico, de la delincuencia organizada, y de otros delitos estrechamente vinculados a aquellos como el blanqueo de capitales, así como en la identificación y seguimiento de los bienes y productos de origen criminal ha sido avalada por los instrumentos jurídicos internacionales en vigor.

Expresamente se pronuncia en este sentido el art. 4.2 del Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 cuando señala que *“Cada Parte estudiará la adopción de las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder utilizar técnicas indagatorias especiales que faciliten la identificación y seguimiento del producto, y la acumulación de pruebas al respecto. Dichas técnicas podrán incluir órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, así como la orden de que se presenten determinados documentos”*.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 29-5-2000 (BOE de 15-10-2003) regula igualmente este tipo de técnicas, entre las que incluye

* Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

las entregas vigiladas, las operaciones encubiertas, los equipos conjuntos de investigación y la intervención de las comunicaciones.

También el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo (Italia) el 13-12-2000 contiene una referencia a estas técnicas especiales de investigación, considerando como tales la entrega vigilada, la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como su utilidad e idoneidad en la lucha contra la criminalidad organizada.

Es obvio, pues, que entre las técnicas de investigación más recientes, y de común utilización, se encuentran la entrega vigilada y el agente encubierto, ambas incorporadas al ordenamiento jurídico español, la primera mediante ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre y la segunda mediante ley orgánica 5/99 de 13 de Enero.

En principio, la ley orgánica 8/92 incorporó la entrega vigilada en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero circunscribiendo su empleo a las actividades de investigación de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos.

Las reformas introducidas por la ley orgánica 5/99 de 13 de Enero han consistido básicamente en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura del "agente encubierto" y en la adaptación de la técnica de la "entrega vigilada" a las necesidades de la lucha contra otras graves actividades delictivas además del tráfico ilegal de drogas.

i. La entrega vigilada. La inclusión de la entrega vigilada en nuestro derecho interno tuvo lugar, como ya hemos explicado con anterioridad, por Ley Orgánica 8/92 de 23 de diciembre mediante la adición del art. 263 bis a la LE-Criminal. En consonancia con los Tratados Internacionales que la regulaban (Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas de 20-12-88 -arts. 1 y 11, y Convenio de Schengen -art. 73) solo estaba permitida su utilización en relación con las investigaciones sobre tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y psicotrópicos.

El art. 263 bis.2 de la LECriminal la define del siguiente modo: "*Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a las que se refiere el párrafo anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de*

las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español, o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la Autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines". Es obvio, pues, que con la nueva redacción del precepto se amplía su objeto para incluir:

- los precursores (sustancias químicas incluidas en los Cuadros I y II del Anexo a la Convención de Viena de 1988, y reguladas igualmente por ley 3/96 de 10 de Enero sobre medidas de control de las sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas y Real Decreto 865/97 de 6 de Junio), equipos y materiales descritos en el art. 371 del C.P.
- los bienes y ganancias referidos en el art. 301 del C.P.
- la moneda falsa (art. 386) con la amplia definición que proporciona el art. 387.
- las especies o subespecies de flora amenazada o de sus propagulos (art. 332) y las especies o subespecies de fauna silvestre amenazadas (art. 334); para su determinación será necesario acudir al Convenio CITES hecho en Washington el 3-3-73, al Reglamento 338/97 de 9-12-96 del Consejo de las Comunidades Europeas, a la ley 4/89 sobre Conservación de Espacios Naturales y al Real Decreto 439/90 de 30 de Marzo regulador del Catálogo Nacional de Especies Amenazadas.
- las armas, municiones y sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (art. 566, 568 y 569)
- otras sustancias prohibidas (que no se especifican ni se relacionan con tipos penales concretos, aunque por exclusión, y tras el examen de los tipos delictivos contenidos en el CP de 1995, estas sustancias no pueden ser otras que algunas de las previstas en los arts. 363 y 364 del Código, reguladores de determinadas conductas atentatorias contra la salud pública relacionadas con los fraudes alimentarios, los materiales nucleares o elementos radiactivos a que se refiere el art. 345 del Código, así como los géneros prohibidos que cita la ley orgánica 12/95 de represión del contrabando y que tengan tal consideración por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea).

En idéntico sentido el art. 12 del Convenio de 29-5-2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, con una mayor amplitud incluso que las legislaciones nacionales, permite la utilización de las entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de cualesquiera hechos delictivos que puedan dar lugar a la extradición.

La extensión de este mecanismo de investigación a todas estas actividades delictivas antes referidas obedece, como tendremos ocasión de comprobar al examinar el art. 282 bis, al amplio concepto de delincuencia organizada que se incluye en ese precepto, y puede plantear algunas dificultades en su aplicación práctica puesto que algunas de las conductas delictivas mencionadas no merecen la calificación de graves, y uno de los parámetros fundamentales que determinan el uso de esta técnica de investigación es la importancia del delito (párrafo 1º del art. 263 bis). La aplicación indiscriminada y generalizada de un medio de investigación que se supone excepcional contraviene claramente los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en que se basan este tipo de técnicas (la gravedad del delito y la imposibilidad de utilizar otros medios de investigación son factores muy a tener en cuenta), principios que son expresamente reconocidos bajo los términos "importancia del delito" y "necesidad a los fines de la investigación" que refiere el citado párrafo 1º del art. 263 bis.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993 (pag. 814) se indica que la ejecución de esta técnica requiere determinadas condiciones:

- a) las autorizaciones sólo pueden concederse caso por caso, quedando, en consecuencia, terminantemente excluidas las autorizaciones de carácter genérico.
- b) que sea necesario a los fines de la investigación, es decir, que sin su utilización sea poco probable o muy difícil descubrir a los miembros de la organización y obtener pruebas materiales de su participación en los hechos.
- c) la importancia del delito, de manera que se trate de un hecho grave de tráfico organizado.
- d) que las posibilidades de vigilancia sean tales que queden prácticamente excluidos los riesgos de pérdida, extravío o desaparición de la droga.

Su utilización está supeditada a la expresa autorización en cada caso del Juez de Instrucción competente (que será aquél que tenga actuaciones judiciales en curso y/o el del lugar de recepción por el destinatario cuando éste sea conocido conforme al art. 15.1 y 2 LECriminal), del Ministerio Fiscal o de los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial (incluidos sus mandos superiores).

Además de la ampliación de su objeto material, el nuevo art. 263 bis obliga a que la resolución en que se adopte sea fundada con mención explícita del objeto, tipo y cantidad de la sustancia en cuestión, y suprime para la interceptación y apertura de envíos postales la citación y presencia del interesado que exige el art. 584 L.E.Criminal cuando contengan remesas ilícitas de estupefacientes o psicotrópicos.¹

Es evidente que la circulación controlada del dinero procedente de actividades delictivas constituye un medio de investigación de una gran utilidad, y en muchas ocasiones el único, para poder descubrir los canales financieros que se utilizan para blanquear o lavar el producto del crimen, e identificar a las personas que colaboran en dicha actividad ilícita. Con frecuencia, el uso de esta técnica de investigación va estrechamente unido a la presencia de un funcionario policial encubierto que actúa como receptor del dinero, y cuya misión consiste en trasladar y enviar el dinero que es producto de la actividad criminal a través de las entidades bancarias, generalmente utilizando paraísos fiscales, hasta las cuentas indicadas por las organizaciones criminales. Resulta obvio, pues, que la utilización de esta técnica puede ser

¹ Reiteradamente el Tribunal Supremo ha venido exigiendo en los últimos años que la apertura de los paquetes postales-a excepción de los de etiqueta verde-se haga previa citación y con la presencia del interesado(salvo que éste renuncie o se encuentre en paradero ignorado), de manera que la infracción de esta norma procesal acarrea la nulidad de la diligencia de apertura al amparo del art. 238-3º de la L.O.P.J..Igualmente ha considerado inaplicable el art. 263 bis L.E.Criminal a los envíos postales con destinatario identificado(vid. Acuerdos del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 4-4-95 y 17-1-96, y entre otras muchas que tratan estas cuestiones las SSTS. de 9-5-95, 20-3-96, 23-5-96, 7-4-97, 15-4-98 y 4-7-98).

La entrega vigilada internacional (de Estado a Estado) es plenamente aplicable a los envíos de paquetes postales previamente abiertos en el Estado de origen o de tránsito, tanto en los casos de paquetes con etiqueta verde para los que la legislación internacional postal permite la apertura de oficio por las autoridades de correos sin necesidad de intervención del destinatario(vid. STS 541/98 de 15-4) como en el resto de los envíos postales(STS 927/98 de 4-7). Cuando la apertura de los paquetes postales se produzca en el extranjero debe adecuarse a la legislación del país en que se abrió(SSTS. de 30-9-98 y 566/98 de 13-10) de manera que no se estimará vulnerado el secreto de las comunicaciones -y por ende no podrá declararse la ilicitud de la prueba- cuando la Autoridad del país que autorizó la apertura y el tránsito vigilado del paquete se encuentre legitimada por su propio ordenamiento jurídico para tomar tales decisiones.

eficiente para descubrir los beneficiarios últimos del producto de la actividad delictiva.

ii. El agente encubierto. La novedad más importante de la ley orgánica 5/99 es la regulación de la figura del agente encubierto mediante la incorporación del art. 282 bis LECriminal. Se trata de un medio de investigación especialmente idóneo y útil para casos de actividades delictivas organizadas, pues la penetración o infiltración en tales grupos criminales permite, por una parte, recabar información sobre su estructura y su modus operandi, y por otra, obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada, y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido.

Tanto la doctrina penal como la jurisprudencia han abordado el análisis de esta figura desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial por el Tribunal Constitucional (STC. de 21-2-83) y por el Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes de policía se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art.126), la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.443), la LECriminal (arts. 282 y ss.), y la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo(art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito, y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La STS de 15-11-84 señala que las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por los infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Y las SSTS de 4-3-92, 21-6-93, 2-7-93 y 3-11-93 entre otras, consideran lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto la infiltración orientada a poner de manifiesto anteriores actuaciones delictivas es práctica policial que no ofrece ningún reparo

Aceptada la legalidad de este medio de investigación aunque careciera de cobertura normativa², su regulación legal era una exigencia inaplazable atendiendo a razones de seguridad jurídica -no solo para el investigador sino también para el investigado- que el propio texto constitucional proclama al consagrar en su art. 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y a la necesidad de adecuar nuestro marco legal a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno para facilitar la ejecución de investigaciones conjuntas en el contexto de la cooperación internacional.

El nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 29-5-2000 regula en su art. 14 las investigaciones encubiertas indicando textualmente:

“1. El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa.

2. La decisión sobre la solicitud la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido ateniéndose a su derecho interno y a los procedimientos nacionales. Los Estados miembros acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos derechos internos y procedimientos nacionales.

3. Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Los Estados miembros interesados colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de

²Muy recientemente la sentencia de 25-2-2000 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 2ª ha avalado esta opinión en un caso verdaderamente paradigmático: la operación "Green Ice" o "Hielo Verde" desarrollada entre finales del año 1991 y finales del año 1992 en varios países (Estados Unidos, Italia, Canadá, Francia, Gran Bretaña, España, Costa Rica y Colombia) y que desarticuló una de las más importantes redes de blanqueo de los cárteles colombianos de la cocaína. En dicho procedimiento se utilizaron funcionarios policiales que, actuando de manera encubierta, consiguieron introducirse prestando servicios de intermediación en la red por la que transitaba el dinero obtenido con las actividades de venta y distribución de la cocaína, recibiendo aquéllos en varias ocasiones de otros miembros del grupo elevadas cantidades de dinero en pesetas que transformaban a dólares y trasladaban a cuentas bancarias de la organización situadas fuera de España. Es uno de los casos más clásicos y exitosos de cooperación judicial internacional en la materia relacionada con el blanqueo de capitales, pues la intervención final de las Autoridades encargadas de la investigación en sus respectivos territorios fue coordinada llegando a desarrollarse de manera simultánea en todos los países antes mencionados. La STS de 28-2-03 ha confirmado la dictada por la Audiencia Nacional.

medidas para la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa.

4. Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del art. 27, que no está vinculado por el presente artículo. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento”.

Órgano autorizante. Como señala el párrafo 1º del art. 282 bis la competencia para autorizar la utilización de un agente encubierto se atribuye al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal, aunque este deberá dar cuenta inmediata al Juez de la autorización concedida, planteándose una vez más el problema del cese de las investigaciones que se desarrollen bajo la dirección del Ministerio Fiscal ante tal circunstancia(art. 773 LECriminal). En principio, no parece obligado, a tenor de la dicción literal del precepto, que el Ministerio Fiscal deba automáticamente remitir las diligencias que haya practicado por el hecho de poner en conocimiento del Juez la autorización otorgada-y éste tampoco a incoar un proceso penal por esa simple comunicación-dado el carácter eminentemente preprocesal de las indagaciones y actuaciones que se pueden estar practicando(se trata de investigaciones tendentes a constatar la existencia de los presupuestos necesarios para la apertura de un proceso penal: actos delictivos mínimamente perfilados y delimitación de las personas participantes en los mismos).

Únicamente cuando en el marco de esas investigaciones previas sea imprescindible practicar actos o diligencias que afecten a derechos fundamentales cuya restricción solo sea posible legalmente con intervención judicial-y que necesitan la apertura de un proceso penal para su adopción-cesará el Fiscal en sus investigaciones y remitirá todo lo actuado al Juez competente.

La intervención del Ministerio del Interior se limita en ese aspecto concreto a facilitar una identidad supuesta, y cuantos documentos sea necesario elaborar para tales fines, al funcionario policial que vaya a actuar de forma encubierta.

Ambito subjetivo de la ley. Sólo podrán actuar como agentes encubiertos los funcionarios de la Policía Judicial, entendiendo por tales aquellos miembros de cuerpos policiales que conforme a la ley orgánica 2/86 de 13 de marzo sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y demás leyes en vigor ostenten funciones de investigación respecto a los hechos delictivos comprendidos en el ámbito objetivo de aplicación de la ley.

La Consulta 2/99 de la Fiscalía General del Estado reconoce al Servicio de Vigilancia Aduanera la condición de Policía Judicial respecto a la investigación de los delitos de contrabando y sus conexos, basándose en la Disposición Adicional 1ª de la ley orgánica 12/95, en el Decreto 319/82 de 12 de Febrero y en los Acuerdos de Schengen. En cuanto a las Policías Autonomas del País Vasco y Cataluña habrá que estar no sólo a lo dispuesto en la ley orgánica 2/86 sino también en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Parece claro que no podrán actuar de esta manera los Cuerpos de Policía Local, pues además de su carácter exclusivamente colaborador no están autorizados para desarrollar investigaciones sobre hechos delictivos, salvo las diligencias de prevención y la instrucción de atestados por accidentes de circulación (art. 53 de la ley orgánica 2/86).

Se ha planteado en algunas investigaciones penales el problema de la actuación de los funcionarios policiales extranjeros como agentes encubiertos en territorio español. Aun cuando el art. 282 bis de la LECriminal requiere que se trate de un funcionario de la Policía Judicial española, resulta obvio que esta exigencia sólo es predicable cuando los órganos autorizantes sean la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal españoles, por lo que tratándose de un medio de investigación previsto y autorizado conforme a nuestro derecho interno, ningún obstáculo legal puede oponerse a la actuación de funcionarios policiales extranjeros para actuar como agentes encubiertos en territorio español en el marco de la cooperación jurídica internacional, siempre que hayan sido debidamente autorizados por la Autoridad competente de su país para actuar en calidad de tales.

Ahora bien, su actuación en territorio español debe sujetarse a las reglas y procedimientos de nuestro derecho interno, y a los límites fijados por la resolución que otorgue el auxilio judicial, condicionando en todo caso su actuación al control y supervisión de la Policía Judicial española. Como antes indicábamos un ejemplo paradigmático de una actuación de esta naturaleza fue la llamada operación “Hielo Verde” contra las estructuras dedicadas al blanqueo de los narcotraficantes colombianos, en la que se autorizó que un funcionario policial de la Agencia Antidroga de los Estados Unidos interviniera de manera encubierta en nuestro país. No es el único caso: en fechas más recientes se autorizó a dos agentes encubiertos de la

policía alemana para que pudieran tener contactos en nuestro país con miembros de una organización criminal dedicada al narcotráfico.³

Ambito objetivo de la ley. A tenor del apartado 1 solo es posible utilizar la técnica del agente encubierto para investigaciones que afecten a la delincuencia organizada, definiéndose ésta en relación a un catálogo de infracciones delictivas que se contienen en el apartado 4, en el que se incluyen algunas conductas penales que internacionalmente no son consideradas como habituales o propias de la criminalidad organizada, otras que no tienen la condición de delitos graves por no llevar aparejadas penas graves (arts. 332, 334, 312 y 313), quedando al margen por el contrario otras manifestaciones criminales que encajan en el concepto internacional de delincuencia organizada (v.g. los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia algunos de los cuales, además de ser sancionados con penas graves, son considerados como conductas estrechamente vinculadas al fenómeno de la corrupción: cohecho, malversación, prevaricación, fraudes ilegales, obstrucción a la justicia, etc.).⁴

³ La sentencia de 22-2-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) en el sumario 8/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 ha conocido de la intervención de dos agentes encubiertos de la policía alemana en nuestro país, con ocasión de la investigación llevada a cabo por las autoridades competentes de Alemania en relación con un grupo organizado de colombianos que desarrollaba actividades de tráfico ilícito de cocaína en diversos países, entre ellos España y Alemania. Por las autoridades judiciales alemanas se cursó comisión rogatoria y se solicitó autorización para que los dos agentes encubiertos alemanes se trasladaran a nuestro país con la finalidad de continuar los contactos, que previamente ya habían tenido con otros miembros de la organización en Austria y Alemania. En particular, la cooperación consistía en que los dos agentes encubiertos contactaran en España con los miembros del grupo que se investigaba y, previa exhibición a los narcotraficantes de un millón de marcos, concertar con los mismos la adquisición de una determinada cantidad de cocaína.

La comisión rogatoria fue ejecutada por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que autorizó a los dos agentes alemanes para actuar en la forma interesada en territorio nacional, bajo control y supervisión de la policía española, manteniéndose reservada en el procedimiento su verdadera identidad y declarando en el juicio oral con la identidad supuesta concedida por la Autoridad competente de Alemania. La sentencia otorgó plena validez a la actuación investigadora en la forma que acabamos de exponer, habiendo sido confirmada en casación por la STS de 24-5-00 que expresamente reconoce la posibilidad de desarrollar una investigación penal en el marco del auxilio judicial internacional con la figura del agente encubierto extranjero y sometido, en la medida que le es aplicable, a los requisitos del art. 282 bis de la LECriminal.

⁴ El art. 282 bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que “A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de secuestro de personas previstos en los arts. 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal.

Facultades y límites en la actuación del agente encubierto. En los distintos apartados del precepto se relacionan las actuaciones que puede llevar a cabo el agente encubierto en el contexto de la investigación:

1º. Utilización permanente de la identidad ficticia y participación en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. A diferencia de la ley orgánica 19/94 de protección de testigos y peritos en causas criminales se prevee el mantenimiento de esa identidad supuesta para todo el proceso (incluido el juicio oral) mediante una resolución judicial motivada en la que se expliquen las razones que justifican la preservación de la identidad real del agente encubierto⁵; la participación en el tráfico jurídico y social conllevará la investigación, lo que les permitirá actuaciones tales como la constitución de sociedades o la apertura de locales o establecimientos comerciales para aparentar la dedicación a una actividad negocial legal.

c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal (añadido por la Disposición Final 1ª-Primero a) de la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre).

e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal.

f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal.

g) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal.

h) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal.

i) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal.

j) Delitos de tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos previstos en los arts. 566 a 568 del Código Penal.

k) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del Código Penal.

l) Delitos contra el Patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e) de la ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de represión del contrabando.

⁵En el derecho alemán -art. 110 b) del Código de Procedimiento Penal- la identidad del agente encubierto puede ser ocultada durante el propio proceso penal en los casos de riesgo para la integridad física del propio agente o cuando peligre la posibilidad de emplear al agente encubierto en otra oportunidad. Estas pueden ser también razones válidas en nuestro derecho -además de los riesgos o peligros para los familiares que reconoce el art. 1 de la ley orgánica 19/94- para mantener oculta su verdadera identidad. En todo caso, la aportación de la identidad real del agente encubierto carece de relevancia para el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando el acusado sólo ha conocido a aquél por su identidad ficticia.

Muy recientemente, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) en una causa criminal antes mencionada -sumario 8/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 6- por delito de tráfico organizado de estupefacientes antes mencionada ha autorizado la declaración como testigos de dos funcionarios policiales alemanes que actuaron como agentes encubiertos bajo un número de identificación que les fue proporcionado por las Autoridades alemanas, preservando los datos de identificación personal y profesional, e impidiendo su visualización física por el público o terceros ajenos al proceso.

2°.Adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. Se trata de una facultad que posee un contenido muy similar a la entrega vigilada, y que permite a las fuerzas policiales obrar con criterios de oportunidad en orden a la adopción de las medidas cautelares consistentes en la aprehensión o incautación de los objetos delictivos, y en orden a la conclusión de las investigaciones. Quizás la diferencia pueda encontrarse en que mientras en la "entrega vigilada" la actuación policial es pasiva, dejando circular los objetos o efectos del delito y retrasando su incautación hasta el momento más propicio a los fines de la investigación, en el caso del agente encubierto éste tiene una participación activa en la circulación de los mismos, lo que algunos han denominado "entrega controlada".

Los límites en su actuación vienen determinados en los apartados 3 y 5 del art. 282 bis:

- a) en las actuaciones que afecten a derechos fundamentales se requerirá la intervención judicial cuando así se exija legalmente(registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones, etc.).⁶
- b) queda expresamente prohibida la provocación al delito.⁷

⁶La intervención judicial es inexcusable si se quiere conceder valor probatorio a actuaciones del agente encubierto que afectan a derechos procesales objeto de protección constitucional, cuales son el derecho a un proceso justo y con todas las garantías reconocido por el art. 24 de la Constitución (v.g. entradas en domicilios con consentimiento de su titular y grabaciones de las comunicaciones que mantenga con terceras personas). En casos como los que acabo de citar, las actuaciones del agente encubierto no suponen quebranto alguno de los derechos fundamentales proclamados por el art. 18.2 y 3 de la Constitución, por lo que nada se puede objetar a su aptitud como medio de investigación, pero para que tengan valor como medio de prueba requieren la autorización y el control del órgano judicial competente, así como el cumplimiento de las demás previsiones establecidas legalmente, pues solo las pruebas practicadas bajo estas condiciones surten efectos en el proceso penal según reiterada y consolidada doctrina constitucional. La STS de 25-1-99(Pn. García-Calvo) recuerda que la grabación por el propio agente encubierto sin autorización judicial de las conversaciones que mantuvo con los acusados durante la investigación no lesiona el derecho fundamental el secreto de las comunicaciones proclamado por el art. 18.3 de la C.E., porque el citado derecho sólo garantiza la impenetrabilidad de la comunicación frente a terceros ajenos a la misma pero no puede oponerse frente a los intervinientes en la comunicación al carecer de eficacia horizontal(SSTC 114/84, 34/96 y 127/96 y SSTS de 11-5-94, 30-5-95 y 1-3-96).

⁷Tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha considerado que en los casos de delito provocado -entendiendo por tal la incitación a cometer el delito en quien no tenía el propósito de perpetrarlo creando una resolución criminal hasta entonces inexistente- tanto el agente provocador como la persona inducida están exentos de responsabilidad criminal, en el primer caso por la ausencia de una verdadera intención criminal, y en el segundo caso por la inexistencia de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 9-6-98(caso Teixeira de Castro)establece que la comisión de un hecho delictivo por incitación policial afecta sustancialmente al derecho a un juicio justo y equitativo que consagra el art. 6.1 del Convenio,

c) proporcionalidad de las actuaciones con la finalidad de la investigación

Como regla general cabe decir que la actuación del agente encubierto en cuanto se ajuste a lo dispuesto en el art. 282 bis.1 gozará "ex lege" del amparo de la causa de justificación prevista por el art. 20-7º del CP(cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). Los actos de investigación ejecutados en los términos del precepto no serán típicos, pues al existir una autorización de los órganos garantes de la legalidad(Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal) y la consecuente habilitación legal expresa para su realización, ésta opera como causa de exclusión "ope legis" de la antijuridicidad formal.

Los problemas pueden surgir respecto a los actos ejecutados por el agente encubierto al margen de las habilitaciones legales específicas que la norma contempla, que tengan carácter delictivo, y que el sujeto los haya ejecutado como una consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación con el objetivo de coadyuvar a los fines de la misma.

Evidentemente, el principio básico que rige en esta materia es la prohibición de cometer actos delictivos, o dicho de otro modo, no es tolerable utilizar medios ilícitos para la consecución de fines lícitos.⁸ Ahora bien, esto no quiere decir que en todos los casos de exceso, extralimitación o transgresión de la ley por parte del agente encubierto éste sea merecedor del reproche penal, sino que habrá que examinar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso si la actuación ha sido necesaria y resulta proporcional a los fines de la investigación en el marco de las causas de exención de responsabilidad criminal que contempla el art. 20 del CP -bien como causas de justificación(legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento del deber), bien como causas de inculpabilidad por inexigibilidad de otra

de manera que el interés público de administrar justicia no puede justificar el uso de pruebas obtenidas por incitación policial.

⁸Puede suceder que la organización en la que se ha infiltrado le exija lo que se denominan "pruebas de castidad", es decir, acciones delictivas que debe cometer para probar su fiabilidad. En este terreno, las diferencias entre los ordenamientos jurídicos continentales y angloamericanos son notorias: mientras que los primeros, influenciados por una sujeción más estricta al principio de legalidad, prohíben la ejecución de hechos delictivos con carácter general y consideran que en las investigaciones criminales la licitud es exigible tanto para los fines como para los medios, los segundos basados en la preponderancia del principio de oportunidad toleran la ejecución de hechos delictivos(fundamentalmente delitos menores), a excepción de los crímenes violentos(los que afectan a la vida , integridad o libertad de las personas)y aquellos delitos producidos como consecuencia de la violación de garantías constitucionales especialmente protegidas y que deben ser respetadas en el ámbito de la investigación criminal(v.g. la interceptación ilegal de comunicaciones).

conducta(miedo insuperable)- o de las causas de atenuación previstas en el art. 21-1º y 6º en relación con los supuestos de exención.⁹

Para exigir responsabilidad penal al agente encubierto será preciso como requisito de procedibilidad conforme al art. 282 bis.5.párrafo 2º el informe del órgano autorizante de la identidad supuesta sobre la actuación del agente, informe que no es vinculante para el Juez que sea competente para conocer del asunto por aplicación del art. 14 L.E.Criminal.

Valor probatorio de la declaración del funcionario policial infiltrado. Se trata, sin duda, de una prueba testifical sujeta a las reglas generales que las leyes procesales establecen sobre la aportación y eficacia de las declaraciones testificales en el proceso con algunas peculiaridades o singularidades que es necesario destacar:

- 1º.- La información que obtenga deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación, y esta información deberá aportarse al proceso en su integridad(art. 282 bis.1.párrafo 3º).
- 2º.- Puede mantenerse la identidad ficticia otorgada al agente encubierto incluso para testificar en el proceso mediante resolución judicial motivada (art. 282 bis.2).A la garantía del anonimato -como desconocimiento de la identidad real por la defensa, circunstancia ésta que resulta absolutamente intrascendente para la efectividad de ese derecho- se une la posibilidad de aplicar, en principio, las restantes medidas de protección previstas por la ley orgánica 19/94, y entre ellas la utilización de procedimientos que impidan su identificación visual por el público y acusados.

⁹ La propia redacción del precepto parece apuntar al cumplimiento del deber como cobertura de la actuación del agente encubierto en esos casos: la necesidad de los actos en el curso de la investigación constituirá el presupuesto de partida absolutamente imprescindible(necesidad en abstracto) para la aplicación de la eximente completa o incompleta, de modo que la ausencia de esa necesidad excluye radicalmente la posibilidad de que el funcionario policial encubierto pueda beneficiarse siquiera de una reducción de la responsabilidad criminal; la proporcionalidad de los actos con los fines de la investigación(necesidad en concreto) permitirá resolver adecuadamente, en función de los intereses jurídicos en juego que se han quebrantado y se han protegido, si el agente encubierto debe quedar exento de responsabilidad porque su actuación ha sido estrictamente proporcional en el marco de los fines que persigue la investigación, o solamente debe atenuarse la responsabilidad porque los actos no han guardado la debida proporcionalidad con los fines perseguidos.

3°.- No es admisible la incomparecencia en juicio del agente infiltrado y sus sustitución por testigos de referencia argumentando pretendidas razones de seguridad, de modo que sólo la imposibilidad real de oír a los testigos directos o presenciales del hecho permite atribuir eficacia probatoria a los testigos de referencia.¹⁰

2. La colaboración con la justicia: los arrepentidos

Los comportamientos de colaboración con la justicia en el marco del proceso de quienes han participado en hechos delictivos no son una novedad en nuestra tradición jurídica. Encontramos antecedentes de su regulación no solo en todos los Códigos Penales, sino también en el derecho histórico anterior a la codificación.

Lo que sí es reciente es la actitud de rechazo de algunos operadores jurídicos frente a la figura del "delincuente arrepentido", una figura que ha adquirido una singular relevancia en los últimos años en algunos procesos penales seguidos por actividades criminales tan graves como el terrorismo o el narcotráfico.

La razón de ser del mayor peso específico que las conductas de cooperación con la justicia haya podido tener en algunos procedimientos judiciales acaecidos durante las últimas décadas no la encontraremos en la incorporación de normas penales o procesales especiales tendentes a privilegiar estas situaciones a modo de legislación premial, como ha sucedido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sino en la pura y simple aplicación de las normas penales, es decir, de las reglas generales de atenuación de la responsabilidad criminal, a las investigaciones judiciales.

El nuevo Código Penal se ha inclinado por regular de manera específica, al margen de las circunstancias atenuantes de la parte general, la figura del "arrepentido" o "colaborador de la justicia" para los delitos de tráfico ilícito

¹⁰Las SSTC. 217/89, 303/93, 79/94, 35/95 y 7/99 señalan que los testimonios de referencia sólo son admisibles en situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, y que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial al juicio oral, recordando como el T.E.D.H. ha declarado contrario al art. 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique su inasistencia al juicio oral (sentencias de 19-12-90, caso Delta; de 19-2-91, caso Isgro; y de 26-4-91, caso Asch).

de drogas en el art. 376, y en los mismos términos para los delitos de terrorismo en el art. 579, si bien el primero de ellos ha sido modificado por la ley orgánica 15/2003 y ha entrado en vigor en fecha 1-10-2004.

El art. 376, párrafo 1º, en su actual redacción dice literalmente: "En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado".

La praxis judicial, concretada en pocos pero relevantes ejemplos, ha impuesto por razones de política criminal la necesidad de otorgar el respaldo legal a un instrumento del proceso penal que juega un papel importante respecto a esas gravísimas manifestaciones criminales en su triple función de medio de prueba, de medio de obtención de pruebas y de elemento de disociación dentro de esas organizaciones delictivas.

El precedente inmediato de esta norma lo encontramos en el art. 57 bis b) del anterior Código Penal, aunque referido exclusivamente a los delitos relacionados con bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes. En idénticos términos, el Proyecto de Código Penal de 1992 -en su art. 363- extendía su aplicación a los delitos de tráfico ilegal de drogas, incluido el blanqueo de dinero procedente de esta actividad delictiva. Sin embargo, el vigente Código ha optado por una regulación más restrictiva, ya que no es aplicable a los supuestos de blanqueo de bienes, y además excluye la posibilidad de remisión total de la pena para los casos de colaboración especialmente trascendente (que sí se contemplaba en el art. 57 bis b). En cierto modo resulta inconsecuente que el legislador haya suprimido la posibilidad de remitir en su integridad la pena para estos supuestos excepcionales de cooperación y, por otra parte, haya introducido cláusulas de exención de la responsabilidad criminal para la colaboración "post delictum" en el art. 427 del Código Penal para los delitos de cohecho pasivo en relación con los particulares que, una vez consumado el delito, lo denuncien ante las autoridades dentro de los

diez días siguientes a la fecha de comisión de los hechos y antes de la apertura del procedimiento.¹¹

El precepto en cuestión, limitado en su aplicación a las conductas descritas en los arts. 368 a 372, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Abandono voluntario de las actividades delictivas.

2º.- Colaboración activa con las autoridades con la finalidad de impedir la producción del delito, de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

La ley orgánica 15/2003, buscando sin duda una aplicación más flexible de este tipo privilegiado, ha suprimido los requisitos de la presentación ante las Autoridades y de la confesión de los hechos en los que hubiere participado el colaborador (conducta ésta ya contemplada por otra parte entre las atenuantes de la parte general).

Los beneficios punitivos que se anudan a estos supuestos de colaboración consisten en la reducción de la pena en uno o dos grados, lo que también es posible por aplicación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento prevista en el art. 21.4º, o incluso de la analógica del art. 21.6º en relación con aquella, siempre que se consideren como muy cualificadas(art. 66.4ª).

En la circunstancia genérica de arrepentimiento el nuevo Código Penal ha suprimido el presupuesto de la espontaneidad -en consonancia con el proceso de objetivación que había experimentado tal atenuante en el ámbito jurisprudencial bajo la vigencia del anterior Código- pero se ha mantenido el requisito de la temporalidad con alguna matización (si bajo la vigencia del anterior Código la confesión debía producirse antes de la iniciación del pro-

¹¹La exclusión de la pena para casos de colaboración especialmente relevante es la norma general, no sólo en el derecho angloamericano -la institución del "plea bargaining" permite pactos con el acusado tendentes a la reducción de la pena y a la inmunidad frente a cargos criminales- sino también en un buen número de legislaciones europeas: así, la Ley alemana sobre Tráfico de Estupefacientes de 28-7-81 establece en su párrafo 31 la posibilidad de atenuar la pena e incluso prescindir de la misma cuando el autor, mediante la espontánea revelación de datos de que tuviera conocimiento, hubiere contribuido esencialmente al descubrimiento del delito más allá de su personal participación en él, o pusiere espontáneamente en conocimiento de la autoridad lo que supiere sobre planes de comisión de algunos de estos delitos(los más graves)haciéndolo con tiempo suficiente para impedir la comisión de los mismos; en el mismo sentido se pronuncian la legislación francesa(art. 627-5 del Código de la Salud Pública), la legislación belga(art. 6 de la Ley de Estupefacientes de 9-7-75) y la legislación portuguesa(art. 31 del Decreto Ley 430/83).

cedimiento en el actual texto punitivo basta que se produzca antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él); sin embargo, la no concurrencia de este elemento cronológico no ha impedido la aplicación de una circunstancia atenuante analógica incluso con carácter muy cualificado cuando la confesión vaya más allá del simple reconocimiento de la intervención en los hechos delictivos y sea relevante para el completo descubrimiento de los mismos (v.g. SSTs. de 2-3-93 -identificación de otros partícipes y colaboración en la detención de los mismos-, de 25-1-94 (Pn. Ruiz Vadillo) -entrega voluntaria de la droga e identificación de la persona que se la había entregado-, de 6-10-98 (Pn. Martín Canivell) -proporcionar datos para el total esclarecimiento de los hechos y la identificación de otros intervinientes-, y de 27-7-99 (Pn. Conde-Pumpido) -confesar las operaciones en que había intervenido y entregar un paquete con droga en el registro permitiendo la finalización del trabajo investigador y la detención de otros implicados-).

El nuevo tipo privilegiado del art. 376 no está supeditado a ninguna condición temporal, de lo que se desprende que la colaboración con las Autoridades puede producirse durante la tramitación de la causa criminal, comprendiendo así aquellas situaciones que hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal eran incluidas con efectos cualificados en la circunstancia de análoga significación al arrepentimiento. Pese a que en algún caso -STS. de 22-3-95- relacionado con delitos de terrorismo y con motivo de la aplicación del antiguo art. 57 bis b) se apreció éste de manera analógica para quien había abandonado voluntariamente las actividades criminales dejando de pertenecer a una organización terrorista sin que llevara a cabo conductas de colaboración con las Autoridades, resulta muy discutible jurídicamente que tal posibilidad pueda ser invocada en relación con este tipo privilegiado ya que la aplicación analógica queda restringida exclusivamente a las circunstancias atenuantes de la parte general.

Al margen de la normativa jurídico-penal del Código, queda pendiente la cuestión relativa a la reglamentación de la figura del arrepentido en aspectos tales como protección, identidad, situación de los familiares, derechos, deberes y obligaciones del afectado y de la Administración, etc.; en definitiva, la configuración de esa relación especial de sujeción derivada de la atípica condición que posee en el contexto procesal, y de la necesidad de proteger bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de aquellas personas sometidas objetivamente a una situación de riesgo o de peligro por la posición adoptada en el proceso. Es una figura, la del imputado colaborador, que queda al margen de la normativa procesal

actualmente vigente sobre protección de testigos –la ley orgánica 19/94 de 23 de Diciembre sobre protección de testigos y peritos en causas criminales– por lo que las diferentes medidas de protección que en aquélla se arbitran (reserva de identidad, ocultamiento de rasgos físicos, custodia policial, cambio de identidad, ayuda económica, etc.) en principio son inaplicables a todos aquellos que tengan la condición de inculpados en el proceso penal, aunque las diferentes iniciativas internacionales apuntan en dirección totalmente opuesta.

El valor probatorio de la declaración prestada por un coimputado arrepentido merece ser analizado o examinado desde un doble enfoque. Desde la perspectiva constitucional es evidente que una declaración inculpativa afecta muy directamente a uno de los principios básicos del proceso penal expresamente proclamado en el art. 24.2 de la Constitución, cual es la presunción de inocencia. El filtro de constitucionalidad a la hora de apreciar una posible vulneración de este derecho fundamental comprende no sólo la determinación de la licitud de la prueba (es decir, que la prueba se haya practicado con sujeción y respeto a las garantías constitucionales y legales cuyo incumplimiento puede generar directa o indirectamente un quebranto arbitrario, injustificado o desproporcionado de algún derecho fundamental), sino también de su idoneidad como prueba de cargo (en aquellas situaciones límite en que el riesgo de arbitrariedad o irrazonabilidad es mayor como sucede no sólo en los supuestos en que la declaración inculpativa de un imputado es la única prueba de cargo sino también en los casos en que el pronunciamiento condenatorio se sustenta en la prueba indirecta o indiciaria).

Pues bien, desde el reconocimiento por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que las declaraciones de los coimputados constituyen actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia por su carácter testimonial basado en el conocimiento extraprocesal de los hechos (STC. 137/88 de 7-7 y SSTS. de 17-6-86, 16-12-86, 20-7-87, 14-10-87, 5-12-88, 9-9-89, 25-6-90, 18-9-90, 12-9-91, 11-3-93, 14-2-95, 28-12-99 y 5-12-00 entre otras muchas), las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional (153/97 de 29-9, 49/98 de 2-3, 115/98 de 1-6, 72/01 de 26-3, 57/02 de 11-3, 68/02 de 21-3, 125/02 de 20-5, 181/02 de 14-10, 207/02 de 11-11 y 233/02 de 9-12) y del Tribunal Supremo (SSTS 1523/99 de 15-11 y 279/2000 de 3-3) han proclamado que la declaración de un coimputado como única prueba de cargo en ausencia de otros elementos de prueba o de otros datos objetivos que la corroboren no puede ser considerada mínima actividad probatoria de cargo para enervar la

presunción de inocencia porque el acusado a diferencia del testigo no tiene la obligación de decir la verdad en virtud de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable que le concede el art. 24 de la Constitución. Las más recientes resoluciones del Tribunal Constitucional han acuñado el concepto de “corroboración mínima” para definir el parámetro que permite dotar de suficiencia e idoneidad como prueba de cargo a la declaración de un coimputado desde la vertiente constitucional, entendiendo por tal la existencia de algún dato, hecho o circunstancia externa que avale la veracidad de la misma.¹²

¹² La primera conclusión que se obtiene con esta doctrina es que el Tribunal Constitucional ha variado su posición respecto a la suficiencia en abstracto de la declaración inculpativa de un coimputado como actividad probatoria eficiente para quebrar la presunción de inocencia, aunque es necesario profundizar en el examen de las circunstancias concretas de cada proceso judicial para vislumbrar el alcance real de la misma.

Supuestos estimatorios del recurso de amparo

1. La STC. 153/97 estimó el recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia en las siguientes circunstancias: a) la declaración inculpativa del coimputado, primero ante la Guardia Civil y posteriormente ante el Juez de Instrucción, no se realizó bajo la garantía de la contradicción requerida por el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como presupuesto esencial del derecho a un proceso justo y con todas las garantías que reconoce el art. 24 de nuestro texto fundamental, para ser calificada como prueba preconstituida válida (al no haber tenido su defensa la oportunidad de intervenir); b) tal diligencia sumarial no fue objeto de lectura conforme al art. 730 LECriminal para darle entrada en los debates del juicio oral, utilizándose la fórmula de estilo, tantas veces rechazada por la doctrina constitucional, consistente en darla por reproducida; c) tal declaración inculpativa no fue ratificada en el juicio oral, pues quien así había procedido en sede sumarial se retractó de lo anteriormente manifestado sin que se confrontaran unas y otras declaraciones en la forma establecida por el art. 714 LECriminal; y d) por último, la declaración del inculpativo en la fase instructora era la única prueba de cargo existente en la causa sin otras pruebas ni siquiera indagaciones sobre la veracidad de lo declarado.

2. La STC 49/98 estimó el recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia y el marco circunstancial era el siguiente: a) la primera declaración inculpativa del inculpativo ante el Juez de Instrucción fue rectificada en la declaración indagatoria para exculpar a quien en principio había sido objeto de acusación; b) la declaración prestada en el juicio oral fue igualmente exculpativa sin que se diera cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 714 y 730 LECriminal mediante la lectura de la declaración sumarial inculpativa y la confrontación con las posteriores declaraciones exculpativas impidiendo así que pudiera considerarse satisfecha la garantía de la contradicción; y c) la primera declaración inculpativa ante la Autoridad Judicial era la única prueba de cargo no corroborada por otras pruebas o datos ni siquiera indiciarios.

3. La STC 72/01 estimó el recurso de amparo porque la condena se fundó exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado prestadas en fase sumarial pero que posteriormente fueron modificadas en el juicio oral, argumentando que la declaración de un coimputado no puede ser considerada corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.

4. La STC 68/02 estimó el recurso de amparo porque la condena se basó en la declaración de un coimputado prestada en el juicio oral que era exclusivamente de referencia, sin que existiera una mínima corroboración que la avalase y que fue además desmentida en el juicio oral por el supuesto informante o referente, añadiendo que la prueba testifical de referencia no sólo es por sí insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que también limita la garantía constitucional de la

Así debe ser, sin duda, cuando la declaración de un coimputado es la única prueba que demuestra la ejecución del hecho delictivo y la responsabilidad de sus partícipes, pero no cuando existan otras pruebas que confirmen la comisión del delito o corroboren, aunque sea parcialmente, las afirmaciones del coimputado, pues si no se interpretara así quedaría sensiblemente limitado el ámbito de la apreciación libre y en conciencia de la prueba por quien ha gozado de la inmediación en su práctica, lo que no es óbice para reconocer que los Tribunales de enjuiciamiento deben motivar de forma rigurosa y

inmediación y de la defensa contradictoria.

5. La STC 181/02 admitió el amparo ante una condena fundada en las declaraciones prestadas en el sumario por tres coimputados de las que se retractaron en el juicio oral, sin que concurrieran otros datos que pudieran integrar la corroboración mínima exigible, no considerando como tales el hallazgo de la droga y otros objetos en el domicilio de otros coimputados, o que el esposo de la recurrente en amparo reconociera haber vendido droga. En esta ocasión se produjo un voto particular discrepante del Magistrado Sr. García-Calvo en cuya opinión sí había datos de corroboración mínima como la existencia de conversaciones telefónicas y de un reconocimiento fotográfico.

6. La STC 207/02 vuelve a conceder el amparo ante una condena fundada en la declaración de un coimputado prestada en el juicio oral que afirmó que otro le había entregado la droga, argumentando que no pueden ser valorados como datos suficientes a los efectos de integrar la mínima corroboración circunstancias tales como el modo y causa de la aprehensión de la sustancia, la comparancia voluntaria del coimputado, la previa relación de trabajo entre coimputado y recurrente, ausencia de desavenencias, etc. Nuevamente un voto particular del Magistrado Sr. García-Calvo cuestiona razonablemente esta interpretación al sostener que no puede exigirse que la corroboración se refiera a la participación del acusado en los hechos.

Supuestos desestimatorios del recurso de amparo

1. STC 115/98: La situación que se planteó en este caso era la siguiente: a) varias declaraciones inculpativas de un coimputado en un procedimiento no sujetas a la garantía de la contradicción porque el afectado permaneció en ignorado paradero o en rebeldía a lo largo de todo el proceso por lo que la imposibilidad de que se cumpliera tal requisito era atribuible exclusivamente al demandante del amparo; b) en el juicio oral seguido contra el recurrente, quién le inculcó, como quiera que ya había sido juzgado, declaró como testigo retractándose de sus anteriores manifestaciones; c) las declaraciones inculpativas de éste último realizadas ante el Juez de Instrucción fueron objeto de lectura en el juicio oral en presencia del acusado y su Letrado salvando así la contradicción exigible para su consideración como prueba obtenida con todas las garantías; y concurrían otros datos que corroboraban mínimamente el contenido de la declaración inculpativa.

2. STC 57/02: la condena se fundó en la declaración sumarial prestada ante el Juez Central de Instrucción por un coimputado condenado, quien al declarar como testigo en la vista oral 14 años después se retractó de las mismas, procediéndose a su reproducción en el juicio oral mediante su lectura, y aun cuando era la única prueba de cargo, al venir su veracidad avalada por algunos hechos, datos o circunstancias externas, se cumplió el requisito de la corroboración mínima exigible para considerarla prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

3. STC 125/02: en este caso la condena se fundó en las declaraciones de un coimputado en fase sumarial que fueron leídas en el juicio oral, corroboradas por las declaraciones de otra acusada y por otros elementos como notas, agendas y demás datos obtenidos en registros.

4. STC 233/02: en este supuesto la condena se fundó en las declaraciones de un coimputado ratificadas en juicio oral, cumpliéndose el requisito de la corroboración mínima cuando se comprueba que diferentes datos aportados por el imputado en sus declaraciones coinciden con determinadas circunstancias externas del recurrente (por ejemplo, los datos de pertenencia del teléfono y del vehículo

razonable la decisión adoptada sobre la validez y suficiencia incriminatoria de la declaración del coimputado.

Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria el principal problema que se les plantea a los Tribunales en relación con estas pruebas es el de la credibilidad, de manera que una vez despejadas las dudas en el ámbito de la presunción de inocencia, el órgano judicial descarte la aplicación del "in dubio pro reo", en el ejercicio de la función valorativa que le atribuye el art. 741 LECriminal¹³, por entender que la declaración incriminatoria del acusado reúne las condiciones de verosimilitud, coherencia, consistencia y fiabilidad necesarias para ser considerada veraz y, en lógica consecuencia, para su eficacia como medio de prueba¹⁴. En este sentido una consolidada doctrina jurisprudencial, y en lo que atañe a la credibilidad subjetiva de este instrumento probatorio (aspecto no susceptible de control constitucional), exige que en la valoración o apreciación de esta prueba se tengan en cuenta los siguientes factores o circunstancias:

1^a.- La personalidad del delincuente y las relaciones precedentes mantenidas con otros partícipes.

2^a.- Que la declaración inculpatoria no se haya prestado con ánimo de autoexculpación

3^a.- La posible existencia de móviles turbios o inconfesables(venganza, odio personal, resentimiento, soborno, obediencia a terceras personas, obtención de un trato procesal más favorable, etc.) que impulsando a la acusación

¹³La STS de 28-12-99(Pn. Puerta Luis) recuerda que en el contexto global de la valoración de la prueba es especialmente relevante la inmediación con que el Tribunal sentenciador percibe este medio de prueba, y que el trámite casacional debe controlar únicamente la razonabilidad de los argumentos utilizados para justificar su decisión, con el objeto de evitar pronunciamientos jurisdiccionales que puedan calificarse de absolutamente infundados, caprichosos o arbitrarios.

¹⁴La STS 1523/99(Pn. Bacigalupo Zapater)analiza un caso resuelto por la Audiencia Nacional en el que este órgano judicial dictó sentencia condenatoria contra dos individuos fundándose exclusivamente en las imputaciones de un testigo, que ostentaba la condición de procesado en otra causa por los mismos hechos, por considerar que sus manifestaciones eran verosímiles. En el fundamento jurídico 1º, el Tribunal Supremo tras constatar que no había ningún otro elemento que corroborara las afirmaciones del testigo y que la simple verosimilitud de las declaraciones no era un criterio de credibilidad que pudiera operar como única corroboración de la inculpación, consideró que el Tribunal debió exponer fundadamente las razones o motivos por los cuales entendía que la declaración del testigo, a la vez coacusado en otro proceso, no había sido influida por la expectativa de obtener los beneficios penales previstos en el art. 376 del C.P. en el proceso en el que se le acusaba, y para dar credibilidad a un testimonio en principio poco fiable.

Lo importante y, a la vez, discutible del pronunciamiento es que la admisión del recurso de casación se produce por quebrantamiento del principio de presunción de inocencia, es decir, porque la prueba no era idónea y suficiente para desvirtuarlo.

de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio o, al menos, restarle fuertes dosis de verosimilitud o credibilidad.

En la medida en que las conductas de arrepentimiento y colaboración con la justicia han perdido el componente subjetivo que en otro tiempo las identificaba y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que son comportamientos que deben estimularse por razones de política criminal admitiendo la licitud de móviles tales como el temor a las consecuencias punitivas de su acción o el deseo de obtener alguna ventaja desde el punto de vista penológico (SSTS. de 20-2-87, 11-3-87, 6-11-87, 1-12-87, 3-11-88, 7-11-88, 14-12-88, 16-3-90, 30-3-90, 6-6-90, 6-7-90, 11-6-91, 16-9-91 y 21-4-92 por citar solamente las más antiguas, o las más recientes SSTS de 30-3-00 y 5-12-00), es más que dudoso, y diríase que incongruente, sostener que la consecución de un trato procesal más favorable sea un móvil susceptible de ser adjetivado como turbio o inconfesable, pues en definitiva la ley penal regula la imposición de una respuesta punitiva más beneficiosa al reo para propiciar estas conductas, y si, por otra parte, la amenaza sancionadora se reduce notablemente por la previsible aplicación de reglas generales o especiales de atenuación de la pena, debe considerarse razonable y legítimo desde la perspectiva constitucional que la situación procesal se suavice y que las medidas cautelares personales sean menos intensas y gravosas que la privación de libertad sin condiciones, atendiendo tanto a razones de seguridad como a razones jurídico-procesales (previsible imposición de penas inferiores, ausencia de riesgo de obstaculización u obstrucción en la investigación, y cuasi-eliminación del riesgo de fuga al ser necesario adoptar medidas de protección).

La STS de 5-12-00 (Pn. Conde-Pumpido Tourón) se pronuncia de manera terminante respecto a esta cuestión al indicar que el legislador da por supuesto el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados al establecer en los arts. 376 y 579 del Código Penal circunstancias específicas de atenuación aplicables a los comúnmente denominados arrepentidos, cuando coadyuvan eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación y captura de otros responsables, y que este tipo de declaraciones –valorables con la debida precaución y medida- resultan indispensables en la investigación y sanción de la delincuencia organizada.

Respecto a la credibilidad objetiva de este medio de prueba, es fundamental que en la investigación procesal la declaración se vea corroborada bien por otras pruebas distintas, bien mediante la aportación de datos objetivos y/o indiciarios que sirvan para comprobar la realidad de su contenido (no

otra cosa pretende nuestra centenaria ley procesal cuando recuerda en su art. 406 que "la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito" para señalar, a continuación, que "el Juez Instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión...").

3. La protección de acusados, testigos y peritos en causas criminales

Esta cuestión se ha suscitado especialmente en los procesos penales relacionados con aquellas gravísimas manifestaciones criminales (terrorismo, narcotráfico, delincuencia organizada y violenta, etc.) en las que por su carácter asociado, sus peculiaridades organizativas, la clandestinidad de sus actividades, sus reglas internas de funcionamiento y su enorme capacidad para obstaculizar y neutralizar la acción policial y judicial, la colaboración de los ciudadanos con la Administración de Justicia es especialmente relevante y necesaria para evitar la impunidad y garantizar una recta aplicación de las leyes.¹⁵

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las normas sobre protección de testigos y peritos en causas penales responde, una vez más, a la iniciativa internacional plasmada en diversos textos e instrumentos jurídi-

¹⁵ Así se pone de manifiesto de modo implícito en la Exposición de Motivos de la ley orgánica 19/94 cuando alude a las "reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias". La detención en Madrid de un comando de la organización terrorista ETA que acababa de perpetrar un atentado con un coche bomba ha situado nuevamente en primera línea la cuestión de las medidas de protección de los testigos, y ha desvelado una vez más la insuficiencia de la actual normativa para garantizar eficazmente la vida y la integridad de los testigos y de quienes colaboran con la Administración de Justicia. Según informaciones periodísticas contrastadas, la detención del comando fue posible porque un ciudadano observó a los terroristas tras activar el coche bomba y les siguió en su vehículo cuando éstos se alejaron en otro vehículo del lugar del atentado, al tiempo que a través de un teléfono móvil indicó a las fuerzas policiales el trayecto que éstos hacían, haciendo posible así su detención. Sin embargo, ni en las diligencias judiciales ni en el precedente atestado policial hay referencia alguna a la existencia de tan importante testigo. Bien es cierto que la propia confesión de los detenidos reconociendo la autoría del atentado, y la ocupación en su poder de efectos directamente relacionados con el mismo permiten sostener que la declaración del testigo en cuestión ni es determinante ni es necesaria a efectos procesales.

cos asumidos en el ámbito de Naciones Unidas y de la Unión Europea. Resultan de cita obligada, a estos efectos, las recomendaciones contenidas en el **"Nuevo Programa de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y la justicia penal"** aprobadas por **Resolución de la Asamblea General 46/152 de 18-12-91**, y las incluidas en la **Resolución 45/107 de 26-3-91 sobre cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal**, así como la **Resolución 827/93 de 25 de mayo del Consejo de Seguridad que crea el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional en los territorios de la antigua Yugoslavia** (expresamente mencionada en la Exposición de Motivos de la ley orgánica 19/94), y el más reciente **Estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado en Roma el 17-7-98** por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

En el ámbito regional europeo deben ser reseñadas, en primer término, las **Resoluciones del Consejo de la Unión Europea de 23-11-95 y de 20-12-96**. La primera de ellas invita a los Estados miembros a garantizar una protección adecuada de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, y para ello sugiere algunos criterios de orientación: la formulación de un concepto amplio de testigo, la necesidad de proteger a familiares y allegados, y el diseño de medidas concretas de protección (reserva de identificación y domicilio, cambio de identidad, declarar fuera de la presencia del acusado, etc.). La segunda, que trata la cuestión de los colaboradores con la acción de la justicia en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, invita a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas para alentar a colaborar con la acción de la justicia a las personas que tomen parte o hayan tomado parte en una asociación de malhechores o en cualquier otra organización delictiva o en delitos relacionados con la delincuencia organizada. Pero quizás lo más interesante de ésta última Resolución ha sido la creación de un Grupo de Alto Nivel que ha elaborado el **Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada**, adoptado por el Consejo mediante Acto de 28 de Abril de 1997 y aprobado los días 16 y 17 de junio de 1997 por el Consejo de la Unión celebrado en Ámsterdam (Países Bajos), en el cual se contienen recomendaciones –en particular, la nº 16– sobre la necesidad de regular la protección de testigos y de las personas que colaboran con la acción de la justicia en el marco del Convenio europeo sobre asistencia judicial en materia penal.

Más recientemente la **Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio sobre Prevención y Control de la delincuencia organizada**, aprobada por el Consejo de la Unión celebrado el 27-3-2000 y que responde a las iniciativas de reforzamiento y fortalecimiento de la acción de lucha contra la delincuencia organizada sugeridas por el Plan de Acción aprobado por el Consejo Europeo de Viena en Diciembre de 1998 y por las Conclusiones aprobadas por el Consejo Europeo de Tampere en Octubre de 1999, ha incluido una Recomendación –la nº 25– con el objetivo de elaborar un instrumento jurídico sobre la posición y la protección de testigos y de personas que participen o que hayan participado en organizaciones delictivas y que estén dispuestas a cooperar en el proceso judicial mediante el suministro de información útil para fines de investigación y de recogida de pruebas o mediante el suministro de información que pueda contribuir a privar a las organizaciones delictivas de sus recursos o de las ganancias de origen delictivo.

Se ha llegado así al **proyecto de Decisión del Consejo de la Unión Europea**¹⁶, concerniente a la protección de testigos y de colaboradores con la acción de la justicia en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, que todavía no ha sido aprobado pese a que estaba prevista su puesta en marcha bajo Presidencia española en el primer semestre del 2002.

En los trabajos de elaboración de la **ley orgánica 19/94 de 23 de Diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales** se tuvieron en cuenta para compatibilizar el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos, peritos y sus familiares las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos "Kostovski" s. 20-11-89, "Windisch" s. 27-9-90, y "Delta" s. 19-12-90) y del Tribunal Constitucional (STC. 64/94 de 28-2). Hemos de recordar que uno de los componentes esenciales del derecho a un proceso equitativo reconocido por el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y por el art. 24 CE es el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testi-

¹⁶ El proyecto de Decisión, que extiende su ámbito de aplicación tanto a testigos como a colaboradores de la justicia, contempla diferentes medidas: programas de protección, medidas relativas a la fase judicial del procedimiento y medidas de compensación penal. Particular interés tienen las primeras, pues dentro del programa de protección se incluye la atribución de ventajas económicas y financieras, y se atribuye la responsabilidad de su adopción y aplicación a un órgano colegiado mixto compuesto por representantes de la policía y de la autoridad judicial.

gos de cargo (proclamado en el apartado 3.d) del citado artículo del Convenio), pero también que su ejercicio pueda entrar en colisión con otros bienes jurídicos a cuya tutela está igualmente obligado el ordenamiento jurídico cuales son los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas que pueden verse en una situación de riesgo o de peligro como consecuencia de su participación en el proceso, sean éstos acusados, testigos o peritos. Pues bien, con esta normativa no se pretende otra cosa que, desde el más escrupuloso respeto a los principios constitucionales y legales que informan todo proceso penal, el Estado adopte las medidas necesarias para conjurar ese peligro y garantizar la seguridad de quienes resulten o puedan resultar afectados por esa situación.

Aceptada la necesidad de una norma de esta naturaleza por las fundadas razones que acabamos de exponer, se puede avanzar ya que la regulación contenida en la ley orgánica 19/94 es incompleta, insuficiente e inadecuada, y que además no responde a las orientaciones y recomendaciones emanadas del Consejo de la Unión Europea: regula deficientemente las medidas de protección; no contempla la aplicación de tales medidas protectoras a los acusados que colaboran con la justicia; tampoco regula la imposición de semejantes medidas a los familiares y allegados de los afectados; y nada se dice de la protección antes de la iniciación del proceso penal o en el marco de la ayuda judicial internacional.

Ámbito objetivo de la ley. El ámbito objetivo de aplicación de la ley se ciñe según su art. 1 a los procesos penales (incluidos los de la jurisdicción militar, los juicios de faltas y los relativos a menores), quedando al margen en principio las investigaciones policiales y las realizadas con carácter preprocesal por el Ministerio Fiscal, cuya capacidad para adoptar las medidas de protección previstas en la ley de forma autónoma es muy limitada: los arts. 2 y 4 atribuyen en exclusiva a los Jueces Instructores y Tribunales de enjuiciamiento la adopción y mantenimiento de todas las medidas dirigidas a preservar la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo de testigos y peritos, y solo al amparo del art. 3 podrían acordar en el ámbito respectivo de sus competencias medidas de protección policial, de facilitación de nuevos documentos de identidad y medios económicos (facultades éstas que en la esfera administrativa puede utilizar el propio Ministerio del Interior). No obstante, el problema es más teórico que práctico pues en las investigaciones prejudiciales, a diferencia de la instrucción judicial, no se producen auténticos actos de prueba, lo que excluye la necesidad de garantizar la contra-

dicción en la práctica de las diligencias de carácter preprocesal. El principio de contradicción como elemento básico del derecho de defensa desarrolla en la formación de las pruebas todos sus efectos en el juicio oral (pues como regla general solo son pruebas de cargo las practicadas en ese acto con publicidad, oralidad, intermediación y contradicción) y en la fase de investigación sumarial para los casos de la prueba preconstituida y anticipada.¹⁷

Excepcionalmente, el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la ley orgánica 5/99, al regular la figura del “agente encubierto” para las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, atribuye también al Ministerio Fiscal, además de la Autoridad Judicial, la facultad de autorizar la actuación de funcionarios de la Policía Judicial bajo identidad supuesta, lo que equivale a ocultar los datos identificativos de los mismos.

Ámbito subjetivo de la ley. El ámbito subjetivo de aplicación de la ley queda restringido a los testigos y peritos¹⁸. Para nada se hace referencia a las personas del entorno familiar como sujetos jurídicamente protegibles pese a que la utilización de los mecanismos de protección legalmente previstos puede sustentarse también –conforme al art. 1.2 de la ley- en la existencia de riesgo o peligro para la persona, libertad o bienes del cónyuge (de hecho o de derecho), ascendientes, descendientes y hermanos. Únicamente

¹⁷ La doctrina constitucional -SSTC. 62/85, 137/88, 182/89, 200/96, 153/97, 49/98 y 115/98 entre otras- admite la eficacia probatoria de las diligencias sumariales siempre que se cumplan las siguientes condiciones o requisitos: 1) que no sea posible su reproducción en el juicio oral, 2) que se haya producido con intervención judicial, 3) que la defensa del acusado haya tenido la posibilidad de intervenir en la diligencia y 4) la lectura efectiva en el juicio oral de su contenido como prueba documentada o con reflejo documental (como expresamente dispone el art. 4.5 inciso último de la ley).

¹⁸ Como peritos deberán ser considerados a estos efectos los intérpretes o traductores de otras lenguas. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2ª) ha resuelto recientemente en el marco del sumario 17/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 la aplicación de medidas de protección para un traductor de lengua kurda cuya única misión en el proceso ha consistido en constatar la veracidad de las traducciones efectuadas en sede policial en relación con conversaciones telefónicas mantenidas entre los distintos integrantes de una red turca, compuesta sobre todo por individuos de etnia kurda, dedicada a la comercialización de elevadas cantidades de heroína. La decisión judicial se fundamentó en informes policiales en los que se ponían de manifiesto las presiones, amenazas, e incluso posibles agresiones físicas que se verían obligados a soportar las personas conocedoras de esa lengua con el objetivo de impedir su colaboración en tales tareas, que son vitales para el exacto conocimiento de las actividades de tales organizaciones criminales y para su aportación como medios de prueba al proceso. En el acto del juicio oral, el Tribunal decidió mantener reservada la identidad del traductor practicándose la pericia sin que ni acusados ni público pudieran verle físicamente aunque sí oírlo, y siendo visualizado en todo momento por el Tribunal, el Fiscal y los letrados de las defensas. La STS de 28-7-01 ha resuelto en sede casacional esta cuestión confirmando la legalidad y la corrección procesal de tal decisión.

el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras ser reformado por la ley orgánica 14/99, contiene una referencia genérica sobre esta particular cuestión: permite al Juez Instructor adoptar cuantas diligencias sean necesarias para proteger a los ofendidos, a los perjudicados, **a los familiares** y a otras personas, aunque en realidad se trata de una actuación protectora limitada, pues la misma se ciñe a las medidas cautelares previstas por el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuales son el alejamiento físico y la prohibición de incomunicación entre inculcado y estas personas.

Queda igualmente sin definir la cuestión de los delincuentes arrepentidos (arts. 376 y 579 C.P.) y de los coimputados que colaboran con la justicia incriminando a otros partícipes o facilitando la obtención de medios de prueba, aunque doctrinalmente se ha postulado una interpretación autónoma y amplia del concepto de testigo, más acorde con las orientaciones emanadas de organismos y textos jurídicos internacionales, que permita la inclusión de aquéllos, basada no en su posición procesal formal sino en el contenido material o real de la deposición prestada en el proceso¹⁹. Es preciso recordar aquí que la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de Noviembre de 1995 entiende por testigo toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación pueda poner en peligro a dicha persona.

Sin embargo, la propia naturaleza de este medio de prueba -en cuya valoración juegan un papel decisivo según criterios jurisprudenciales muy consolidados la personalidad del individuo, sus relaciones precedentes con los restantes partícipes, la existencia de móviles turbios o espurios en su proceder y la posible finalidad autoexculpatoria de sus declaraciones- excluye que un procesado o acusado en esta situación pueda ser acreedor o beneficiario de la totalidad de los instrumentos de protección previstos por la ley, en particular el mantenimiento del anonimato o de la reserva de identidad ni si-

¹⁹ La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, pags. 370 a 372, resume las opiniones de varias Fiscalías que claramente postulan la inclusión de los imputados en el ámbito de protección de la ley, en el primer caso de forma generalizada, y en el segundo al menos hasta que se produzca la formalización judicial de la imputación. En el terreno práctico, debe constatarse que se ha rechazado al menos parcialmente la aplicabilidad de las medidas de protección a quienes ostentan tal condición en el proceso (por ejemplo, en los casos "Lasa y Zabala" y "Marey" -asuntos relacionados con el terrorismo de Estado- se negó a algunos acusados la ayuda económica a que se refiere el art. 3 de la ley).

El art. 68.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional considera también a los acusados como sujetos susceptibles de protección permitiendo a tales efectos ciertas restricciones del principio de publicidad.

quiera en fase sumarial²⁰, pues en estos casos tales circunstancias son especialmente relevantes en orden a determinar la credibilidad del que declara, y sin el conocimiento de su identidad por la defensa difícilmente podrá ésta cuestionar su fiabilidad a través de un interrogatorio sobre aspectos que puedan tener influencia en ese sentido o mediante la presentación de otras pruebas que permitan crear dudas sobre la coherencia, consistencia y verosimilitud de tal testimonio. Descartada la aplicación de esta específica medida de protección por las razones expuestas, no se observa óbice legal alguno para que al coimputado o coprocesado se le pudieran aplicar, una vez reconocida su condición de sujetos susceptibles de protección, las restantes medidas previstas legalmente: tanto las contempladas en el art. 3.2 de la ley (protección policial, ayuda económica y cambio de identidad) como las establecidas en el art. 2 (ocultación del domicilio, profesión y lugar de trabajo, y utilización de medios o procedimientos que permitan dificultar o imposibilitar el reconocimiento de su verdadera fisonomía y/o prestar declaración sin presiones, amenazas o intimidaciones que pudieran ejercer otros coimputados).

Las disposiciones de la ley son, desde luego, plenamente aplicables a los agentes policiales, pues como señalan las SSTS de 28-2-98 y 16-5-00 "la ley orgánica 19/94 no establece obstáculos para que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan ser objeto de la protección que regula el citado texto". Existe, además, una práctica inveterada en los órganos judiciales, habitual y frecuente ya antes de la vigencia de la ley, que permite a los funcionarios policiales identificarse única y exclusivamente con el número de carnet profesional, uso que encuentra reconocimiento específico en la ley y que garantiza la ocultación de la verdadera identidad del funcionario y de sus circunstancias personales por la impermeabilidad que caracteriza los sistemas de datos de las propias organizaciones policiales (al menos en los cuerpos estatales). Para el caso de los funcionarios policiales encubiertos la aplicación de las medidas de protección y de seguridad legalmente previstas se reconoce expresamente en el art. 282 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitiéndose a los mismos, cuando el órgano judicial lo autorice, mantener la identidad ficticia cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido.

²⁰ Sólo respecto a dos individuos, ambos procesados y condenados en el sumario 13/90 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, "caso Necora", se han arbitrado todas las medidas de protección incluidas en el art. 3 de la ley (protección policial, ayuda económica y facilitación de nueva identidad), pero sin que en el curso del proceso se adoptaran otras limitaciones ni para preservar la identidad real ni para impedir su identificación visual.

Fundamento de las medidas de protección. El presupuesto de adopción de las medidas de protección que regula la ley es conforme al art. 1.2 la apreciación de un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo o perito, su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos. Por el contrario, el art. 2 -al igual que la Exposición de Motivos- utiliza indistintamente los términos riesgo o peligro, conceptos claramente diferenciados por la eventualidad que caracteriza al primero y la concreción en la amenaza que comporta el segundo, por lo que en ambos casos podrá la autoridad judicial de manera motivada acordar medidas de protección²¹. Es la interpretación más convincente si atendemos a las consideraciones que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Doorson y Van Mechelent (a los que haremos posteriormente una referencia más específica):

a) los testigos y peritos poseen intereses legítimos y relevantes (vida, integridad física, libertad, seguridad, patrimonio, etc.) que deben ser objeto de protección conforme al art. 8 del Convenio, y cuyo reconocimiento puede motivar restricciones no sustanciales de los derechos reconocidos en el art. 6 a los acusados e imputados en un procedimiento penal.

b) es suficiente a tales efectos que exista un riesgo para tales intereses que pueda derivarse de hechos generalmente aceptados por la frecuencia en su producción (v.g. los traficantes de droga recurren a las amenazas o a la violencia efectiva respecto de los testigos de cargo) sin que sea preciso que en el caso concreto se haya producido alguna amenaza específicamente procedente del acusado o de su entorno.

c) la protección de esos derechos e intereses es extensible a los funcionarios policiales, aun reconociendo que el ejercicio de esta profesión conlleva riesgos adicionales a los de cualquier testigo que es necesario asumir, y muy especialmente a los agentes policiales encubiertos, considerando un interés legítimo de las autoridades policiales la reserva de su identidad para garantizar su seguridad y su utilización en el futuro en otras investigaciones.

Queda, por último, analizar las cuestiones atinentes a lo que en el lenguaje procesal se denominan "testigos ocultos" y "testigos anónimos". El art. 2

²¹ Para la STS de 3-3-99 la existencia del peligro supone la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la Administración de Justicia o sus allegados inmediatos.

de la ley autoriza al Juez Instructor para excluir de la causa los datos de identificación de testigos y peritos (manteniéndolos en piezas o diligencias reservadas para las partes²²) y a utilizar en la práctica de diligencias procedimientos que impidan su identificación visual normal, así como la fijación como domicilio de la sede judicial a efectos de citaciones y notificaciones. El art. 4 permite al Tribunal encargado del enjuiciamiento el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas protectoras acordadas por el Juez Instructor, incluso la adopción de otras nuevas, precisándose en el apartado 3 que la identidad de testigos y peritos (nombre y apellidos) deberá facilitarse a las partes cuando éstas lo soliciten motivadamente en sus escritos de calificación provisional.

Como regla general las actuaciones judiciales son orales y públicas. Así lo proclaman los arts. 120.3 de la Constitución y 232.1 L.O.P.J.. Sin embargo, la protección de otros bienes jurídicos puede obligar -como señala el citado art. 232- a restringir el principio de publicidad, una limitación que si se mantiene en ese ámbito sin afectar a otros principios básicos del proceso penal carecerá de relevancia constitucional y hasta procesal, pero si las restricciones adoptadas impiden la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo quedará afectado el principio de contradicción como garantía esencial del proceso y se habrá producido un quebranto o menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.

La doctrina elaborada sobre estas cuestiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus distintas sentencias (S. 24-11-86 -caso Unterpertinger-, S. 20-11-89 -caso Kostovski-, S. 27-9-90 -caso Windisch-, S. 19-12-90 -caso Delta-, S. 15-6-92 -caso Ludi-, S. 26-3-96 -caso Doorson-, y S. 23-4-97 -caso Van Mechelent-) incide especialmente en la necesidad de garantizar la contradicción como exigencia irrenunciable incluida en el art. 6.3.d) del Convenio.

²² En el plano teórico esta limitación alcanza a acusaciones y defensas en su conjunto como lógica consecuencia del principio de igualdad de armas; ahora bien, no debe perderse de vista que el riesgo o peligro para los derechos fundamentales de los testigos, peritos o sus allegados procederá siempre del entorno del acusado, lo cual justificaría que la reserva sobre la verdadera identidad se mantuviera única y exclusivamente respecto a aquella parte del proceso generadora de ese riesgo o peligro; en la mayor parte de los casos esas medidas de protección serán adoptadas a instancia o previo informe del Ministerio Fiscal (v.g. la protección policial exige conforme al art. 3.2 la iniciativa de este órgano), que para ello deberá tener conocimiento de las circunstancias concretas que justifican la aplicación de la ley; no se debe olvidar, por último, la posición institucional del Ministerio Fiscal como garante de los derechos y libertades de los ciudadanos en igual medida que los Jueces y Tribunales, y la función de control y defensa de la legalidad que la Constitución(art. 124) y las leyes le encomiendan.

La ocultación de los testigos. El problema de los testigos ocultos, entendiéndose por tales aquellos que prestan su testimonio sin ser vistos por acusados y público, ha sido resuelto satisfactoriamente tanto por la ley orgánica 19/94 como por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional en sentencia 64/94 de 28-2 y auto 270/94 de 17-10 (ambos casos relativos a la toma de declaración de testigos en el juicio oral, en habitación contigua a la Sala de vistas, sin ser vistos pero sí oídos por el acusado y su defensa) concluyó que la publicidad del proceso fue respetada al haberse celebrado el juicio en la sede del Tribunal y documentado en la correspondiente acta, y que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos permiten sostener que se han respetado las exigencias derivadas del art. 6.3.d) del Convenio, y en consecuencia del art. 24.2 de la Constitución²³

En la misma línea la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha respaldado en diversas resoluciones la utilización de testigos ocultos argumentando que tales prácticas son restricciones mínimas del principio de publicidad justificadas por la necesidad de proteger la seguridad y evitar la identificación física de los testigos²⁴. Los ejemplos son todavía más abundantes en los

²³ En el fundamento jurídico 2º de la STC 64/94 se dice literalmente "No cabe duda que tal forma de prestar declaración en el acto del juicio constituye una cierta anomalía procesal, pues, en primer término, no es ordinaria o frecuente, y, además, no parece adecuarse a los términos literales del art. 229.2 de la L.O.P.J.,... Ahora bien, este Tribunal viene señalando de manera reiterada que no es únicamente la constatación de una determinada irregularidad procesal lo que dota de relevancia constitucional a la queja de amparo, sino la incidencia real que aquella tenga en el supuesto concreto sobre los derechos fundamentales cuya vulneración se invoca...". En el fundamento jurídico 3º de la citada resolución se analiza el problema desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) en una triple vertiente de exigencias: publicidad, contradicción e igualdad de armas. Tras constatar que esa anómala forma de declaración no vulnera el principio de publicidad del proceso, se llega también a la conclusión -con cita de las sentencias del T.E.D.H. antes mencionadas- de que se ha respetado la posibilidad de contradicción como exigencia básica del art. 6.3.d) del Convenio señalando que "... es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos, como el presente, en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de <oculto> -entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado- pero en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3.d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución".

²⁴ En casos muy recientes, la Sala 2ª del Alto Tribunal ha avalado la declaración de testigos de manera oculta impidiendo su visualización bien por el acusado, bien por el público, bien por ambos:

múltiples procesos penales que se instruyen y enjuician en la Audiencia Nacional por delitos de terrorismo y narcotráfico organizado.

Por el contrario, no se ha admitido la práctica de la prueba testifical en el juicio oral en ausencia del procesado (SSTS. de 20-2-89, 17-9-90 y 8-5-91), porque el juicio oral exige la inexcusable presencia de los procesados o acusados a fin de que conozcan los cargos que contra ellos se esgrimen y puedan hacer las preguntas y repreguntas necesarias sin que sea suficiente a tales efectos la presencia de la defensa técnica, de manera que sólo en casos muy excepcionales podrá producirse válidamente la declaración del testigo en ausencia del procesado o acusado (los supuestos legalmente regulados están previstos en el art. 793.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – celebración del juicio oral en el procedimiento abreviado en ausencia del acusado-, en el art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -expulsión por alteración del orden- y en el art. 232.2 L.O.P.J. -protección de derechos fundamentales de terceros). Parece, pues, que aunque el art. 6.3.d) del Convenio no lo reconozca expresamente, el acusado tiene derecho a estar presente mientras los testigos de cargo son interrogados en la medida en que se le concede el derecho a interrogarles. Mas explícitamente el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho del acusado a hallarse presente en el proceso. Todavía se encuentra más precisión en el art. 63.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional al establecer que el acusado estará presente durante el juicio, prescribiéndose únicamente su ausencia en los casos excepcionales de perturbación del juicio a él imputable, pero manteniendo la posibilidad de que siga el desarrollo del

-
- STS de 8-7-94: el testigo declaró en el umbral de la puerta de acceso a estrados de la sala de vistas, siendo visto por el Tribunal, Fiscal y Letrados defensores, pero no así por los acusados y público que únicamente pudieron oírlo.
 - STS de 14-2-95: se tomó declaración a varios testigos ante el Tribunal sin que el acusado pudiera verlos.
 - STS de 25-4-97: varios testigos policías declararon tras una mampara de papel en presencia del Tribunal, Fiscal, Letrados y acusados pero sin ser vistos por el público.
 - STS de 24-6-97: el testigo declaró en presencia del Tribunal, Fiscal y Letrados, pero sin ser visto aunque sí oído por los acusados.
 - STS de 28-11-97: es un supuesto idéntico al anterior, pero en esta ocasión el testigo no fue visto, aunque sí oído, por los acusados y por el público.
 - STS de 9-3-99: varios testigos policías declararon tras un biombo que impidió que fueran vistos por el público y los acusados, aunque sí podía verlos su defensa letrada.
 - STS de 5-4-00: un testigo menor de edad declaró a puerta cerrada de forma anticipada y sin la presencia del acusado.
 - auto de 5-5-00: los testigos menores de edad declararon en el juicio oral separados del acusado por un biombo.

proceso y contacte con su defensor mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación.²⁵

Si aceptamos el concepto amplio de testigo que internacionalmente se postula, podría incluso contemplarse la posibilidad de que un coimputado pudiera declarar fuera de la presencia de los restantes acusados -cuando existiere riesgo razonable de que éstos pudieran ejercer presiones intimidatorias sobre el mismo- garantizándose su visualización mediante la utilización de las modernas técnicas audiovisuales²⁶. Sin duda la incorporación de los nuevos avances técnicos y científicos al desarrollo del proceso contribuirá a solucionar estas situaciones de conflicto entre distintos derechos e intereses legítimos, pues la proyección audiovisual de un testimonio prestado fuera de la sala de vistas compatibiliza los derechos fundamentales de los testigos y de los acusados: por un lado, elimina el riesgo de sentirse coaccionado o intimidado por la presencia de los acusados, y por otro lado, asegura la percepción de los gestos y reacciones del testigo para permitir a la defensa y al acusado formarse un juicio de valor sobre su fiabilidad y credibilidad

La ley orgánica 14/99 de 9 de Junio(B.O.E. de 10-6-99) ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia mediante la incorporación de las siguientes novedades normativas: adición al art. 448 de la ley procesal

²⁵ En nuestro sistema procesal el interrogatorio del testigo se realiza por la defensa técnica y no existe la posibilidad del interrogatorio directo por el inculcado, argumentándose con razón que la presencia del inculcado en el juicio oral no es un derecho absoluto, y buena prueba de ello son los supuestos antes citados -arts. 687 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 232 L.O.P.J.- y la posibilidad de celebrar el juicio oral en el procedimiento abreviado (art. 786.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal) en ausencia del mismo.

La legislación procesal alemana permite al Tribunal ordenar el desalojo del acusado de la Sala cuando fuere de temer que un testigo o un coacusado no dirá la verdad por estar presente, y cuando el testigo fuese menor de 16 años, debiendo el Presidente informar al acusado, cuando vuelva a estar presente, del contenido esencial de lo que durante su ausencia ocurrió (arts. 168.c) y 247 del Código de Procedimiento Penal).

²⁶ La técnica de la videoconferencia para la ejecución de declaraciones testimoniales, periciales o de otras diligencias con intervención de testigos (por ejemplo, ruedas de reconocimiento) ya es una realidad en nuestro marco procesal: se consagra en el art. 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por ley orgánica 13/2003 de 24-10, permitiendo su aplicación a imputados, testigos y peritos, fundándola en razones de utilidad, seguridad, orden público o cuando la comparecencia pueda resultar gravosa o perjudicial, con comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Por otra parte, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional también es una técnica consagrada, hasta el punto de que el nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal aprobado por Acto de 29-5-00 la reconoce expresamente en su art. 10 como una útil y necesaria modalidad de cooperación, e igualmente el art. 18.18 de la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 15-11-2000.

penal de un párrafo que fue redactado de la manera siguiente: **"Cuando el testigo sea menor de edad el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba"**; al art. 455 de un párrafo con el siguiente tenor literal: **"No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial"**; así como la incorporación a los arts. 707 y 713 de la L.E.Criminal de normas idénticas para el desarrollo del juicio oral.

El hecho desencadenante de estas propuestas de reforma de la ley procesal penal fue la situación creada por la STS. de 16-6-98 que, en un caso de abusos sexuales de un padre respecto a dos hijas menores, estimó el recurso de casación interpuesto contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que admitió que una de las hijas prestara declaración en el juicio oral sin que pudiera advertir la presencia de su padre mediante la colocación de un biombo entre ambos, argumentando que la declaración de la hija no se celebró en condiciones que garantizaran una verdadera y real contradicción (que tampoco se había dado en la fase de instrucción) porque tratándose de la única prueba de cargo existente era imprescindible que la declaración se prestara de forma que la testigo se confrontara, conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar.

La reciente STS de 26-6-00 ha avalado la declaración de un menor en sala contigua a la del juicio oral siendo seguida y vista su declaración por acusado y Tribunal del Jurado a través de circuito cerrado de televisión.

Las referencias en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional a los modernos medios tecnológicos son también numerosas: presentación de pruebas por medios electrónicos o especiales para víctimas de agresión sexual o menores de edad (art. 68.2); prestación de testimonio por medio de grabación de video o audio (art. 69.2); sin perjuicio de lo que establezca el Reglamento de Procedimiento y Pruebas pendiente de desarrollo.

Finalmente la ley orgánica 19/94, en los arts. 2 y 4 permite a la autoridad judicial -instructora y juzgadora- utilizar a lo largo de todo el proceso medios o procedimientos que impidan la identificación visual normal del testigo o perito sin limitaciones como las previstas para su identidad. No existe objeción legal alguna para que se haga uso de disfraces, maquillajes u otros

artificios que desfiguren los rasgos físicos del testigo para evitar que pueda ser reconocido cuando presta testimonio en la sala de vistas en presencia del acusado, y si el testimonio fuera emitido por circuito cerrado de televisión bastará con alterar o manipular las imágenes relativas al rostro del testigo y otras características que permitan su identificación (v.g. así se establece en el Reglamento de Procedimiento y Pruebas del Tribunal Internacional de Yugoslavia-art. 75).

El anonimato de los testigos. La cuestión de los testigos anónimos ofrece, sin duda, mayores dificultades jurídicas. En principio, tanto el Tribunal Constitucional (STC. 64/94 y ATC. 270/94) como el Tribunal Supremo (SSTS. 8-7-94, 14-2-95, 25-4-97, 6-5-97, 11-6-97, 9-7-97, 6-10-97, 28-2-98, 16-3-98 y 27-10-98), basándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos insisten en la prohibición de los testimonios anónimos (entendiendo por tales aquellos en los que se oculta o se desconoce la identidad del testigo), pero si analizamos con detenimiento todas estas resoluciones comprobaremos que esa regla general no es absoluta y que al menos en supuestos excepcionales admite ciertas matizaciones, siempre y cuando se ofrezcan a la defensa mecanismos de compensación suficientes que garanticen la contradicción de tales testimonios. En otras palabras, el testimonio anónimo no es permisible cuando la Autoridad judicial no conoce la identidad del que lo presta, pero sí puede serlo aunque la defensa desconozca la identidad del testigo cuando el Juez y/o el Tribunal estimen fundadamente que es absolutamente necesario preservar su identidad durante todo el proceso, y que el conocimiento de la misma por la defensa es irrelevante e intrascendente a estos efectos, siempre que disponga de una oportunidad suficiente y adecuada para interrogar al testigo que compense ese déficit de información.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las diferentes sentencias que tratan este problema, centra las exigencias derivadas del art. 6.3.d) del Convenio muy especialmente en la garantía de la contradicción del testimonio, permitiendo sin embargo que la identidad del testigo no sea revelada a la defensa cuando concurren fundadas razones que justifiquen tal proceder.²⁷

²⁷ Veamos con más detalle los pronunciamientos del T.E.D.H. sobre este tema:

La sentencia de 24-11-86(caso Unterpertinger) estimó la violación del art. 6 del Convenio porque la condena se basó en las declaraciones realizadas por los testigos ante las autoridades policiales, leídas posteriormente en la vista oral, sin que los testigos pudieran ser interrogados por la defensa en la fase de instrucción.

La sentencia de 20-11-89(caso Kostovsky) apreció también violación del art. 6 del Convenio porque la condena se fundamentó en las declaraciones de testigos prestadas ante la policía y el Juez Instructor, que no comparecieron posteriormente en el juicio oral, sin que la defensa pudiera interrogar a los testigos ni conocer su identidad.

La sentencia de 27-9-90(caso Windisch) analizó la condena basada en declaraciones de dos testigos anónimos ante la policía, sin presencia de la defensa y que no fueron escuchados por el órgano de enjuiciamiento, concluyendo que en estas circunstancias se había producido vulneración del art. 6 del Convenio.

La sentencia de 19-12-90(caso Delta) entendió igualmente que se había producido una violación del art. 6 del Convenio porque la condena se fundamentó en las declaraciones prestadas por los testigos ante la policía sin la presencia de la defensa, y sin que pudieran ser interrogados posteriormente ni en fase de instrucción ni en fase de enjuiciamiento.

La sentencia de 15-6-92(caso Ludi) volvió a estimar la vulneración del art. 6 porque la condena se basó en los informes escritos de un agente infiltrado, cuya verdadera identidad no fue nunca revelada, que no declaró en el juicio oral y que no pudo ser interrogado en ningún momento por el defensor. Pero esta sentencia contiene ya una primera matización interesante sobre el mantenimiento del anonimato, al afirmar que constituye un interés legítimo de las autoridades de policía el hecho de preservar el anonimato de su agente, no sólo para protegerle, sino también para poderlo utilizar en un futuro(parágrafo 49), careciendo de relevancia que el acusado o su defensa conozcan la identidad real del funcionario policial encubierto. A juicio del Tribunal, lo que resultó determinante para apreciar la violación del Convenio fue que ni el acusado ni su letrado tuvieron en ningún momento la ocasión de interrogar o de abrigar alguna duda sobre su credibilidad.

La sentencia de 26-3-96(caso Doorson) rechaza la violación del art. 6 del Convenio en un supuesto en el que la condena se basó esencialmente en la declaración de varios testigos anónimos ante la policía y, posteriormente, ante el Juez Instructor a puerta cerrada, pero en presencia de la defensa del acusado que pudo interrogar a los testigos y manteniendo su anonimato ante el riesgo de que fueran objeto de represalias, sin que los mismos fueran llevados al juicio oral(en este punto se separa de la doctrina del caso Windisch). La declaración de estos testigos anónimos no fue la única prueba que tomó en cuenta el Tribunal de instancia para fundamentar la condena, habiéndose llegado a afirmar en este caso que no es posible basar una condena, ni únicamente, ni de un modo determinante, en declaraciones anónimas.

La sentencia de 23-4-97(caso Van Mechelent)admite la violación del art.6 ante una condena basada en los testimonios de varios policías que fueron interrogados por el Juez de Instrucción sin que el órgano de enjuiciamiento considerara necesario oírlos en el juicio oral; tales testigos revelaron su identidad exclusivamente al Juez y fueron interrogados, sin ser vistos, por la defensa -se hallaban en una dependencia contigua sin comunicación visual, pero sí sonora, con los abogados de la defensa y el Fiscal. En esta resolución se vierten algunas consideraciones de gran importancia para el tema que nos ocupa:

- aunque el Juez Instructor justificó el mantenimiento del anonimato de los policías en el temor de represalias y amenazas a sus familias que ya habían sufrido en casos anteriores, los policías se encuentran en una situación diferente a la de un testigo desinteresado o de una víctima, porque entre sus deberes figura muy especialmente prestar testimonio en audiencia pública.
- el uso de los testimonios anónimos debe producirse sólo en casos excepcionales(se cita como ejemplo, al igual que en el caso Ludi, el interés legítimo de las Autoridades policiales en preservar el anonimato de un agente encubierto para asegurar la protección de su familia y no comprometer su uso en operaciones futuras).
- el interrogatorio de los policías ante el Juez instructor sin ser vistos por los letrados les privó a estos de la posibilidad de observar sus reacciones a las preguntas y determinar su fiabilidad, lo que supone una limitación extrema del derecho de defensa, aunque contradictoriamente se añade que

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina del T.E.D.H. y ha admitido en algunos casos (SSTS. de 6-5-97, 9-7-97 y 28-2-98) que la declaración de un testigo anónimo (entendiendo por tal aquel cuya identidad verdadera no es revelada a las partes) no afecta sustancialmente el principio de contradicción y, en consecuencia el derecho de defensa. Así, la STS de 9-7-97 rechaza la alegación de indefensión porque el testigo fue sometido a interrogatorio contradictorio en el plenario, su identidad era conocida por el Tribunal y no fue la única prueba para la resolución del caso. En parecidos términos, la STS de 28-2-98 -en un supuesto en el que varios policías declararon en el juicio oral bajo números en clave siendo la única prueba de cargo utilizada por el Tribunal para dictar sentencia condenatoria- rechaza idéntica alegación de indefensión por entender que la medida era absolutamente necesaria en atención a las circunstancias concurrentes en el caso.

Tampoco puede afirmarse con rotundidad que el art. 4.3 de la ley obligue automáticamente en todos los casos a poner en conocimiento de la defensa la identidad verdadera del testigo (su nombre y apellidos) cuando ésta lo solicite en su escrito de calificación provisional. La expresión "motivadamente" significa que la defensa deberá exponer, y el órgano encargado del enjuiciamiento naturalmente valorar, de manera fundada las razones que justifiquen la necesidad de conocer la identidad del testigo, y en qué medida el desconocimiento de la identidad real del mismo limita las posibilidades de defensa causando un quebranto efectivo de este derecho. Llegados a este punto, parece evidente que el mantenimiento del anonimato incluso en el juicio oral, desde el estricto cumplimiento del presupuesto que establece el art. 1.2 de la ley, dependerá de la relación concreta del testigo con el hecho delictivo y su autor: en los casos de testigos desinteresados (v.g. el que accidentalmente presencia un asesinato), de víctimas ocasionales de un delito (v.g. el empleado de una entidad bancaria objeto de un atraco), o de testigos policías que han intervenido profesionalmente en una investigación²⁸, la revelación de la identidad no aportará nada desde esa perspectiva ni mejora-

la comparecencia de los policías podía haberse realizado usando técnicas de disfraz o maquillaje previstas por la legislación del país.

-el testimonio de los policías anónimos fue la prueba determinante para la condena en tanto que único elemento identificador de los acusados (siguiendo la doctrina del caso Doorson).

²⁸ Como ya hemos señalado con anterioridad la ley orgánica 5/99 establece un régimen especial, frente a lo dispuesto en esta ley, para los funcionarios policiales que actúen como agentes encubiertos puesto que se les permite testificar en el proceso bajo la identidad ficticia que hayan utilizado en la investigación y por la cual son conocidos por los acusados.

rá las posibilidades de la defensa para cuestionar su fiabilidad, por lo que estará plenamente justificado que el Tribunal mantenga el anonimato del testigo, pudiendo compensarse ese desconocimiento con un amplio interrogatorio y la consiguiente apreciación de su credibilidad, firmeza, impresión de veracidad y sinceridad que se perciba a partir de las respuestas del testigo; si los testigos hubiesen mantenido alguna relación con el acusado anterior al hecho generador del proceso, entonces será necesario que éste conozca la identidad real para poder cuestionar su fiabilidad a través de un interrogatorio suficiente y de la propuesta de pruebas dirigidas a tal fin, porque esas relaciones extraprocesales pueden haber originado una situación de hostilidad o de enemistad cuya probanza es decisiva para negar la credibilidad subjetiva del testimonio.

En todo caso, resulta obvio que la imperatividad de la ley en este punto no es tal, aunque "de lege ferenda" podría mejorarse técnicamente la respuesta a este problema haciendo depender la obligatoriedad de proporcionar a la defensa la identidad del testigo de circunstancias como las anteriormente expuestas y muy especialmente del carácter determinante y decisivo del testimonio.

Todas las reflexiones que acabamos de exponer son extrapolables "mutatis mutandis" a los peritos con una particularidad: parece razonable que las partes tengan constancia en todo caso de la titulación, preparación y conocimientos técnicos y científicos del perito para poder discutir su idoneidad como especialistas de la materia o disciplina que va a fundamentar la evaluación de la pericia, pues el desconocimiento de todas estas circunstancias impide ejercer el mecanismo legal de su recusación al amparo de las causas previstas por el art. 468 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A modo de resumen de todo lo dicho, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1.- La garantía de la contradicción contenida en el art. 6.3.d) del Convenio como elemento indispensable del derecho a un proceso equitativo se integra esencialmente por la oportunidad para la defensa de interrogar a los testigos de cargo, bien en el juicio oral como norma general, bien en la fase de instrucción.²⁹

²⁹ La sentencia del T.E.D.H. de 27-2-01 (caso Luca), que finalmente apreció violación del art. 6 del CEDH, recuerda una vez más la necesidad de garantizar la contradicción en el proceso, por lo que cuando una condena se basa únicamente o en una medida determinante en las declaraciones de una persona que el acusado no ha podido nunca interrogar o hacer interrogar, los derechos de defensa

- 2.- No es necesaria la presencia del acusado en el interrogatorio de los testigos de cargo pero sí de su defensa técnica, salvo para la práctica de aquellas diligencias que, como el careo, requieren la confrontación directa entre testigos y acusados.³⁰
- 3.- Es posible mantener el anonimato de los testigos para el acusado y su defensa cuando concurren los presupuestos que establece la ley orgánica 19/94 y el Tribunal estime fundadamente que la revelación de la identidad no es relevante a tales efectos.
- 4.- También es posible mantener ocultos frente al acusado y su defensa la fisonomía y los rasgos físicos del testigo como una restricción del principio de publicidad que carece de relevancia procesal y constitucional, si no se han adoptado otras limitaciones.
- 5.- La declaración de los testigos de cargo de manera anónima y oculta a la vez para la defensa técnica, que no así para el acusado, puede justificarse en situaciones excepcionales por la fundada necesidad de proteger los derechos fundamentales de aquéllos, pero también puede constituir en algunos casos una limitación extrema del derecho de defensa incompatible con el derecho a un proceso equitativo en cuanto que impide a la defensa discutir adecuadamente la credibilidad objetiva y subjetiva del testimonio en su conjunto.³¹

sufren una restricción tan importante que resulta incompatible con las exigencias del art. 6 del Convenio, precisando a continuación que el término “testigo”, que utiliza el art. 6.3.d) debe entenderse en un sentido amplio comprensivo de las declaraciones hechas por coimputados y por los testigos en sentido estricto.

³⁰ En una sentencia de 4-2-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) en el sumario 25/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, seguido por un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, se constata que la celebración de un careo entre dos coimputados, uno de los cuales acusaba al otro de ser el responsable máximo de la operación delictiva, con la asistencia a la diligencia de sus respectivos Letrados defensores, garantiza suficientemente la contradicción en los términos del art. 6.3.d) del Convenio porque el acusado ha escuchado y ha rebatido directamente las imputaciones de quien le acusaba. La diligencia en cuestión fue realizada ante el Juez de Instrucción, estando declarado el secreto sumarial y no pudo practicarse en el juicio oral porque el coprocesado acusador fue asesinado unas semanas más tarde por no retractarse de sus manifestaciones. El Tribunal estimó que la forma en que se ejecutó tal diligencia satisfizo plenamente el derecho a interrogar a los testigos de cargo (que en esta ocasión se produjo en fase de instrucción) y aceptó como prueba preconstituida las declaraciones inculporias del coprocesado asesinado al reunir todos los presupuestos que para su aceptación como medio de prueba exige la doctrina del Tribunal Constitucional en las ya citadas sentencias 153/97, 49/98 y 115/98 entre otras. Tal resolución judicial ha sido confirmada en sede casacional por la STS de 12-6-01 (Pn. Andrés Ibáñez).

³¹ También recuerda la STS de 16-5-00, en un proceso penal por colaboración con banda armada en el que se aplicaron las normas de la Ley Orgánica 19/94 a unos policías que declararon como testigos, que el derecho a citar testigos y a interrogar tanto los de cargo como los de descargo, garanti-

- 6.- En todo caso, ni el anonimato ni la ocultación de testigos y peritos rigen para el Juez o Tribunal encargado del enjuiciamiento, ni tampoco para el Ministerio Fiscal pues, por su condición de defensor de la legalidad y órgano del Estado que ejerce la acción penal desde el prisma de la imparcialidad, no sería lógico privarle de la posibilidad de modificar una inicial posición acusadora por otra favorable para el imputado en atención a las circunstancias que hayan concurrido en el desarrollo de la prueba testifical y/o pericial (art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- 7.- Las declaraciones e informes de los testigos y peritos protegidos están sujetas al principio de libre valoración de las pruebas (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y a las reglas generales que sobre la validez y eficacia de las pruebas se derivan de las leyes y de la doctrina de los de los Tribunales nacionales e internacionales.

zados por el art. 24.2 CE y por el art. 6.3.d) CEDH, no depende en absoluto del conocimiento de la identidad y la fisonomía de los testigos interrogados, sino de la posibilidad de haber podido formular a los testigos de la acusación las preguntas que se hayan estimado pertinentes.

INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL BLANQUEO DE CAPITALES (II)

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO *

Sumario

1. La regulación del comiso de bienes en la legislación penal y en el derecho comparado. 2. La valoración de la prueba: especial referencia a la prueba indiciaria.

1. La regulación del comiso de bienes en la legislación penal y en el derecho comparado

Tradicionalmente el comiso ha sido considerado por los estudiosos del Derecho Penal como una cuestión de segundo orden. Basta consultar cualquier manual de Derecho Penal para comprobar que la cita y el comentario sobre esta institución apenas sobrepasan la reproducción literal de los preceptos penales que lo regulan. La mayor parte de los penalistas han pasado, pues, de puntillas cuando se ha tratado de analizar la figura del comiso.

Al igual que en el orden sustantivo, en el terreno procesal, y más concretamente en el marco del proceso penal, el comiso por su carácter de pena accesoria, y en cuanto tal de automática imposición, ha permanecido históricamente en un segundo plano, siendo obligado reconocer que, en el proceso penal, las investigaciones policiales y judiciales tendentes a cuantificar el producto de un determinado delito han brillado por su ausencia.

No obstante, en los últimos años las cosas han cambiado notablemente. El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un

* Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal.

Los instrumentos jurídicos internacionales vienen insistiendo constantemente en dos aspectos que son fundamentales a estos efectos: de una parte, en la prevención y represión de las conductas de blanqueo, y de otra, en la incautación de los beneficios conseguidos con esas actividades criminales. Es evidente, pues, que una de las prioridades de la política criminal actual es revitalizar la figura del comiso, y dotar de mayor operatividad y profundidad a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y de las ganancias que tengan un origen criminal.

Los arts. 1-f) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988, 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-12-2000 y 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida el 9-12-2003 lo definen como "la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente", mientras que el art. 1-d) del Convenio nº 141 del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos lo limita, en armonía con el contexto socio-jurídico al que se dirige, a "la privación definitiva de un bien ordenada por un Tribunal en un procedimiento relativo a un delito o delitos".

En los Tratados Internacionales que acabo de mencionar no existe ninguna referencia a su naturaleza jurídica, pero sí se observan marcadas diferencias entre ambos textos, seguramente como consecuencia del distinto espacio jurídico al que se dirigen.

Así, mientras para las Convenciones de Naciones Unidas es una medida que puede ser adoptada por autoridades distintas de las judiciales, lo que tiene su explicación si tenemos en cuenta que aquél es un instrumento normativo con vocación de universalidad y dirigido a sistemas jurídicos muy dispares entre sí; para el Convenio de Estrasburgo de 1990, de ámbito territorial más limitado y dirigido a países con ordenamientos jurídicos mucho más homogéneos y uniformes en el orden penal y constitucional, su aplicación se entiende exclusivamente en sede jurisdiccional, en el marco de procesos penales o, a lo sumo, de procedimientos relacionados con aquéllos, y con estricta sujeción a las garantías y derechos consagrados en el Convenio de Roma de 1950.

El papel de la Convención de Viena de 20-12-88 (B.O.E. de 10-11-90) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos ha sido verdaderamente determinante en este terreno porque ha incorporado al acervo jurídico internacional una regulación muy precisa y avanzada en materias básicas para un adecuado y eficaz desarrollo de la política criminal como son la penalización del blanqueo de capitales o lavado de activos, el decomiso o confiscación de bienes, y la asistencia judicial supranacional.

Así, en cuanto al decomiso de bienes, instrumento que es desarrollado en el art. 5, las líneas maestras que inspiran su regulación son las siguientes:

- inclusión del decomiso de bienes de valor equivalente: al amparo del art. 5.1.a) el decomiso debe alcanzar al producto derivado de los delitos de narcotráfico y blanqueo previstos por el art. 3.1, y en su caso también a los bienes cuyo valor equivalga a ese producto.
- inaplicación del secreto bancario frente a las decisiones de presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales (art. 5.3).
- posibilidad de concertar acuerdos para el reparto de bienes decomisados entre Estados y para financiar con los mismos a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y psicotrópicos (art. 5.5.b).
- aplicación del decomiso al producto transformado o convertido en otros bienes, y al producto mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas hasta el valor estimado de aquél, así como a los ingresos u otros beneficios derivados de ellos (art. 5.6).

Todas estas previsiones son incorporadas también en términos muy similares por las más recientes Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada en Palermo el 13-12-2000 (vid. Artículo 12), y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) el 9-12-2003 (vid. Artículo 31). Este último instrumento jurídico internacional citado va incluso mucho más lejos en algunas previsiones al reconocer en su capítulo V como principio general la restitución a sus legítimos propietarios y a los Estados afectados de los bienes y activos derivados de la corrupción, principio éste de cuya efectividad dependen muy particularmente la disposición y asignación de los mismos a programas que promuevan el

fortalecimiento y la mejora de la respuesta institucional en el combate contra la corrupción, así como la creación de órganos especializados en su prevención y represión.

Las más recientes iniciativas sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea se han concretado en tres trascendentes Decisiones: la de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito; la de 22-7-2003 sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; y la de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (se acompañan como Anexo)¹.

i) Concepto y naturaleza jurídica

En el Código Penal anterior el comiso estaba configurado como una pena accesoria, no como una medida o consecuencia penal de distinta naturaleza, que solo podía ser impuesta en virtud de sentencia.

Tal consideración hunde sus raíces en el Código Penal de 1822 y llega hasta nuestros días a través de los distintos Cuerpos penales, con la excepción del Código Penal de 1928, bajo cuya breve vigencia se reguló como medida de seguridad, aunque sin alterar prácticamente para nada su contenido y efectos.

Por contra, en el Código Penal recientemente aprobado por Ley Orgánica 10/95 deja de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria. Parece que se ha seguido en este punto la sistemática de la legislación penal

¹ **La Decisión Marco de 26-6-01** relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que persigue como objetivos fundamentales que los Estados miembros de la Unión no formulen reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de 1990, que los delitos de blanqueo sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a 4 años, y que arbitren en sus respectivas legislaciones el decomiso de bienes por un valor equivalente al del producto no aprehendido

La Decisión Marco de 22-7-03 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de los bienes y de aseguramiento de pruebas, que básicamente pretende un examen prioritario de las solicitudes de asistencia referidas a tales medidas, basado en la transmisión directa de las resoluciones entre la Autoridad que las haya dictado en el Estado de emisión y la Autoridad judicial competente del Estado de ejecución, así como en el principio de reconocimiento y ejecución inmediata de las resoluciones de tal naturaleza dictadas por las Autoridades judiciales de otros países.

La Decisión Marco de 25-2-2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito establece algunas disposiciones dirigidas a ampliar el decomiso de bienes de origen criminal, de manera que se puedan incluir en determinadas condiciones los bienes de personas allegadas al responsable criminal, los pertenecientes a personas jurídicas vinculadas con aquél, los adquiridos durante un período anterior razonable a la ejecución del hecho que motiva la condena, y aquellos que superen manifiestamente los ingresos legales.

alemana que, en su parte general, al contemplar las consecuencias jurídicas del hecho trata por separado la pena, las medidas de seguridad, y el comiso en sus dos manifestaciones de instrumentos y productos en sentido estricto, por una parte, y de ganancias, por otra.

Ya el Proyecto de Código Penal de 1992 situaba al comiso bajo el título "De las consecuencias accesorias"; y con anterioridad la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, alejándose drásticamente del Proyecto de Código Penal de 1980 que seguía tratando al comiso como una pena, lo consideró también como una consecuencia accesoria.

Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse "si de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles")².

Tampoco encajaba con claridad en las medidas de seguridad, entre las que las patrimoniales han sido muy criticadas por la doctrina³, pues éstas en sentido estricto tienen funciones reeducativas o de mejora⁴, que el comiso no cumple, pese a que la Ley de Peligrosidad Social de 4-8-1970 -ya derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 10/95- incluía la medida del comiso (art. 5.16) dentro del catálogo de medidas de seguridad que regulaba. Así, Manzanares Samaniego, quizás uno de los autores que con más detenimiento ha tratado esta cuestión, la califica de "medida sui generis" cuya imposición habría de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa⁵.

Como ha señalado insistentemente este tratadista la figura del comiso no cumplía las exigencias mínimas que debiera llenar toda pena, pues la proporcionalidad con el delito, la divisibilidad, e incluso el principio de

² Art. 26 párrafo 1º del Código de 1974.

³ Vid. FLORIAN: Parte generale del Diritto penale, Milán, 1934.

⁴ Explícitamente el art. 25.2 de la Constitución dispone que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social...". Parece, pues, claro que las medidas de seguridad se adoptarán "intuitu personae".

⁵ Vid. "Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/83", págs. 255 y ss., edit. Bosch, Barcelona, 1983; y "El comiso" en Comentarios a la legislación penal, tomo V, Volumen 1º, págs. 409 y ss.

culpabilidad no se reflejan como debiera en el comiso, y en particular, en la tradicional normativa de nuestro país.

Mucho más tras las reformas legales de los años 1988 y 1992 que, en materia de tráfico ilícito de drogas, han ido limitando progresivamente la aplicación de la proporcionalidad, y han permitido que el comiso pueda alcanzar a instrumentos, productos y ganancias de personas no responsables criminalmente del delito.

Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán), ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido Ferreiro consideraba aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta.

No han faltado autores que han destacado el carácter procesal del comiso (Serrano Butragueño citando a Torres-Dulce Lifante) al relacionarlo con las disposiciones contenidas en los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo entendemos que si bien es cierto que el artículo 334 de la ley procesal penal establece que el Juez recogerá en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar donde se cometió o en sus inmediaciones o en poder del reo, o en otra parte conocida, tal recogida poco o nada tiene que ver con el comiso. Efectivamente, si bien el objeto de dicha aprehensión puede coincidir con el del comiso –únicamente cuando este se refiere a instrumentos del delito, nunca si lo decomisado son las ganancias del mismo- no encontramos más analogías entre ambas figuras. Por el contrario resulta evidente la finalidad facilitadora de la investigación del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ubicado dentro del Título V del Libro II y bajo la rúbrica “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”), frente a la finalidad sancionadora del comiso. A esta diferencia de finalidad se añaden otras muchas relativas al propio alcance de una y otra medida, órgano competente y procedimiento para acordarla, etc., todo lo cual nos conduce a rechazar el carácter procesal del comiso.

El Código Penal español de 1995 considera al comiso como una **consecuencia accesorias**, al margen tanto de las penas como de las medidas de

seguridad. Su naturaleza es la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (Código Penal suizo o Código Penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 señala que “el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una "pena accesoria", y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una "consecuencia accesoria" de la pena (art. 127 CP de 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto". Importa destacarlo así, por la reiterada referencia que la parte recurrente hace a la responsabilidad civil, en el desarrollo de los motivos examinados. La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición”⁶.

El Título VI del Libro I del nuevo texto punitivo bajo el epígrafe “De las consecuencias accesorias” incluye el comiso y determinadas medidas aplicables a empresas o personas jurídicas, tales como la clausura, disolución, intervención, prohibición de cierto tipo de negocios u operaciones a sociedades o empresas, medidas todas ellas “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (artículo 129.3).

Este último apartado del artículo 129 señala cual es el fundamento y finalidad de las otras consecuencias accesorias reguladas en el Título VI del Libro I y que comparten con el comiso: la evitación del nuevo delito actuando sobre cosas materiales, bienes y efectos del mismo que, de mantenerse a disposición de los responsables, favorecerían la continuidad en la actuación delictiva. Se trata pues de prevenir la utilización de tales objetos

⁶ Parece necesario tener que hacer dicha precisión de que el comiso nada tiene que ver con las responsabilidades civiles, vistos los múltiples errores que al respecto se producen, y no solo por abogados sino incluso por los Tribunales. Baste citar como ejemplo el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 1999 en el que refiriéndose a un recurso del Ministerio Fiscal en relación con la denegación del comiso solicitado, hasta tres veces en su fundamento de derecho único se refiere a dicho recurso como una cuestión relativa a las responsabilidades civiles del penado.

en el futuro para la comisión de nuevos delitos tanto cuando se trata de instrumentos o útiles como cuando se trata del producto que podría servir para financiar nuevos delitos.

El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 1994 había señalado que la teleología del artículo 344 bis e) (que se corresponde con el actual artículo 374) no es otra que acabar con el fenómeno del blanqueo de dinero negro o reinversión ilegítima de las ganancias del narcotráfico a la normal circulación del dinero, recalando en todo caso el Alto Tribunal que estas medidas han de tomarse siempre que se garanticen los derechos de las personas afectadas respecto de las medidas a adoptar, incluido el derecho de propiedad reconocido expresamente por la Constitución.

ii) Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales

La regulación del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales de aquella procedencia se encuentra, dentro de la parte especial del Código Penal, en el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, concretamente en el artículo 374 que también ha sido modificado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, siendo igualmente aplicable, con excepción de las singularidades que se contienen en aquel precepto específico, la norma general del artículo 127.

El actual artículo 374 presenta la siguiente redacción:

“1. En los delitos previstos en los arts. 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:

1ª. Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieren apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2^a. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

3^a. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

4^a. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.

5^a. Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

- a) cuando el propietario haga expreso abandono de ellos
- b) cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.

4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”

A su vez, los actuales artículos 127 y 128 regulan el comiso en la parte general del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 127

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisen se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no los son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”

Artículo 128

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”

iii) Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal.

Las notas más destacables de esta nueva y específica regulación del comiso –en la que es necesario aunar las normas generales y especiales- son las siguientes:

1ª.- El objeto del comiso alcanza a las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371 y a tres categorías de bienes: el producto directo del delito (es decir, los efectos que de él provengan); las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar; y los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción (arts. 374.1 y 127.1).

2ª.- Respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la Autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 374.1.1ª). La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas, debiendo indicarse que en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

3ª.- El comiso se impone como consecuencia de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes, sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva, con independencia de su pertenencia al responsable criminal, estableciéndose como límite de su aplicación la pertenencia a tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente (art. 127.1 y 3).

4ª.- Se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente cuando no fuera posible el decomiso de los bienes establecido por el art.127.1 (arts. 127.2 y 374.1.4ª y 5ª), por lo que será necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal.

5ª.- Se podrá acordar aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta o declararse extinguida la responsabilidad criminal,

siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita (art.127.3). En estos casos, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al art. 24 CE.

6ª.- Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.1.3ª); regla ésta que, además de reproducir idéntica previsión del anterior precepto, también fue incorporada en su día a la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando, que en su art. 6.3 establece que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

7ª.- La posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes de la firmeza de la sentencia toma carta de naturaleza en los procedimientos por delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales de dicha procedencia (art. 374.2)

8ª.- Se reconoce expresamente a los órganos de la jurisdicción penal la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores del referido precepto (art. 374.3)

9ª.- Los bienes decomisados se adjudicarán íntegramente al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 127.4, y en consecuencia se excluye expresamente su afectación a las responsabilidades civiles y a las costas procesales (art. 374.4). La adjudicación al Estado estaba prevista igualmente, y en idénticos términos, en la anterior redacción del art. 374 y en el art. 5.3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

10ª.- La adjudicación al Estado en los procesos penales por delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquellos conlleva por expresa disposición legal el destino de los bienes cuyo decomiso haya sido acordado al Fondo de Bienes Decomisados, actualmente regulado por la ley 17/2003 de 29 de Mayo, que ha derogado la primitiva ley 36/95 de 11 de

Diciembre, y se encuentra administrativamente situado en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

iv) Ámbito objetivo de aplicación

Como decíamos anteriormente son objeto de comiso: las drogas, estupefacientes y psicotrópicos; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371; y los bienes, medios, instrumentos y ganancias en los términos previstos por los arts. 127 y 301. Ahora bien, las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la ley orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito (SSTS de 21 junio 1994, 22 marzo 1995 y 18 julio 1996). El vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves, pero no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal. Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto

efectos como instrumentos del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto (efecto en el sentido amplio más arriba indicado) del delito del artículo 371 del Código Penal.

Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito. Los primeros precedentes normativos de esta fórmula los encontramos en el art. 344 bis e) del Código Penal de 1973, incorporado por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de Marzo, redacción que se ha mantenido en el Código Penal vigente, primero en la norma especial del artículo 374 (texto aprobado por la ley orgánica 10/95), y posteriormente en la norma general del artículo 127 actualmente en vigor.

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales a él asociado que llegan a los tribunales y que merecen sentencia condenatoria, han supuesto el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, el término ganancias se identificaría con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de condena; ahora bien, esta interpretación debe ser desechada al conducirnos directamente a la inaplicación de la norma en la generalidad de los casos.

Consciente del problema, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a

la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones:

- 1.- Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas (o de cualquier otro delito).
- 2.- Que se respete el principio acusatorio.

La concurrencia de la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, obliga a interesar del órgano judicial competente el comiso de cuantos bienes, efectos, y ganancias se encuentren en esta situación, pues el comiso en tanto que consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio. En relación con ello, hay que tener en cuenta que la procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal –presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas de las que traen su procedencia los bienes, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico.

Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el delito de blanqueo respecto a la prueba del delito antecedente o determinante (SSTS de 10-1-2000, 28-7-01, 5-2-03, 10-2-2003, 14-4-2003, 29-11-03, 19-1-05 y 20-9-05 entre otras).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. A nuestro juicio debería bastar con probar, normalmente mediante indicios:

- a) Que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado; a tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque en su momento sólo

constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del delincuente.

- b) Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el periodo de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad delictiva en cuestión.
- c) Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.
- d) Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurren circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc.

Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

v) *Ámbito subjetivo de aplicación.*

El límite a su aplicación viene determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente.

La salvaguarda de los derechos de "terceros de buena fe" está expresamente contemplada en el art. 5.8 de la Convención de Viena de 1988 y en todos los convenios internacionales posteriores. Esta expresión "terceros de buena fe" no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el art. 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". A tales efectos debe entenderse por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la ética, y así en el ámbito del derecho civil, la circunstancia de

haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

En similares términos, el art. 5 de la Ley de Contrabando señala que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

De la propia dicción del precepto se infiere que cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, e incluso que habiendo obrado de buena fe no los hayan adquirido legalmente -ésta es la principal novedad que incorpora la reforma-, el órgano jurisdiccional penal deberá acordar el comiso de los mismos, aunque para ello será preciso que el afectado por tal medida haya sido previamente oído en el proceso penal a modo de responsable civil (art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses (art. 24 C.E.), salvaguardando así los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que consagra la norma constitucional.

En resumen, cabe decir que únicamente la concurrencia de dos parámetros podrá impedir que los bienes enumerados en el art. 127 sean objeto de decomiso: a) que sean de lícito comercio y b) que hayan sido adquiridos legalmente por terceros de buena fe no responsables del delito.

A pesar de su naturaleza de consecuencia accesoria, la nueva regulación de los arts. 127 y 374 quiebra la vinculación de esta institución con los principios de personalidad y accesoriidad al no exigir la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, de modo y manera que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita la medida podrá ser adoptada aun cuando concurra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal. Parece obvio que la medida definitiva de comiso deberá ser acordada en la decisión que resuelva el fondo del proceso: la sentencia cuando haya habido enjuiciamiento de algunos responsables criminales o mediante auto cuando se declare la extinción o exención de la responsabilidad criminal sin celebración de juicio oral.

En cuanto a las facultades de la jurisdicción penal en orden a delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente o, dicho en otros términos, a la aplicación

de la doctrina del “levantamiento del velo”, una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes mecanismos normativos para hacer frente a estas situaciones: así, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2-10-1991 y 16-6-93 reconocen que cuando estos actos o negocios afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrán ser declarados nulos de acuerdo con los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciando éste que entraría dentro de las competencias propias del Tribunal penal, como si de una restitución se tratase, para su posterior adjudicación al Estado.

No obstante el art. 374.3 atribuye expresamente a los jueces y tribunales que conozcan de la causa la potestad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en apartados anteriores. Con esta medida se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales.

Y como complemento de esta facultad, el art. 20 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Disposición Final 3ª de la ley 15/2003 de 25 de Noviembre, atribuye a las autoridades judiciales, en estos casos, la potestad para efectuar anotaciones registrales en relación con bienes inscritos a nombre de terceras personas. A tales fines se ha incorporado un nuevo párrafo final a dicho precepto en los siguientes términos:

"No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento".

vi) El comiso de bienes de valor equivalente.

Esta figura es una especie de comiso sustitutivo que recae sobre bienes diferentes –incluso de origen lícito (como expresamente afirma el art. 374.1.5ª)- de aquellos que en principio deben ser decomisados al amparo del

art. 127.1, para los supuestos en los que no haya sido posible el comiso de éstos por cualquier circunstancia.

Su incorporación al ordenamiento penal español era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su art. 5.1.a), como la Convención de Palermo de 13-12-00, en su art. 12.1.a), y la Convención de Mérida de 9-12-2003, en su art. 31, obligaban a adoptar las medidas necesarias para adoptar el decomiso “del producto de los delitoso de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”. En el mismo sentido se pronuncian la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, e igualmente el Código Penal alemán, en el artículo 74 c) y el Código de Aduanas francés en su artículo 415.

En consecuencia, la aplicación del comiso del valor equivalente, a tenor de la redacción contemplada en los arts. 127 y 374, se extenderá tanto a los supuestos en los que resulte imposible decomisar el producto del delito - término que en el lenguaje convencional abarca el producto directo e indirecto, es decir, efectos y ganancias-, como a los casos en los que no sea posible el decomiso de los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

vii) Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso.

La primera norma aplicable es la regla 2ª del art. 374.1, en la que se establece la aprehensión, embargo y puesta en depósito con carácter provisional por la autoridad judicial de los bienes, medios, instrumentos y ganancias susceptibles de ser decomisados desde el momento de las primeras diligencias y con la finalidad de garantizar la efectividad del decomiso. Con esta previsión se conceden facultades muy amplias a los órganos judiciales para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la infracción criminal y que se especifican en el art. 127.1.

La aprehensión y embargo de bienes se acomodará a lo dispuesto en los arts. 600 y siguientes de la LECriminal, normas éstas quizás obsoletas en cuanto a su redacción, pero que no por ello han perdido su vigencia, pues son extremadamente útiles para resolver los diferentes y frecuentes problemas que se plantean con los bienes sujetos a medidas cautelares en los procesos penales por blanqueo de capitales.

En la práctica judicial, se actúa de distinta forma según la naturaleza de los bienes afectados:

- en los casos de bienes muebles se lleva a cabo la aprehensión material de los mismos para su custodia y, si se considera necesario, la posterior puesta en depósito
- si se trata de dinero en metálico se ingresa en las cuentas judiciales habilitadas al efecto
- respecto a los activos, cuentas y depósitos bancarios son objeto de medidas de bloqueo y congelación en las propias entidades afectadas
- en cuanto a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecuta mediante la expedición de mandamiento (art. 604 LECriminal) para practicar la anotación preventiva de embargo o de prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria (art. 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria).

viii) Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes inmuebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.), y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el art. 374 genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos estaba constituida por el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las disposiciones concordantes de la Ley de En-

juiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.

El art. 374.2 del Código, reformado por la ley orgánica 15/2003, incorpora algunas disposiciones para resolver estas cuestiones:

- a) autoriza la enajenación anticipada, sin esperar a que se haya dictado sentencia firme, en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; cuando su conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, por deterioro material o por el transcurso del tiempo y cuando su conservación pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- b) el importe de la enajenación se depositará a resultas del proceso una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.
- c) la enajenación podrá acordarse por la autoridad judicial de oficio o a instancia de parte: Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entes locales u otras entidades públicas, con audiencia del interesado.

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos por el art. 374.2 CP., precepto éste que deberá ser complementado con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: el art. 5 del Real Decreto 2783/76 autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen perecederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también la autoriza cuando los objetos fueren perecederos; en el mismo sentido, el art. 7.1.b) de la ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de Represión del Contrabando regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos “cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor”.

ix) La administración judicial de bienes y empresas.

En cuanto a la administración judicial de bienes o empresas, además de estar prevista por el art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación subsidiaria conforme al art. 614 de la ley procesal penal), el Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulaba detalladamente la intervención y la administración judicial en el embargo de empresas o sociedades por razones de interés general, norma ésta que ha sido derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por ley 1/2000 de 7 de Enero –vigente a partir del 9-1-2001- en cuyos artículos 630 a 633 se contempla de forma muy parecida.⁷

La nueva legislación procesal civil autoriza la aplicación del instituto de la administración judicial para los casos en que se proceda al embargo de alguna empresa o grupo de empresas, o de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

El administrador judicial es designado por el Juez o Tribunal competente del procedimiento penal y las reglas básicas del ejercicio de su cargo son las siguientes:

- idénticas facultades que los administradores sustituidos
- inscripción de su nombramiento en los Registros pertinentes
- necesidad de autorización judicial para la enajenación o gravamen de participaciones, bienes inmuebles o cualesquiera otros que el órgano judicial hubiere expresamente señalado
- control por la autoridad judicial en el ejercicio de su función.

⁷ El citado Decreto-Ley en cuanto norma preconstitucional ha sido utilizado en contadísimas ocasiones en los últimos años y siempre en procesos penales relacionados con los más graves comportamientos criminales (narcotráfico organizado, terrorismo, delincuencia económica); en lo que aquí concierne se ha aplicado en dos procedimientos seguidos por blanqueo de capitales derivados del narcotráfico –asunto “Pazo Bayón” y asunto “Charlines”- y fundada en la necesidad de evitar la desaparición de importantes patrimonios de origen criminal. Aunque se ha cuestionado su constitucionalidad, porque al ser una norma preconstitucional debía entenderse derogada por la entrada en vigor del texto fundamental, la doctrina constitucional –representada por las SSTC 11/81, 101/84, 42/87, 83/90 y 45/94- señala que no es posible exigir la reserva de ley con carácter retroactivo para anular esas disposiciones porque la Constitución no puede tener efectos retroactivos para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella.

x) Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo a él asociado: el Fondo de Bienes Decomisados.

1. Destino y uso de los bienes incautados y/o decomisados. Dos son las reglas esenciales sobre este particular:

a) Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.1.3ª).

Esta novedad responde a tendencias observadas en el derecho comparado. En idénticos términos, añadiendo el destino a labores de prevención y rehabilitación de toxicómanos, se pronuncia el art. 84.5º y 6º de la Ley italiana de estupefacientes de 22-12-1975, reformada por Ley de 26-6-1990. Esta regla también ha sido incorporada a la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando, que en su art. 6.3 declara que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

b) Los bienes decomisados se adjudicarán al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 127 del Código Penal al declarar que si son de lícito comercio se venderán aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado (art. 374.4).

La adjudicación al Estado está prevista igualmente en el art. 5-3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

En la misma línea, el art. 378 altera el orden de prelación establecido en el Código Penal para las responsabilidades civiles al disponer que el pago de la multa es preferente a la satisfacción de las costas procesales. Es evidente que los bienes decomisados en ningún caso quedarán afectados al pago de estas responsabilidades pecuniarias. En definitiva, se trata con ello de evitar que los bienes embargados y susceptibles de decomiso, al amparo de elevadísimas minutas de defensa, vuelvan a sus propietarios.

Carecen de todo fundamento las críticas vertidas por algunos autores que entienden que la adjudicación al Estado y la preferencia de la multa frente a las costas procesales demuestran la falta de interés en la protección de las víctimas. Nada más lejos de la realidad. Salvo contadísimas excepciones, en

estas infracciones no existen víctimas o perjudicados concretos, ni tampoco indemnizaciones.

Por otra parte, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado, la Ley 36/95 de 11 de diciembre (derogada por la vigente ley 17/2003 de 29 de Mayo) creó un Fondo al que se destinan los bienes decomisados y adjudicados al Estado por estas infracciones, estableciendo como fines del mismo la prevención y rehabilitación de toxicómanos y la facilitación de medios técnicos adecuados a los servicios policiales encargados de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Si la víctima de estas infracciones es la propia sociedad, como parece evidente atendiendo a los bienes jurídicos objeto de protección, justo es que reviertan en beneficio de la misma para hacer frente a las graves consecuencias de esta actividad criminal en su doble faceta preventiva y represiva.

La idea central que debe servir para el adecuado enfoque de este problema es que existen miles y miles de víctimas afectadas por estas actividades delictivas, y que ante esa situación de “socialización del daño” es necesario y prioritario responder con la “socialización del beneficio” obtenido con la producción de ese daño, de modo y manera que todos aquellos productos y ganancias procedentes del crimen reviertan a favor de quienes son víctimas impersonales y anónimas de esas actividades delictivas. Es, sin duda, una idea novedosa pero que responde a una tendencia cada vez más asumida en el derecho comparado: la lucha contra la droga debe ser financiada en la mayor medida posible con los beneficios y ganancias derivados de la actividad de tráfico ilegal de drogas y de otras actividades con ella relacionadas.

Parece, por tanto, que en estas infracciones delictivas el componente patrimonial tiene una importancia enorme. Todos sabemos que son actividades criminales muy rentables y lucrativas. En consecuencia, si una de las finalidades de toda investigación penal es la búsqueda, incautación y decomiso de los efectos y objetos del delito, en aquellas infracciones delictivas que permiten la obtención de incalculables beneficios el cumplimiento de ese objetivo patrimonial es tanto o más importante y efectivo que la imposición de la pena, y aun siendo una consecuencia jurídica accesoria posee una considerable eficacia a los fines de prevención general.

2. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Fue creado por la ley 36/95 de 11 de Diciembre, que a su vez

ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97 de 6 de Junio. Más recientemente la ley 17/2003 de 29 de Mayo ha derogado aquélla, aunque las modificaciones introducidas por esta última no han sido sustanciales.

Con estas disposiciones se pretende regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos decomisados por sentencia judicial firme⁸ y adjudicados definitivamente al Estado al amparo de los artículos 374 del Código Penal - en los procesos tramitados por delitos previstos en los arts. 368 a 372 y 301.1.párrafo 2º del Código Penal (tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales derivados de tal actividad)- 5 de la Ley Orgánica 12/95 de Represión del Contrabando –en los procesos por delitos de contrabando de drogas o precursores- y disposiciones de la ley 3/96 de 10 de Enero sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de droga –respecto al producto obtenido por aplicación de las disposiciones administrativas sancionadoras de la citada ley.

El destino de los bienes comprende conforme al art. 2 de la ley las siguientes finalidades:

1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos.
2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:
 - los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de estos delitos
 - adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos
 - el reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones Públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

⁸ Se equipara a la sentencia la resolución pronunciada por órgano jurisdiccional español, a requerimiento de juez o tribunal extranjero, en ejecución de sentencia que declare el decomiso de bienes y ganancias dictada por enjuiciamiento de delitos semejantes a los tipificados en los arts. 301.1.párrafo 2º, y 368 a 372 del Código Penal español, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados por España, en los que se reconozca al Estado requerido el derecho a ingresar en su tesoro el producto de los decomisos, sin perjuicio de terceros (art. 1.1.párrafo 2º del reglamento).

3. La cooperación internacional en la materia.

Los destinatarios y beneficiarios son, por tanto, todos aquellos organismos e instituciones relacionadas con el cumplimiento de tales fines: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Comunidades Autónomas y Entidades locales, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro y de ámbito estatal cuya labor se desarrolle en materia de drogodependencias, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria, Fiscalía Especial Antidroga, organismos públicos de la Administración General del Estado para el desarrollo de programas concretos, y organismos internacionales, entidades supranacionales o Gobiernos extranjeros para el desarrollo de programas en la materia (art. 3 de la ley).

La enajenación de los bienes y la distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios compete a un organismo llamado Mesa de Coordinación de Adjudicaciones (art. 6 de la ley), cuya composición y funciones vienen establecidas en los arts. 2 y 3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97. Esta disposición reglamentaria regula específicamente algunos aspectos fundamentales para el eficaz funcionamiento del Fondo: la concreta composición y régimen de funcionamiento de la Mesa, el procedimiento para la enajenación de los bienes decomisados y para la adjudicación y distribución del producto existente en el Fondo.

En la ley se contienen algunos principios generales sobre el destino y utilización de los bienes que es necesario destacar:

- los bienes, efectos e instrumentos utilizados provisionalmente por los cuerpos policiales al amparo del art. 374 del Código Penal, al ser adjudicados al Estado podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.
- el producto de los bienes, efectos o instrumentos no adscritos se destinará, al menos en un 50 por 100, a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.
- los órganos judiciales deberán notificar las sentencias firmes por los delitos antes referidos en las que se decreta el comiso y adjudicación al Estado de bienes, efectos, productos y ganancias, en el plazo de tres dí-

as hábiles al Presidente de la Mesa (el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas).⁹

- la entrega de los bienes decomisados al Fondo se produce de la siguiente manera: si son cantidades líquidas de dinero o instrumentos de pago al portador se ingresarán en el Tesoro Público por el órgano jurisdiccional cursando la orden de transferencia; los restantes bienes se recepcionarán por la Mesa mediante acta suscrita por el Secretario del órgano jurisdiccional y el representante de la Mesa.

xi) Criterios generales de actuación en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo asociado.

La Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, haciendo suyas las conclusiones adoptadas por la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga (en la que se integran los Fiscales destinados en ésta y los Fiscales Delegados Antidroga de algunas Comunidades Autónomas y provincias), celebrada en Madrid los días 18 y 19 de Noviembre del 2004, ha establecido las siguientes pautas de actuación:

1ª. La destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos por la Autoridad administrativa, una vez realizadas por ésta los informes periciales pertinentes y guardadas muestras bastantes, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, conforme a lo dispuesto por el art. 374.1.1ª, en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

2ª. El comiso de bienes de valor equivalente establecido por los arts. 127.2 y 374.1.4ª y 5ª podrá incluir aquéllos que tengan un origen lícito, siendo necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, cuando no haya sido posible el comiso de aquéllos y éstos por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad.

⁹ Esta es una obligación inexcusable para los órganos jurisdiccionales que, sin embargo, no se está cumpliendo de manera diligente por éstos, en muchos casos por ignorancia o desconocimiento de su existencia. Es hora, pues, de recordar a los Tribunales que deben remitir al órgano administrativo competente todas las sentencias firmes recaídas por delitos contra la salud pública comprendidos en los arts. 368 a 378, y por delitos de blanqueo de capitales procedentes de aquéllos incluidos en los arts. 301 a 304 del Código Penal, y a los Fiscales la obligación de vigilar e instar su estricto cumplimiento.

3ª. En aquellos casos en los que el proceso penal termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al artículo 24 CE.

4ª. De conformidad con lo dispuesto en el art. 374.2 del Código Penal, el art. 7 de la Ley Orgánica 12/95 de Contrabando, el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, podrá procederse a la enajenación anticipada de los bienes provisionalmente incautados y susceptibles de ser decomisados en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación afecte gravemente a su uso y funcionamiento habituales; cuando su conservación pueda dar lugar a una depreciación notable o a una disminución importante de su valor por deterioro material o por el transcurso del tiempo; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; y cuando exista riesgo de deterioro por tratarse de objetos perecederos.

5ª. La imposición del comiso de bienes en el proceso penal solo es posible desde el respeto al principio acusatorio y previo sometimiento al principio de contradicción (STC 123/95 y SSTS de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93, 28-10-93 y 29-11-95 entre otras), con sujeción a las siguientes reglas:

- únicamente puede ser acordado por el Juez o Tribunal si así lo pide el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, a excepción de los géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo decomiso se procederá en todo caso dada su naturaleza.
- es imprescindible la individualización por la acusación de los concretos bienes cuyo comiso se solicita, no siendo suficiente a tales efectos la petición genérica de imposición sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide.
- es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito, y que el Tribunal lo haga constar así en la resolución en la que se acuerde, por lo que deberá instarse de la Autoridad judicial la práctica de las diligencias necesari-

rias y proponer en los escritos de acusación las pruebas que permitan acreditar tales extremos.

- la solicitud de adjudicación íntegra al Estado en los escritos de acusación de los bienes cuyo decomiso se interesa deberá ser complementada con la expresa mención de su destino al Fondo de Bienes Decomisados al amparo de la ley 17/2003 de 29 de Mayo, y una vez adquiera firmeza la resolución en la que se acuerde deberá instarse del Tribunal sentenciador la remisión de la resolución judicial al citado órgano administrativo.

6ª. La importancia de las investigaciones patrimoniales y de las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo exige del Ministerio Fiscal una actuación más firme y eficaz para el adecuado cumplimiento de una de las funciones esenciales de la investigación penal, cual es la incautación y el decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, debiendo instar a tales efectos de la autoridad judicial el ejercicio de las facultades previstas por el art. 374.3 del CP y el art. 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria.

xii) Nuevas orientaciones y tendencias en el derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal.

La puesta en marcha del Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997, un documento de una importancia extraordinaria que puede ser definido como el programa político-criminal de la Unión Europea para los próximos años, ha permitido abordar trascendentes modificaciones normativas en las materias relativas al blanqueo de dinero y a la confiscación de los beneficios derivados del delito. Precisamente uno de los objetivos fundamentales de este Plan de Acción es que los Estados miembros dispongan de una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en estas materias mediante la incriminación del blanqueo culposo o imprudente, la extensión del blanqueo a todos los delitos graves como infracciones subyacentes, y la adopción de medidas de comiso para los supuestos de fallecimiento del responsable criminal antes de dictarse sentencia y de rebeldía o desaparición del mismo.¹⁰

¹⁰ El Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997 dedica específicamente a estas cuestiones una orientación política (la 11ª) y una recomendación (la 26ª), en las que se pormenorizan las propuestas destinadas a

Estas previsiones se han visto completadas y reforzadas en los documentos elaborados con posterioridad: el Plan de Acción aprobado en Viena en Diciembre de 1998 y el Plan de Acción aprobado en Marzo del 2000 bajo el título “Prevención y control de la delincuencia organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”.

A las propuestas que se contienen en los sucesivos Planes de Acción elaborados por la Unión Europea se han sumado en los últimos tiempos, debido, sin duda, a las evidentes dificultades probatorias que arrastra el blanqueo de capitales en cuanto a la demostración de su origen criminal, una serie de iniciativas en el ámbito del derecho penal con las que se pretende dar una respuesta más eficaz y contundente a las estructuras económicas y financieras de las organizaciones criminales.

La tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito es una de ellas. No son pocos los ordenamientos jurídicos que han optado por la penalización de estos comportamientos; citemos algunos a modo de ejemplo:

- El art. 222-39-1 del Código Penal Francés (precepto introducido por la Ley 392 de 13-5-96) sanciona con penas de prisión de hasta 5 años y multa el hecho de no poder justificar los ingresos correspondientes a su nivel de vida por quien mantenga relaciones habituales con personas dedicadas a actividades de tráfico ilícito de estupefacientes o al uso de estas sustancias.
- El art. 76 de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de la República de Ecuador de 6-9-90 sanciona con rigurosísimas penas de prisión a aquella persona respecto de la cual existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes o precursores u otros productos químicos, o se halle involucrado en otros delitos previstos por esta Ley, y que directamente o por persona interpuesta realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos, sin justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener ese incremento patrimonial.
- El Código Penal de Colombia contempla dos figuras de enriquecimiento ilícito: el cometido por funcionario público y el cometido por particulares; en el primer caso basta que el incremento patrimonial no se justifi-

fortalecer la lucha contra el blanqueo de dinero y la confiscación del producto del crimen como elementos dispensables de la respuesta legal contra la delincuencia organizada.

que, mientras que en el segundo caso es preciso que derive de actividades delictivas.

En principio, no parece que la tipificación penal de un delito de enriquecimiento ilícito resulte viable, al menos en nuestro derecho, ya que una figura de esta naturaleza comportaría problemas muy similares a los que plantean los tipos delictivos de sospecha, como sucedió con la tenencia de útiles para el robo cuya dimensión constitucional fue ampliamente analizada por la STC de 8-6-88, en la que se afirmó taxativamente que en un proceso penal no cabe invertir la carga de la prueba, y que los tipos penales no pueden construirse sobre presunciones legales que obliguen al acusado a desarrollar actividad probatoria de descargo alguna.¹¹

También se ha postulado de lege ferenda un tipo penal consistente en el blanqueo de bienes de una organización criminal, figura delictiva que no requeriría la prueba de un delito previo, ni la identidad del bien en cuestión, y que incluiría todas las conductas de auxilio o apoyo al patrimonio de la organización con independencia de la procedencia lícita o ilícita de los bienes, soslayándose así los problemas de prueba respecto a la procedencia y las dificultades que suscita la frecuente mezcla y confusión de bienes de uno y otro origen.¹²

Otra de las cuestiones que vienen suscitando un interesantísimo debate, al menos en el plano internacional, en relación con los mecanismos legales de incautación y comiso de bienes es la impropriadamente denominada "inversión de la carga de la prueba" en el ámbito patrimonial y económico.

El art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988 sugiere a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales. Y los arts. 12.6 de la Convención de Palermo de 2000 y 31 de la Convención de Mérida del 2003 se pronuncian

¹¹ La frase de la discordia en el artículo 509 del anterior Código Penal, que sancionaba la tenencia de ganchos u otros instrumentos destinados especialmente a ejecutar el delito de robo, era que el citado tipo penal, un acto preparatorio objeto de punición específica, se consideraba cometido cuando el poseedor de tales útiles "no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación", párrafo que finalmente fue declarado inconstitucional.

¹² A juicio de SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, JOSE LUIS en un artículo publicado en LA LEY, nº 4647, de fecha 12-10-98, bajo el título "Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo", esta tesis propuesta por LAMPE y KIENAPFEL es extraordinariamente sugerente pero puede generar la quiebra de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de culpabilidad.

en parecidos términos estableciendo que los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

También se ha ocupado de esta cuestión el Parlamento Europeo, en una Resolución de 16-12-93, en la que insta a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones e incorporen los mecanismos jurídicos que hagan posible la incautación y confiscación de todos los beneficios procedentes del tráfico ilícito de drogas.

En el mismo sentido, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas en el informe correspondiente a 1995 recomienda a todos los Gobiernos que consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, conforme a lo establecido en el párrafo 7 del art. 5 de la Convención de 1988, aunque ello implique la adopción de enmiendas a la legislación y/o a la Constitución de cada Estado. No es un tema intrascendente. La Recomendación nº 19 del Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada del 2000 sugiere la introducción de fórmulas normativas (penales, civiles o fiscales) que posibiliten mitigar la carga de la prueba respecto al origen del patrimonio de una persona condenada por delito relacionado con el crimen organizado. En fechas más recientes, El Consejo de la Unión Europea, a instancia de la Presidencia alemana, ha remitido un informe al Grupo de Expertos sobre blanqueo de dinero en el que suscita, para su análisis y estudio, las posibilidades de aplicación de la inversión de la carga de la prueba respecto de los productos obtenidos con la comisión de actividades criminales.

La Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito recuerda en su art. 3.4 que los Estados de la Unión pueden recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.

La primera y esencial reflexión que nos sugiere esta cuestión no es otra que el reconocimiento de la inidoneidad e inadecuación de semejante expresión, una expresión que cuando menos provoca importantes recelos entre los juristas. Y digo que el término no es correcto, porque no se parte para la aplicación de este método de la ausencia total de elementos de prueba, sino

de la existencia de ciertos indicios, o de ciertas presunciones como por ejemplo, el enriquecimiento espectacular manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado.

No es la primera vez que esta cuestión ha sido planteada, ya que con ocasión del debate parlamentario sobre la reforma del Código Penal de 1988, uno de los grupos llegó a proponer una enmienda al art. 344 bis e) que postulaba la aprehensión y decomiso de todos los bienes de los que el reo disponga "tanto directa como indirectamente y cuyo lícito origen no pudiera establecerse".

En todo caso, hemos de recordar que cualquier solución al problema debe partir inexcusablemente del más estricto respeto a las garantías constitucionales y al principio de presunción de inocencia, como pieza clave del proceso penal en el Estado de derecho.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental del proceso penal garantizado por el art. 24.2 de la Constitución y por el art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pero no hay que olvidar también que es una presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario, es decir, que es susceptible de ser destruida por la presencia de elementos de prueba, no solo directa sino también indirecta o de presunciones, y que las presunciones pueden venir establecidas por la ley. Conviene recordar en este punto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos derivada de las sentencias de 7-10-88 (caso Salabiaku) y 25-9-92 (caso Pham Hoang). En ambos supuestos se alegaba la violación del art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950 fundada en que el art. 392 del Código francés de Aduanas establecía una presunción legal para las infracciones penales de contrabando incompatible con la presunción de inocencia ("el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude"). Pues bien, el Tribunal rechaza que semejante norma pueda ser considerada como una presunción de culpabilidad al estimar que tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causas que la excluyen como la fuerza mayor, el estado de necesidad o el error invencible.

Desde esta línea doctrinal, y con todas las cautelas, podría decirse que la incautación de los bienes tendría siempre como presupuesto inexcusable la concurrencia de prueba de presunciones sobre el origen ilícito de esos bie-

nes, y el proceso o razonamiento lógico que permitiría adoptar esa medida podría ser el siguiente:

1.- Razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes u otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas. Es decir que nos encontráramos con una inculpación, un procesamiento o una acusación en el marco de un proceso penal (para la adopción de medidas cautelares provisionales) y con una condena (para el decomiso definitivo de los bienes).

2.- Aumento del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto. Es decir no solamente el que figure a su nombre, sino también el que pueda tener a nombre de otros sean personas físicas o sociedades que puedan revestir la condición de testaferros o personas interpuestas.

3.- Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese aumento del patrimonio.

Sentados estos hechos concluyentes, podría deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberían ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.¹³

Quizás sea necesario recordar que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico penal. En los propios delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal en toda su integridad, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones (vease la doctrina sentada por el T.E.D.H. en los casos *Salabiaku* y *Pham Hoang*). Se trata, en definitiva, de la prueba de presunciones judiciales contemplada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (antes art. 1253 del Código Civil).

¹³ Esta formulación doctrinal, que en nada difiere de la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en los delitos de blanqueo de capitales, ha sido expuesta ya en alguna otra ocasión. Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., págs. 131 y siguientes.

Obviamente estas presunciones consistentes en la concurrencia de datos o hechos objetivados, de las que siguiendo las reglas del razonamiento lógico puede deducirse con carácter provisional un origen ilícito, nunca podrían alcanzar la consideración de presunciones "iuris et de iure" que, por el contrario, sí vulneran el principio de presunción de inocencia, como ya sucedió con la presunción de habitualidad que se contemplaba en el art. 546 bis b) del Código Penal (al ser presunciones irrefutables afectan indudablemente al principio de presunción de inocencia y quebrantan el derecho a presentar pruebas de descargo como pieza imprescindible del derecho de defensa expresamente reconocido por el art. 6.3 del Convenio).

Debe quedar meridianamente claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia. Las presunciones legales desarrollarían su eficacia exclusivamente en el ámbito patrimonial o económico en el marco de un procedimiento, bien dentro del mismo proceso penal a modo de pieza separada, bien independiente de éste, que requeriría como presupuesto imprescindible la declaración de culpabilidad penal por un Tribunal.

La viabilidad de esta solución desde la perspectiva constitucional se sustenta en argumentos jurídicos de peso que no pueden ser desdeñados:

- a) la presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el decomiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal.
- b) el comiso en el ordenamiento jurídico español no es sólo una consecuencia accesoria a la pena en los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida "sui generis" postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.
- c) a diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y solo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien

al responsable criminal (arts. 127 y 374 del Código Penal) sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

A ello hay que añadir que la reforma de los arts. 127 y 374 del Código Penal llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre desvincula su imposición de la pena en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que quede acreditada la ilicitud de la situación patrimonial, es decir, el origen delictivo de los bienes o la utilización con fines ilícitos de los mismos.

Las soluciones a este problema en el derecho comparado son muy diferentes:

- comiso de todos los bienes presuntamente pertenecientes directa o indirectamente al condenado:

- a) en Gran Bretaña el Acta de 1986 sobre Delitos de Tráfico de Drogas -secciones 1ª y 2ª- autoriza a los Tribunales a incautar todos los bienes del acusado, incluso los pertenecientes a terceros, y a confiscar todos los bienes del condenado, incluso los obtenidos en otros países y los poseídos durante un período anterior de 6 años, obligándole a probar el medio de adquisición.
- b) en Portugal, la ley 5/2002 de 11 de Enero contra el crimen organizado y económico financiero permite el decomiso del patrimonio del condenado considerando producto del delito la diferencia entre el valor del patrimonio del imputado y el congruente con sus rentas lícitas, dándole la posibilidad de probar su origen lícito. La determinación del patrimonio del imputado que queda por disposición legal sujeto al procedimiento incluye: bienes de los que sea titular o tenga el dominio y el beneficio al ser declarado imputado o posteriormente; bienes transferidos a terceros a título gratuito o mediante contraprestación insignificante en los 5 años anteriores a la imputación; y bienes recibidos en los 5 años anteriores a la imputación.

- adopción de medidas de confiscación de bienes en un procedimiento de medidas de prevención o de seguridad: así, en Italia la Ley Rognoni-La Torre de 13-9-82 contra la delincuencia mafiosa en su redacción original estableció un sistema de incautación-confiscación al margen del procedimiento penal basado en los siguientes principios:

- a) no requiere la existencia de un proceso criminal por delito
- b) se aplica a las personas sospechosas de pertenecer a una asociación mafiosa o a una asociación para el tráfico de estupefacientes
- c) la investigación financiera y económica previa a tales medidas alcanza a cónyuges, hijos y personas que hayan convivido durante los últimos 5 años con el sospechoso, así como a las personas naturales o jurídicas cuyos bienes sean dispuestos directa o indirectamente por aquéllos
- d) la decisión de incautar y confiscar todos los bienes de los que se disponga directa o indirectamente cuando no se proporcione la prueba de su fuente legal corresponde en todo caso a un Tribunal
- e) si las propiedades incautadas pertenecen a un tercero, se le permite intervenir en el procedimiento y ser asistido de defensor para ejercer sus intereses.

La sentencia de 17-2-94 dictada por el Tribunal Constitucional Italiano entendió que la aplicación de ese sistema a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas quebrantaba derechos constitucionales básicos pues el ejercicio de un derecho como lo es el de no declarar y, consecuentemente el de no confesarse culpable y no estar obligado a presentar pruebas de descargo, no podía comportar automáticamente sanciones. La ley fue reformada por Decreto-Ley 399/94-convertido posteriormente en ley 50/94 de 8 de Agosto-para aplicar el procedimiento a las personas que resultasen condenadas por las actividades criminales específicamente previstas a tales efectos.¹⁴

En términos parecidos a la normativa italiana, la ley 333/96 de 19-12 de la República de Colombia creó un procedimiento específico para la extinción del dominio de los bienes adquiridos en forma ilícita. Se trata de un procedimiento jurisdiccional(que debe ser resuelto por un Tribunal penal) y de naturaleza real, pero que es independiente y distinto del proceso penal, y cuyo objeto es la extinción de dominio y posterior adjudicación al Estado de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades delictivas previstas por el art. 2 de la ley(entre las que se encuentran los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y el

¹⁴ Vid. PIERO LUIGI VIGNA, Fiscal Nacional Antimafia de la República Italiana, en “El delito de contrabando en el ámbito del crimen organizado”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VIII, 1998, páginas 309 y siguientes.

lavado de activos) o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de tales actividades.¹⁵ Esta disposición ha sido sustituida por la ley 792/2002 de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita, que independiza tal acción del procedimiento penal y que incluye entre las actividades ilícitas que justifican la extinción del dominio el blanqueo de capitales o lavado de activos

La solución italiana en su primera redacción era difícilmente asumible desde una perspectiva constitucional, puesto que la doctrina del máximo intérprete de la Constitución veda la aplicación de medidas de seguridad predelictuales; solo pueden imponerse "post delictum" y, por lo tanto, únicamente la ejecución de un delito puede llevar aparejada sanciones penales (penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias). Ahora bien, al variar el presupuesto inicial de imposición de estas medidas de confiscación para exigir la existencia de una condena en el proceso penal, es perfectamente legítimo arbitrar sanciones contra el patrimonio del que se dispusiere, de hecho y de derecho, en un procedimiento independiente y posterior del proceso penal, siempre y cuando el comiso o confiscación de los bienes dejara de ser una medida de naturaleza exclusivamente penal a esos efectos.

Las soluciones británica y portuguesa seguramente tampoco plantearían excesivos problemas desde una perspectiva constitucional, y en alguna medida se encuentra parcialmente incorporada ya a nuestra legislación. Así, el art. 374 del Código Penal establece el comiso de aquellos bienes, productos, ganancias e instrumentos derivados de y utilizados para cometer los delitos de tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquél a no ser que pertenezcan a terceros no responsables del delito que hayan actuado de buena fe.

En este precepto no se establecen presunciones, pero en cierto modo se da el primer paso para llegar a esta solución, al variar de hecho la naturaleza jurídica del comiso como pena, y desproveerlo del carácter personal que esta conlleva.

¹⁵ Debe reseñarse que aunque en principio la Corte Constitucional de esa República en sentencias C-374/97 y C-409/97 ha declarado "exequible" (adecuada a las normas constitucionales) la citada disposición legal, fundamentando tal decisión en que el origen ilícito de los bienes excluye la licitud de la propiedad y derechos sobre los mismos, en fechas mucho más recientes la misma Corte, en otro procedimiento de extinción del dominio (el relativo a la familia Gaitán Cendales), ha declarado en sentencia T-212 de 22-2-01 que las medidas de extinción del dominio no pueden aplicarse con independencia del proceso penal y que es requisito imprescindible para su definitiva imposición —y para la demostración del origen ilícito de los bienes— la previa declaración de responsabilidad penal, pues cualquier otra interpretación quebrantaría principios constitucionales básicos del proceso penal.

Por otra parte, cabe destacar en apoyo de esta tesis que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. de 9-2-95 -caso Welch contra Gran Bretaña- aunque apreció violación del art. 7 del Convenio por aplicar retroactivamente normas sancionadoras, no llegó a cuestionar la regulación sustantiva del comiso en la legislación británica ni tampoco las amplias presunciones legales establecidas en la misma para determinar el origen ilegal de unos bienes.

2. La valoración de la prueba: especial referencia a la prueba indiciaria

i) Algunas reflexiones previas sobre el significado y utilización del término "indicios" en el proceso penal. Desde la perspectiva de la legislación procesal, el vocablo "indicios" es polisémico, es decir, posee significados parcialmente diferentes en función del distinto momento procesal en el que se utilizan; igualmente debe señalarse que, al contrario que en otros ordenamientos jurídicos, la diferenciación entre "prueba plena" y "prueba semiplena" ha desaparecido, y que la incorporación al proceso penal del principio de libre valoración de la prueba (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y la consecuente exclusión de cualesquiera reglas de prueba tasada (una de las características más significativas del proceso penal moderno), han permitido que tanto la prueba directa como la prueba indirecta o indiciaria sean en igual medida válidas y eficaces para la formación de la convicción judicial.

En un primer estadio, la ley procesal requiere la presencia de indicios de criminalidad para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos ex art. 18 CE (inviolabilidad del domicilio-arts. 546 y 550 LECr.- y secreto de las comunicaciones-art. 579 LECr.). Como quiera que estas medidas se acuerdan generalmente en la fase de investigación, antes de cualquier imputación judicial formal, el nivel de exigencia respecto a la intensidad incriminatoria de los indicios (*fumus boni iuris*) es menor que en momentos posteriores. Para esta etapa procesal, caracterizada por la necesidad de investigar y esclarecer las conductas delictivas y sus posibles partícipes, los indicios equivalen, según la doctrina del Tribunal Constitucional español (SSTC. 49/99 de 5-4 y 166/99 de 27-9), a sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo que permitan razona-

blemente inferir que se ha cometido o se va a cometer un delito. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos los equipara a "datos fácticos", "buenas razones" o "fuertes presunciones" (sentencias de 6-9-78 -caso Klass- y de 15-6-92 -caso Ludi). Para una conocida resolución del Tribunal Supremo español (auto de 18-6-92 dictado en el caso "Naseiro") los indicios de criminalidad son indicaciones, señales, notas, datos externos que, apreciados de manera razonable, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la presunta existencia de la realidad de un hecho delictivo, y la posible participación en el mismo de la persona investigada.

También se exige la concurrencia de "indicios racionales de criminalidad" para decretar el procesamiento de una persona por un hecho delictivo en el procedimiento ordinario (art. 384 LECr.) y para abrir el juicio oral en el procedimiento abreviado (art. LECr.). Tanto el auto de procesamiento como el auto de apertura del juicio oral son resoluciones judiciales que formalmente suponen un juicio provisional de culpabilidad del individuo sujeto al proceso por su presunta participación en un hecho delictivo. En este caso, los indicios que permiten acordar el procesamiento o la apertura del juicio oral deben poseer una consistencia y una intensidad incriminatoria superior a las de aquéllos que requiere el inicio de la investigación, así como una apariencia de legitimidad en su obtención sólo contrastable por la existencia de una actividad procesal directamente practicada y controlada por la Autoridad judicial.

Por último, nos queda la "prueba de indicios", igualmente identificada como prueba indirecta, circunstancial, conjetural o de presunciones judiciales (denominación que emplea el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que es aquélla que mediante la demostración de los indicios -también llamados "hechos base"- permite deducir la ejecución del hecho delictivo y/o la participación en el mismo -el "hecho consecuencia"- siempre que exista un enlace preciso y directo entre aquéllos y éste. La debida utilización de la prueba indiciaria está sujeta, según una muy consolidada doctrina jurisprudencial, a las siguientes condiciones:

1. Los indicios deben ser plurales (muy excepcionalmente puede bastar uno sólo siempre que revista una singular potencia incriminatoria).
2. Deben estar acreditados mediante prueba directa.
3. Deben estar estrechamente relacionados entre sí.

4. Deben ser concomitantes o, dicho de otro modo, unívocamente incriminatorios.
5. Entre los indicios y el hecho necesitado de prueba debe existir un enlace preciso y directo conforme a las reglas de la lógica, de la experiencia y del criterio humano.

Ahora bien, dado que se trata de una prueba fundada en el razonamiento judicial deductivo, para evitar la quiebra del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), es necesaria no sólo la legitimidad en la obtención de los indicios sino también la idoneidad de los mismos y la razonabilidad del proceso deductivo seguido por el órgano judicial. Ambos aspectos son revisables en las diferentes instancias jurisdiccionales, no sólo en el juicio de apelación, sino también en la vía casacional, e incluso en la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, por entender que afecta de manera esencial al principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la Constitución¹⁶.

ii) Principales problemas interpretativos de la legislación penal sobre el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia práctica obtenida como operadores jurídicos en las investigaciones sobre el blanqueo de capitales -un comportamiento criminal de nuevo cuño desde la perspectiva del derecho positivo pero suficientemente conocido ya en los inicios de la moderna delincuencia surgida al amparo de las asociaciones criminales de corte empresarial- nos ha llevado a sostener en numerosísimas ocasiones que la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal (arts. 546 bis f), 344 bis h) y 344 bis i) en el antiguo Código Penal; y arts. 301 a 304 en el Código Penal de 1995)

¹⁶ El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la inmediación. La doctrina constitucional en la materia (SSTC 105/88, 283/94, 24/97, 45/97, 68/98, 157/98, 189/98 y 220/98 entre otras) constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales en su obtención e incorporación al proceso; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo. La STC 220/98 de 16 de Noviembre (Pn. Viver Pi-Sunyer) cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).

depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia realicen respecto a dos cuestiones extraordinariamente relevantes para la adecuada construcción del tipo penal y para el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de este ilícito: la determinación del origen delictivo de los bienes que son objeto de la infracción y el conocimiento del origen ilícito de los mismos.

La incidencia de estos dos problemas en la aplicación judicial de las normas reguladoras de este ilícito penal es obvia. El blanqueo es una actividad criminal muy compleja, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento, y en el que la vinculación con el delito previo que le precede no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma. La autonomía del delito de blanqueo respecto al delito antecedente es esencial para que la respuesta penal frente a las estructuras económicas de la criminalidad organizada sea realmente eficaz, y la consecuencia de su configuración como delito autónomo es que no se requiere ni condena previa ni proceso previo por el delito fuente, de manera que el origen criminal debe ser demostrado como un elemento más del delito en la propia investigación penal abierta con tal motivo.

Desde el punto de vista objetivo, la constatación de este delito es una tarea relativamente sencilla puesto que la casi obligada utilización del sistema financiero legal para dar apariencia de licitud a los productos y ganancias con un origen delictivo trae como consecuencia la constancia documental de tales operaciones. Ahora bien, las dificultades probatorias aumentan a la hora de delimitar los aspectos concretos a los que antes hemos hecho referencia.

En uno y otro caso resulta de una importancia incuestionable esta modalidad de prueba denominada prueba de indicios, y también llamada –como ya hemos avanzado– prueba indirecta, circunstancial o de presunciones judiciales(arts. 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁽¹⁷⁾, una clase de

¹⁷ La entrada en vigor de esta nueva ley ha supuesto la derogación de los arts. 1249 y 1253 del Código Civil. El art. 386 bajo el Título “Presunciones judiciales” establece lo siguiente:

“1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.”

prueba ésta especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a estas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. La idoneidad y legitimidad del empleo de la prueba indiciaria en los procesos e investigaciones por estas infracciones criminales tiene un fuerte respaldo jurisprudencial (SSTS. de 9-10-2004, 19-1-2005, 23-2-2005, 29-6-2005, 14-9-2005 y 20-9-2005 por citar las más recientes).

En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa de estas circunstancias, y al faltar ésta deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados conforme al art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba de presunciones o prueba de indicios).

En la misma línea, los arts. 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-1988, 6.2.f) de la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 13-12-2000 y 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito de 8-11-1990 recuerdan que "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales explican la importancia y trascendencia de la prueba indiciaria para estos casos de forma meridiana-mente clara. La STS de 10-1-2000 (Pn. Giménez García) reconoce la habilidad de la prueba indirecta, la más usual en estos casos, para demostrar el conocimiento del origen ilícito, y la dificultad de encontrar prueba directa, debido a "la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquéllas".

La más reciente STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) explica con meridiana claridad que la prueba indiciaria debe utilizarse en estos casos sin desconfianzas ni complejos, para añadir: que no es una prueba más insegura que la directa, que no es subsidiaria de ésta, y que incluso es más garantista porque exige un plus de motivación a la hora de explicitar el juicio de inferencia que conexiona el hecho-base con el hecho-consecuencia, permitiendo así un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo y una más segura interdicción de la arbitrariedad.

iii). La determinación del origen criminal. Si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriedad respecto al delito previo, en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva.

La STS de 29-9-01 (Pn. Jiménez Villarejo) señala que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de recepción, se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, y que la ausencia de semejante requisito es lógica desde una perspectiva político-criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas. En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 14-4-03 (Pn. Soriano Soriano), 19-12-03 (Pn. Sanchez Melgar), 25-2-04 (Pn. Martín Pallín) y 15-12-2004 (Pn. Puerta Luis).

La determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo no requerirá otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo. Así, la STS de 23-2-2005 (Pn. Martín Pallín) señala que no es necesario determinar la autoría del delito previo o antecedente (en el caso concreto era un delito contra la salud pública) para considerar probado el origen criminal.

Obviamente, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas, o con otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas, que como tendremos ocasión de comprobar es uno de los presupuestos básicos para la aplicación de este tipo penal, no será necesario que supere el plano indiciario, ya que la demostración plena de esos vínculos nos conduciría inevitablemente a la valoración de la conducta del presunto autor como una forma de participación en el delito antecedente (STS de 29-9-01).

Únicamente en aquellos supuestos en que tengan su origen en delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1 párrafo

2º) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. La ya citada STS de 10-1-2000 (Pn. Giménez García), aun reconociendo que la sentencia de instancia consideraba probado *el hecho de desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero*, estima suficiente a estos efectos la afirmación de que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, "sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución". En idéntico sentido se pronuncia la STS de 10-2-03 (Pn. Ramos Gancedo) al afirmar que no es necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias –como ya sostuvo la STS de 10-1-00- cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente.

En varios casos los órganos judiciales, como tendremos ocasión de comprobar al analizar las circunstancias fácticas concretas de cada supuesto, han valorado la incautación de droga como elemento determinante de la acreditación del origen ilícito, aun cuando tales incautaciones carezcan de relación directa con el producto o ganancia objeto del delito de blanqueo e incluso aunque las incautaciones se produzcan con posterioridad a la ejecución de los actos de blanqueo (SSTS de 28-7-01, 5-2-03, 14-4-03 y 29-11-03 entre otras).

Muy recientemente la STS de 19-1-2005 (Pn. Giménez García) ha indicado que la existencia de antecedentes penales por tráfico de drogas es un dato de una singular potencia acreditativa en cuanto a la prueba del origen ilícito y del conocimiento. Similar doctrina mantiene la STS de 20-9-2005 (mismo ponente) al afirmar que la condena anterior por tráfico de drogas es un indicio de una gran potencia incriminatoria.

La casuística ha permitido identificar algunas circunstancias que suelen ser determinantes a la hora de declarar probado el origen ilícito: las incautaciones de drogas, las condenas en procedimientos penales distintos, la sujeción a procedimientos judiciales, la vinculación con otras investigaciones criminales (incluso de naturaleza policial), el contenido de conversaciones telefónicas, la documentación sobre contabilidades paralelas o clandestinas, etc.

iv) El conocimiento del origen ilícito. El elemento subjetivo del tipo penal del delito de blanqueo se identifica por las expresiones "sabiendo" y "a sabiendas", expresiones comprensivas tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Como acertadamente indica la STS de 29-9-01 (Pn. Jiménez Villarejo) la modalidad del dolo eventual debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de dinero, al contemplarse específicamente la forma culposa.

Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento "cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho... en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social" (STS de 5-2-03, Pn. Martínez Arrieta).

En esta línea, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que insisten en que no es necesario un conocimiento preciso y detallado de la infracción precedente, lo que nos sitúa en el terreno de la aceptación del dolo eventual para integrar el conocimiento de la ilicitud de los bienes y la integración del mismo en la expresión "a sabiendas" (SSTS de 2-10-2004-Pn. Granados Perez, 1-3-2005-Berdugo-, 14-9-2005-Monterde).

Especialmente interesante es la recientísima STS de 19-1-2005 (Pn. Giménez García) respecto a la prueba del conocimiento, pues tras recordar que el tipo básico sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, señala que el tipo agravado requiere el conocimiento de que la procedencia es el tráfico de drogas, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse "el mundo de la droga", sin que sea necesaria la existencia de un dolo directo, bastando el dolo eventual o incluso es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada (es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, y no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar

Como elementos indiciarios de interés, será necesario valorar para demostrar el conocimiento del origen ilícito, entre otros muchos, datos tales como la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de

testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad, la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios, el uso de cheques bancarios nominativos con beneficiarios desconocidos, los transportes clandestinos de dinero, la ejecución de transferencias “en cascada” a entidades bancarias del exterior y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención o voluntad de ocultar o encubrir los bienes y productos del delito.

Otra cuestión de gran interés, por la frecuencia de su producción en los procesos penales por blanqueo de capitales, es ni más ni menos que –como precisa la STS de 28-2-03 (Pn. Saavedra Ruiz)- la apreciación como indicio adicional del sentido de las alegaciones exculpatorias de los imputados, de modo que cuando se trata de manifestaciones inverosímiles, absurdas o faltas de todo apoyo objetivo, no supone invertir la carga de la prueba su consideración como elementos corroboradores de la prueba de los elementos objetivos del tipo o de la participación del acusado. Ya se pronunció así el T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en sentencia de 8-2-96 (caso Murray) al señalar que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión de que no existe explicación alternativa alguna. Ahora bien, no es posible construir el método indiciario sólo a base de manifestaciones autoexculpatorias del acusado, aun entendidas como inverosímiles o ilógicas, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos, aquellas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar estos.

La STS de 23-12-03 (Pn. Martínez Arrieta) recuerda que el silencio del acusado, en el ejercicio de su derecho a no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte de los hechos, de manera que, conforme a la doctrina jurisprudencial (SSTEDH de 8-2-96, caso Murray; y de 2-5-00, caso Condrom;

SSTC 137/98 de 7 de Julio y 202/00 de 24 de Julio) no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el tribunal que la juzga; por el contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado pueden ser utilizados como elemento corroborador de las pruebas de cargo aportadas, pues la ausencia de una explicación o la falta de coherencia de la aportada equivale a que no hay explicación posible.

Para la STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) –que analiza un caso de blanqueo consistente en la compra de varias embarcaciones y vehículos por un elevado importe de dinero sin existir fuentes de ingreso de procedencia lícita- la ausencia de toda explicación sobre tales adquisiciones y el destino que se les iba a dar es un elemento relevante, pues la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible, sin que esto deba ser interpretado como una manifestación de la inversión de la carga de la prueba, recordando finalmente que el silencio o la explicación inverosímil confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de los indicios.

Parece, pues, obvio que la expresión “a sabiendas” debe ser entendida como el conocimiento por el partícipe en el delito de blanqueo del origen ilícito del producto que es objeto de la acción, conocimiento que es predicable tanto en los casos de dolo directo como en los de dolo eventual conforme a las razones expuestas con anterioridad.

v) Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. de 7-12-96, 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99, 10-1-00, 31-3-00, 28-7-01, 18-9-01, 29-9-01, 14-4-03, 29-11-03, 19-12-03, 25-2-04, 9-10-04, 2-12-04, 19-1-05, 1-3-05, 14-4-05, 29-6-05 y 14-9-05 entre otras) –de entre más de un centenar de resoluciones dictadas hasta la fecha por el órgano jurisdiccional casacional con un porcentaje de confirmación de condenas próximo al 90 %- ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares o elementos, manifiestamente reveladores de la importancia y trascendencia de la prueba de indicios:

1. Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.

2. Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales¹⁸.
3. Vinculación, relación o conexión con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, o con otras actividades delictivas, o con personas o grupos relacionados con ellas.

Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable a la legislación dominicana dada la coincidencia de la configuración del delito en cuestión con la descripción típica de la legislación española. Lógicamente las exigencias del tercer presupuesto deben limitarse a las actividades delictivas graves y no extenderse a cualquier actividad ilícita.

En cuanto al segundo presupuesto debe hacerse constar que no se puede interpretar como un modo de invertir la carga de la prueba, tal y como sugiere algún sector de la dogmática penal, siendo especialmente interesantes a estos efectos las reflexiones que realiza la STS de 25-2-2004.

El análisis de los más importantes casos que han llegado a nuestros órganos judiciales nos pueden dar una impresión más correcta del gran aporte jurisprudencial a la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales.

a. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3^a) en el procedimiento abreviado 101/94 instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en sentencia de fecha 23.11.95 (Pn. De No-Louis Magalhaes) condenó

¹⁸ Como recuerda la STS de 25-2-2004 la prueba de la existencia de estas actividades corresponde al acusado. Dice textualmente: “Ninguno de los implicados ha conseguido acreditar que su origen era lícito y que procedía de transacciones mercantiles. Los implicados, ante la investigación realizada, no han podido justificar su origen. La transparencia del sistema financiero, para el bien de la vida mercantil, exige que **ante una imputación administrativa o penal sobre la procedencia ilícita de los capitales, los investigados asuman la carga de facilitar los datos que acrediten su verdadero origen. Ello no supone invertir los presupuestos de la prueba, ni obligar a nadie a realizar actividades imposibles, diabólicas o costosas, para demostrar un extremo, tan fácilmente demostrable, como es el de la procedencia del dinero.** El derecho al silencio o la negativa a confesarse culpable nada tienen que ver con la facilitación de datos que, sin entrar en la autoinculpación, permitan a la administración tributaria o a los jueces comprobar, si los hechos que constituyen el objeto de la investigación están acreditados o no. La valoración jurídica de esta actitud obstaculizadora está ligada al hecho de la negativa a facilitar un dato que está en condiciones de proporcionar el acusado de manera única e insustituible. La exculpación está en sus manos acreditando que el dinero es limpio y transparente.”

En el mismo sentido la STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) al analizar la ausencia de una explicación coherente que justifique la licitud de la operación señala que “no se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibles manifestación de la inversión de la carga de la prueba, y que ante la existencia de prueba de cargo via indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminara o disminuyera la naturaleza incriminatoria de aquellos indicios, por lo que el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles refuerzan la potencia incriminatoria de los indicios”

a los hermanos Manuel y Germán G.C. como autores de un delito de recepción (blanqueo) del art. 546 bis f) del Código Penal anterior.

Los hechos delictivos que el Tribunal de instancia consideró probados son en síntesis los siguientes:

- El acusado Manuel G.C. siguiendo instrucciones de terceras personas procedió a la apertura en España de cuentas bancarias operando con ellas para revertir a dichas terceras personas los beneficios obtenidos ilícitamente del tráfico de drogas.
- Así, el 2.4.92 abrió una cuenta en una entidad bancaria de Sevilla y, hasta su cancelación el 3.12.92, realizó en la misma ingresos en efectivo y de forma fraccionada (en 90 ocasiones) por un importe total de 129.189.000.-Ptas. adquiriendo de modo inmediato cheques bancarios cifrados en moneda extranjera (dólares U.S.A.) por un importe de 1.509.997 dólares declarando para su obtención pretendidos pagos exteriores originados por la importación de diversos productos que no se efectuaron, aportando a este efecto facturas previamente confeccionadas como justificativas, o para pretendidas ayudas familiares. En la mayoría de los casos los cheques bancarios eran nominativos figurando como beneficiarios, personas físicas y jurídicas colombianas y presentados al cobro en entidades bancarias de ese país.
- El 27.01.93 abrió otra cuenta en una entidad bancaria de Palma de Mallorca donde hasta el 19.1.94 en que se canceló realizó indistintamente con su hermano el acusado Germán G.C. ingresos en efectivo en forma fraccionada (en 59 ocasiones) por un importe total de 275.981.855. ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera por un importe de 1.945.077 dólares U.S.A. declarando en el documento de solitud de pagos al exterior importaciones que nunca se efectuaron. También en la mayoría de los casos los beneficiarios de los cheques eran personas físicas y jurídicas domiciliadas en Colombia, y como en los hechos anteriores allí eran presentados al cobro los talones.
- Igualmente el acusado Germán G.C. siguiendo instrucciones de su hermano Manuel abrió el 5.1.93 otra cuenta en otra entidad bancaria de Palma de Mallorca, que canceló el 28 del mismo mes, período en el que ingresó en 13 ocasiones cantidades de dinero en efectivo por importe de 46.000.000.-Ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera para el pretendido pago de la importación de géneros que nunca se llevó a efecto.

En esta sentencia la relación de estas actividades de blanqueo con el tráfico ilegal de drogas como conducta criminal de la que traía origen el dinero manejado se sustentó en las siguientes circunstancias:

- Manuel G.C. fue visto en Valencia por funcionarios policiales en compañía de J.L.G., J.U.A. y G.S.W., todos ellos objeto de vigilancia policial por su implicación en el tráfico de cocaína.
- Manuel G.C. realizó viajes a Colombia y dos hermanos suyos fueron detenidos por las Autoridades de Venezuela en Mayo de 1.991 por la posesión de 25 kgrs. de cocaína.
- Algunas entidades o sociedades vinculadas al blanqueo en otras investigaciones y uno de los sujetos antes referidos que habían sido investigados por tráfico de cocaína, aparecía como beneficiario de alguno de los talones en dólares.

Pues bien, la sentencia en cuestión funda el pronunciamiento condenatorio en la valoración como indicios evidentes del conocimiento del origen ilícito del dinero de circunstancias como la apertura de cuentas por cortos períodos de tiempo, la ausencia de movimientos basados en actividades comerciales legítimas, el fraccionamiento de los ingresos que se realizaban en aquellas cuentas, la conversión inmediata en talones bancarios nominativos y la utilización de falsos documentos que pretendían justificar importaciones inexistentes.

La Sentencia del T.S. de 23.5.97 (Pn. Conde-Pumpido Tourón), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia antes citada, confirma la interpretación de la Sala de instancia precisando que "*en los supuestos, como el actual, en el que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes concretamente del tráfico de estupefacientes, los indicios más determinantes han de consistir en primer lugar 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 ordinarias; en segundo lugar en 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 con personas o grupos relacionados con las mismas extrañas a las prácticas comerciales*". Para añadir que "*tanto por la importancia de las cantidades como por la dinámica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operacio-*

nes absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo; por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constatando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones".

b. La STS. de 15-4-98 (Pn. Moner Muñoz), siguiendo idéntica dirección doctrinal que la anterior, viene a recordar que los elementos indiciarios que es necesario constatar en los supuestos de blanqueo de capitales son los siguientes:

- 1º) Incremento inusitado de patrimonio u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas.
- 2º) Inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transmisiones patrimoniales anómalas.
- 3º) Constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes.

Las posteriores SSTs de 28-12-99 (Pn. Puerta Luis), 10-1-2000 (Pn. Giménez García), 31-3-00 (Pn. Puerta Luis), 28-7-01 (Pn. Sánchez Melgar), 29-9-01 (Pn. Jiménez Villarejo), 14-4-03 (Pn. Soriano), 29-11-03 (Pn. Soriano), 19-12-03 (Pn. Sánchez Melgar), 16-3-04 (Pn. Giménez García), 9-10-04 (Pn. Berdugo), 15-11-04 (Pn. Delgado), 2-12-04 (Pn. Granados), 15-12-04 (Pn. Puerta), 19-1-05 (Pn. Giménez García), y otras muchas que se citan en este trabajo, han consolidado definitivamente la doctrina jurisprudencial expuesta.

c. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 7.12.96 (Ponente Delgado-García), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27.9.94 dictada por la Audiencia Nacional en el caso "Nécora" (Sumario 13/90 del Juzgado Central de Instrucción núm 5), pese al pronunciamiento absolutorio de dos individuos condenados por el delito de recepción de bienes procedentes del narcotráfico previsto en el art. 546 bis f)

fundado en la vulneración del principio de contradicción, viene a reconocer que circunstancias tales como la presencia de elevados ingresos de dinero en divisas, la ausencia de negocios legales que justifiquen tales ingresos, la ocultación de la identidad en documentos y operaciones bancarias, la utilización de sociedades de fachada constituidas en paraísos financieros, etc., son suficientemente demostrativas del origen ilícito de los bienes.

d. En la misma línea que las anteriores resoluciones judiciales se sitúa la sentencia de 24.9.97 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª-Pn. Díaz Delgado) en el procedimiento abreviado 123/92 instruido por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3.

Expuestos de una forma resumida, los hechos que se declaran probados en esta sentencia, son los siguientes:

- A finales de Mayo o primeros de Junio de 1992 Luis Alberto V.V. con la finalidad de introducir en el sistema financiero legal y dar apariencia de licitud a elevadísimas cantidades de dinero provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes que llegaban a su poder, ideó y creó una estructura perfectamente organizada para tal fin en la que estaban integrados H.E.S., M.G.F. y J.J.G., quienes sabían que su única actividad generadora del dinero que iban a recibir, era el tráfico de drogas.
- El citado Luis Alberto V.V. comenzó a entregar diferentes cantidades de dinero por un importe aproximado de 300.000.000.-Ptas. a Miguel G.F. en diferentes puntos de la geografía española, quien a su vez hacía entrega del mismo también en distintos lugares a José J.G., quien era el encargado de trasladar físicamente el dinero de forma clandestina hasta el Principado de Andorra.
- El dinero era ingresado en varias cuentas abiertas en distintas entidades bancarias de Andorra desde donde a su vez era transferido a entidades bancarias del exterior para su cobro por diversas sociedades, o bien se obtenían cheques bancarios de los que eran beneficiarios también empresas domiciliadas en países sudamericanos.
- El citado Luis Alberto V.V. fue condenado en sentencia de 27.9.94, firme el 20.12.96 por un delito contra la Salud pública referido a unos hechos ocurridos durante los años 1989 y 1990, y en diciembre de 1992, le fue revocada la situación de libertad provisional en la citada causa.

En la fundamentación jurídica destaca el razonamiento seguido por el Tribunal para concluir que el dinero procedía del tráfico ilícito de drogas y que los condenados conocían tal origen:

- Se considera acreditado que el dinero poseía un origen ilícito, excluyendo cualquier otra procedencia que pudiera justificar su disposición, por la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1) el responsable de la red Luis Alberto V.V. se encontraba en las fechas de comisión de los hechos encausado por un delito contra la salud pública presuntamente cometido entre los años 1989 y 1990 (la sentencia condenatoria que se dictó contra el citado por ese delito y la firmeza de la misma son de fechas posteriores); 2) el referido Luis Alberto V.V. carecía de fuentes de ingreso conocidas que justificaran el manejo de tan elevadas cantidades de dinero; y 3) las coartadas que ofreció en sus respectivas declaraciones no convencieron al Tribunal por sus manifiestas contradicciones.
- El conocimiento del origen ilícito del dinero que era, sin duda, el objeto fundamental de la probanza respecto al resto de los condenados lo deriva el Tribunal de las circunstancias objetivas concurrentes en la ejecución de los hechos: recepción de elevadas cantidades de dinero en efectivo, entrega de las mismas en diferentes lugares de la geografía española, traslado clandestino del dinero al Principado de Andorra, ingreso en cuentas bancarias abiertas exclusivamente para tal fin, salidas inmediatas del dinero mediante transferencias y cheques bancarios a favor de personas físicas y jurídicas diversas, cobro de elevadas comisiones por su intervención en las diferentes operaciones que realizan como intermediarios, etc.

Como ya hemos indicado, la STS de 10-1-2000(Pn. Gimenez García), ha rechazado el recurso de casación interpuesto por los acusados y ha confirmado íntegramente la sentencia de instancia.

e. La sentencia de 10-12-98 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª - Pn. Díaz Delgado), en el procedimiento abreviado 15/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenatoria para las tres personas que eran acusadas, sigue los mismos criterios ya expuestos en las anteriores resoluciones judiciales.

Los hechos que se declaran probados en la sentencia como constitutivos de la actividad delictiva de blanqueo de capitales prevista en el art. 546 bis

f) del Código Penal vigente en el momento de su comisión son los siguientes:

- 1.- Los acusados durante los años 1992 y 1993 realizaron determinadas operaciones financieras, como cambios de divisas, transferencias de dinero a entidades financieras radicadas generalmente en Colombia, y abonos de servicios.
- 2.- El dinero les era entregado por un individuo que se dedicaba al tráfico ilícito de drogas y que era miembro de una importante organización internacional dedicada a la introducción en Europa de grandes cantidades de cocaína, el cual resultó detenido en París el 16-5-93 ocupándosele una maleta que contenía 13,180 kilogramos de cocaína.
- 3.- Los acusados estaban emparentados -uno de ellos- y mantenían una estrecha relación de amistad -los dos restantes- con el individuo que les entregaba el dinero.

La ilicitud del origen del dinero que manejaron los acusados la deriva el Tribunal de dos circunstancias:

- el individuo que les proporcionaba el dinero fue detenido en París con una importante cantidad de cocaína, resultante de la investigación que por tráfico de drogas había desarrollado respecto al mismo la Policía española.
- la absoluta falta de acreditación de las actividades de compraventa de joyas u oro que los acusados atribuían al individuo en cuestión como actividad que generaba tales fondos.

La STS de 31-3-00 (Pn. Puerta Luis) ha rechazado el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia y ha confirmado íntegramente la fundamentación jurídica recogida por el Tribunal de instancia.

f. Con posterioridad la sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional(Sección 1ª- Pn. Cezón González)en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, fundamenta que el origen del dinero era el tráfico ilegal de estupefacientes en las siguientes circunstancias:

- el procesado rebelde G.A.R., de nacionalidad colombiana manejaba importantes cantidades de dinero en metálico, sin que consten ingresos propios, renta, fortuna o medio conocido de vida del mismo.

- el citado G.A.R. fue detenido ocupándosele en su poder un kilogramo de cocaína y otros 39 kgs. más en un apartamento que utilizaba.
- la relación de dependencia de G.A.R. con otro individuo residente en Colombia llamado "Pacho", personaje éste que encargó su defensa y la de otros colombianos presos en España por tráfico de drogas al Abogado J.S.C., quien también ha resultado condenado en el procedimiento.

La mecánica operativa seguida en este caso y que ha revelado claramente que algunos acusados, al menos los condenados por un delito doloso de blanqueo, conocían el origen ilícito del dinero era la siguiente: disposición de elevadas cantidades de dinero en pesetas sin origen constatado, ingreso de las mismas en cuentas bancarias para cambio inmediato en divisas, obtención de cheques nominativos en dólares que figuraban a nombre de personas irreales o a nombre de los propios adquirentes en cuyo caso eran endosados sin intervención del titular, alegación de falsas importaciones, cobro de los cheques en el extranjero por personas y sociedades distintas, y cobro de comisiones elevadas por tales gestiones. La más reciente sentencia de 11-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª- Pn. Choclán Montalvo) que condena como autor de un delito doloso de blanqueo de bienes derivados del narcotráfico previsto por el art. 301 del Código Penal vigente al empleado de una entidad bancaria, por su comportamiento absolutamente irregular y manifiestamente contrario a las más elementales normas que disciplinan el sector bancario, deriva el conocimiento de su origen de esta singular circunstancia, significando que la estrecha relación que le unía con el cliente permite afirmar que conocía, al menos con dolo eventual, la actividad de tráfico ilegal de hachís de la que dimanaban aquellos capitales.

g. La sentencia de 10-4-2000 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª- Pn. Gómez Bermudez), confirmada en sede casacional por la STS de 26-6-01 (Pn. Giménez García), condenó a varios individuos pertenecientes a una organización que blanqueaba dinero procedente del tráfico de cocaína -mediante la obtención de divisas, transferencias de dinero al extranjero, e incluso transportes físicos de dinero- basándose en los datos o indicios que a continuación se relacionan:

- 1º.- El manejo inusitado de grandes cantidades de dinero y divisas, con continuos cambios de moneda y envíos de dinero al extranjero (utilizando personas interpuestas) por un importe próximo a los 350 millones de pesetas.

- 2º.- El modo de operar, tendente a ocultar no sólo la procedencia real del dinero, sino quién lo poseía en cada momento y quien es el verdadero titular del mismo, siendo especialmente destacable el hecho de que los transportes de efectivo no excedían del límite de dinero a partir del cual era obligado dar cuenta al Banco de España, para lo que tuvieron que utilizar a múltiples personas.
- 3º.- La ausencia de actividad lícita que justifique ese manejo de dinero no constando en la causa contabilidad alguna de los negocios que dicen tener los encausados.
- 4º.- La relación con actividades de narcotráfico queda probada por el hallazgo de cocaína (46 gramos) en la vivienda que ocupaba el jefe de la organización, y de documentos con coordenadas sobre punto de encuentro de buques, claves para comunicaciones por radio, mapas, el contenido de algunas conversaciones telefónicas, el hallazgo de una balanza de precisión en un domicilio, etc.

h. La sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) apreció la existencia de un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico fundado en la ejecución de varias operaciones de cambio de más de 50 millones de pesetas a marcos alemanes entre los meses de Enero y Octubre de 1997 por quienes finalmente fueron detenidos, y posteriormente condenados, en relación con la aprehensión el 28-10-97 de 84 kilogramos de heroína. En trámite casacional, la STS de 18-9-01 (Pn. Delgado García), considera que la incautación de esa importante cantidad de heroína en el momento final de la investigación es prueba más que suficiente de la conexión de las operaciones dinerarias realizadas anteriormente con el tráfico de drogas, y que si a esta circunstancia unimos, como así sucede en el caso concreto, el manejo de cantidades importantes de dinero y la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen la procedencia de esas cantidades, quedan probados de manera fehaciente los tres presupuestos o indicios en los que se sustenta el tipo penal del blanqueo de capitales según reiterada doctrina jurisprudencial.

i. La sentencia de 31-10-00 dictada por el Juzgado Central de lo Penal (Sr. Vázquez Honrrubia) analiza un interesante caso en el que un individuo, E.P.B., abrió en el año 1992 una cuenta en una entidad bancaria de Suiza, en la que ingresó durante los años 1992 y 1993 cantidades de dinero por importe aproximado de 287.000.000 pts., declarando probado el órgano judicial que la cuenta se había abierto con el objeto de depositar en la misma las

ganancias obtenidas por su hermano, J.R.P.B., quien entre los años 1990 y 1991 se había dedicado al tráfico ilegal de cocaína, resultando condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por tales hechos a la pena de 20 años de reclusión menor y multa. En el fundamento jurídico 2º de la citada sentencia se afirma que la constatación de los vínculos con personas relacionadas con el narcotráfico viene dada por una triple vía: 1) El condenado es hermano de J.R.P.B., condenado a su vez por tráfico ilegal de drogas por la Audiencia Nacional en relación con actividades ejecutadas durante los años 1990 y 1991, y ambos tenían relación con la compañía panameña RIPRA (el condenado como representante legal y su hermano J.R.P.B. como constituyente); 2) La cotitularidad de la cuenta con la compañera sentimental de su hermano J.R.P.B.; y 3) La relación laboral en la época de los hechos con J.A.A.M., también condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 como colaborador en la gestión económica de su hermano J.R.P.B.. A todo ello se une la insuficiencia de la prueba respecto a la coartada alegada en el juicio, rechazada por el órgano sentenciador, que pretendía acreditar que tales cantidades procedían de un préstamo otorgado por otra compañía panameña a la sociedad RIPRA.

j. Es preciso citar también la sentencia de 31-01-2002 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) en el procedimiento abreviado 52/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, confirmada en casación por la STS de 25-2-2004 (Pn. Martín Pallín). Son tres los aspectos más destacables de esta resolución:

- 1) en ella se acuerda el comiso de una finca de alto valor –cuya confiscación ha sido considerada emblemática en la lucha contra el narcotráfico– al declarar probado que fue adquirida con dinero de procedencia criminal, aplicando para ello la doctrina del levantamiento del velo mediante la atribución en la realidad histórico-judicial de la propiedad y dominio de la finca no a quien ostenta la titularidad jurídico-formal sino a quien detenta la disponibilidad real.
- 2) la intervención de un Abogado en la constitución de un entramado societario que sirvió para que la finca fuera adquirida finalmente con capitales de origen criminal es un comportamiento que a juicio del Tribunal de instancia tiene un encaje preciso y directo en el tipo penal del blanqueo de capitales de los arts. 301 y siguientes del Código Penal

3) la aplicación de la ya conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en el delito de blanqueo de capitales: en la resolución se expresa que las elevadísimas cantidades de dinero que fueron utilizadas para la adquisición de la finca, ante la ausencia en el proceso de una actividad mercantil legal que las justifique, por exclusión sólo pueden tener su origen en la ejecución de determinados hechos ilícitos graves, entre los que el narcotráfico según las reglas de la experiencia ocupa un lugar preferente, máxime si tenemos en cuenta que el verdadero dueño fue condenado, aunque en fechas muy posteriores a la operación de compra de la finca, por un delito de tráfico ilícito de hachís.

k. En los últimos años se han dictado por la Audiencia Nacional algunas sentencias que resuelven casos de blanqueo de dinero verdaderamente paradigmáticos. La sentencia de 22-10-2002, dictada por la Sección 1ª (Pn. Gómez Bermúdez) en el procedimiento abreviado 449/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, resuelve un caso en el que bajo la cobertura de operaciones comerciales de compra y venta de oro, usando empresas que realmente se dedicaban a tal ramo del comercio y otras meramente instrumentales, simulaban vender oro –previamente adquirido en el mercado a proveedores reales- a sociedades ficticias creadas para encubrir su verdadero destino, obtener facturas falaces que dieran apariencia de veracidad a esas ventas inexistentes, ocultar la recepción de dinero en efectivo procedente del contrabando de tabaco y del tráfico ilícito de hachís –como si se tratara del cobro de esas ventas inexistentes- y reintroducir en el mercado el dinero de origen ilícito como si procediera de operaciones reales y lícitas. Estas operaciones eran posteriormente declaradas a la Hacienda Pública junto con las reales obteniendo sustanciales devoluciones del I.V.A., circunstancia ésta que ha motivado la condena de varios de los acusados no sólo por el delito de blanqueo de dinero, sino también por los delitos de falsedad en documento mercantil y contra la Hacienda Pública.

l. La sentencia de 31-01-2003 dictada por la Sección 3ª (Pn. Gómez Bermúdez) en el procedimiento abreviado 207/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 resuelve una investigación sobre blanqueo de dinero relacionada con una de las organizaciones gallegas que más activamente se han dedicado al tráfico ilícito de cocaína desde finales de la década de los años 80.

La investigación fue iniciada en Septiembre de 1994 por la Fiscalía Especial Antidroga al amparo de lo dispuesto en el art. 18 bis.1.d) del Estatuto

Orgánico del Ministerio Fiscal. En el mes de Noviembre de 1995, tras una exhaustiva investigación económica y patrimonial sobre un importante número de miembros del conocido como “Clan de los Charlines”, se remitieron las actuaciones al Juzgado Instructor que, a solicitud del Ministerio Fiscal, acordó diversas medidas cautelares, unas de carácter personal respecto a gran parte de los investigados, otras de carácter real respecto al patrimonio y bienes presuntamente pertenecientes a los imputados y a sus testaferros.

Debe destacarse que en este procedimiento se utilizó el entonces vigente Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulador de la intervención judicial de empresas, con sujeción al cual se adoptó en el marco de la causa la intervención y administración judicial de las empresas, sociedades y bienes pertenecientes a los inculcados, cuyo decomiso ha sido interesado por el Ministerio Fiscal y cuya valoración aproximada asciende a unos 30 millones de euros.

Los presupuestos indiciarios que propiciaron la apertura del proceso penal por la presunta comisión de actividades delictivas susceptibles de ser encuadradas en los arts. 301 y ss. del Código Penal vigente (arts. 546 bis f), 344 bis h) a j) del anterior) son los siguientes:

1) Algunos de los investigados, la mayor parte de ellos unidos por vínculos familiares, habían sido condenados o se encontraban procesados por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes referidos a grandes cantidades de cocaína y hachís.

2) La realización por los investigados de una intensa actividad económica y comercial consistente en la compra de un abundante número de propiedades, suscripción de bonos del Tesoro, adquisición de participaciones de lotería y otras apuestas del Estado previamente premiadas, y financiación irregular de las actividades comerciales de las empresas y sociedades del grupo, algunas creadas "ad hoc" para tales fines. A tales efectos, dispusieron de importantísimas cantidades de dinero en efectivo de origen, en principio, desconocido porque carecían de sustento en actividades comerciales y mercantiles legales.

3) Los bienes y participaciones sociales fueron puestos a nombre de los miembros del grupo, en algunos casos menores de edad, que no eran objeto de reclamaciones judiciales ni estaban incurso en procedimientos penales por tales actividades ilícitas, quienes actuaban a modo de testaferros con titularidad jurídica formal para evitar que tan cuantioso patrimonio fuera relacionado con los integrantes del grupo condenados y reclamados judicialmente por

tráfico ilícito de estupefacientes, obstaculizar la aplicación de las leyes penales a tales hechos y garantizar el disfrute de lo ilícitamente obtenido.

La investigación judicial permitió obtener y aportar a la causa claras evidencias probatorias de la existencia de la actividad delictiva de blanqueo de capitales, así como la constatación de una continua actividad defraudatoria contra la Hacienda Pública. La acusación se había formulado por ambos delitos contra 16 individuos. El juicio oral respecto a 15 acusados se inició en el mes de Marzo y concluyó en el mes de Septiembre, ambos del 2002, desarrollándose aproximadamente en unas 40 sesiones.

Esta sentencia a la que nos referimos, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha condenado a 14 de los 15 acusados por los delitos de blanqueo de capitales procedentes del tráfico ilegal de drogas [arts. 344 bis h) a j) del Código Penal anterior] y contra la Hacienda Pública [art. 349 del Código Penal anterior]. El fallo acuerda el comiso de todos los bienes conforme lo había solicitado el Ministerio Fiscal, a excepción de los pertenecientes a la acusada absuelta, y siguiendo el criterio iniciado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la misma Sala en el proceso conocido como “Operación Nécora”, y asumido por el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones (SSTS de 7-12-96, 21-12-99-caso Roldán, y 28-3-01-caso Urralburu), afirma la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por el delito contra la Hacienda Pública.

m. La STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) rechaza un recurso contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz en la que se condena por un delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico a un individuo consumidor de heroína y cocaína que entre los años 1999 y 2001 adquirió 4 embarcaciones (dos de ellas de alta velocidad) y un vehículo por una cantidad de dinero ligeramente superior a los 125.000 euros, con la particularidad de que había sido condenado en el año 1991 por tráfico ilegal de drogas. La sentencia tras reconocer la singular potencia acreditativa de este último dato a la hora de demostrar el conocimiento de su ilícito origen, añade que en el caso en cuestión también se valoraron otros datos: a) que el dinero se lo facilitaron unos ciudadanos de Marruecos; b) que la excusa que facilitó de que ellos no podían adquirir tales bienes por sí mismos es de extrema debilidad; c) que no facilitó la identidad de tales personas; d) la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de drogas y e) la adicción al consumo de drogas del condenado.

Durante el último año un buen número de sentencias del Tribunal Supremo han resuelto en trámite casacional situaciones prácticamente idénticas falladas previamente por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta. Se trata de asuntos en los que individuos carentes de ingresos económicos suficientes adquirirían embarcaciones de alta velocidad, vehículos, motores, etc. por elevadas cantidades de dinero, con la circunstancia adicional de la vinculación de algunos tripulantes de tales lanchas con operaciones de tráfico ilegal de hachís. Como regla general los pronunciamientos de casación (SSTS 2-2-05, 16-2-05, 24-2-05, 1-3-05, 13-4-05, 14-4-05, 29-6-05, 5-10-05, 18-10-05, 25-10-05 entre otras), han confirmado las sentencias condenatorias dictadas por la Sección citada, salvo casos muy excepcionales en los que se estimó que la prueba de la vinculación con actividades de tráfico ilícito de drogas era inexistente.

Estas sentencias, cuyo contenido hemos tratado de sintetizar, son un valioso punto de referencia para el futuro de las investigaciones relativas al blanqueo de capitales y claros ejemplos de como debe construirse el tipo penal del blanqueo de capitales y de qué manera deben orientarse en el ámbito policial y judicial los esfuerzos dirigidos a la investigación de estos comportamientos delictivos.

Lo cierto es que los pronunciamientos judiciales en asuntos penales por blanqueo de capitales han aumentado considerablemente en los últimos años, y que a buen seguro la investigación de estas conductas criminales adquirirá en un futuro próximo la normalidad que necesita en su tratamiento judicial y se extenderá a los productos y bienes que originan otras actividades criminales diferentes del narcotráfico, particularmente las que desarrolla la criminalidad organizada.

Conviene, igualmente, mencionar algunas sentencias del Alto Tribunal que han terminado con fallos absolutorios, originados en buena medida por la insuficiencia fáctica y/o argumentativa de las resoluciones del Tribunal de instancia: en particular, las SSTS de 19-11-01 (Pn. Giménez García) y de 18-12-01 (Pn. Conde-Pumpido Tourón). La primera de ellas reprocha a la Sala de instancia el hecho de no haber valorado la prueba de descargo ofrecida por el condenado por el delito de blanqueo, sobre todo porque, a la vista de la misma, los indicios incriminatorios pierden la virtualidad probatoria que se les otorgó. La segunda simplemente constata que los hechos probados por la Audiencia de origen carecen de encaje típico en los arts. 301 y ss. del Código Penal, pues el propio hecho probado no llega a describir un

comportamiento típico de blanqueo: el hecho probado se limita a establecer que el recurrente fue detenido cuando la policía registró la mochila que transportaba en su moto, comprobando que contenía 18 millones de pesetas, pero ni se especifica que el dinero transportado procediese de un delito relacionado con el tráfico de drogas, ni que el acusado conociese dicha ilícita procedencia ni que estuviese tratando de convertir, transmitir u ocultar los bienes o de encubrir su origen ilícito; en definitiva, el hecho de la ocupación de una cantidad de dinero en efectivo tan elevada en una mochila y las confusas explicaciones del acusado sobre la procedencia del dinero, no son fundamento suficiente para la condena, pues en los hechos probados debe hacerse constar la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo, y no un mero relato de las circunstancias de la detención y de las sospechas policiales.

vi) Compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente. Tradicionalmente se ha entendido que, aun cuando el tipo penal no recoge expresamente para poder ser partícipe -a diferencia de la receptación propia y del encubrimiento- la circunstancia de no haber intervenido en el delito previo como autor o cómplice, mantenía su vigencia en el terreno dogmático como principio general, al igual que en la receptación propia, la impunidad del autoencubrimiento, es decir, que los actos de aprovechamiento de los efectos de un delito en cuya ejecución se ha intervenido son actos posteriores impunes por consunción.

No obstante, la naturaleza autónoma y pluriofensiva de esta infracción criminal, legitima la tesis de la viabilidad de la comisión de un delito de blanqueo por el partícipe en el delito antecedente en la generalidad de los casos, incluso en aquellos supuestos en los que los bienes objeto de la acción sean el producto directo de la actividad criminal antecedente: son dos acciones típicas distintas, autónomas entre sí y que infringen bienes jurídicos diferentes. La interpretación de nuestros Tribunales se ha posicionado claramente en esta dirección:

a) La ya antes citada sentencia de 22-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) condenó a un individuo como autor de un delito contra la salud pública y de un delito de blanqueo, lo que demuestra la compatibilidad de ambas infracciones en determinados supuestos: en el caso concreto el individuo condenado había participado bajo las órdenes de otro condenado en seis operaciones de tráfico ilícito de hachís acaecidas entre el verano de 1992 y el mes de enero de 1995; y además ac-

cedió a figurar como titular jurídico formal en las compras de dos inmuebles en los años 1993 y 1994, cuyo precio fue satisfecho con dinero procedente del tráfico ilícito de hachís por el condenado bajo cuyas ordenes se encontraba, percibiendo una comisión por tal motivo. En igual sentido se manifiesta la sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), que condenó a dos individuos por el delito de tráfico ilícito de drogas (por su relación con la aprehensión de 84 kilogramos de cocaína el 28-10-97), y por el delito de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilegal de drogas (al haber ejecutado en fechas anteriores, entre los meses de Enero y Octubre de 1997, operaciones de cambio de pesetas –por un importe aproximado de 50 millones- a marcos alemanes)

b) Por el contrario, la sentencia de 3-12-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2ª), respecto a varios individuos que formaban parte de una organización que blanqueaba dinero y traficaba con heroína para las redes turcas, sostiene que los actos constitutivos de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, y que el autor del blanqueo debe ser ajeno a este delito. En el caso concreto la operación de tráfico de heroína se produjo en el mes de Junio de 1997, mientras que las actividades de blanqueo para la organización turca se desarrollaron entre los años 1993 y 1997, lo que excluye la tesis del autoencubrimiento respecto al delito antecedente sostenida por la Sala de instancia. Idéntico criterio ha mantenido la sentencia de 25-2-00 dictada por la misma Sección respecto a un individuo integrado en dos grupos organizados diferenciados que desarrollaban simultáneamente actividades de tráfico ilícito de cocaína, por un lado, y de blanqueo de dinero de operaciones delictivas de tráfico ilícito de cocaína no concretadas, por otro.

Sin embargo, la posición mantenida por el Tribunal Supremo es contraria a la tesis defendida en las sentencias reseñadas en el anterior párrafo: la STS de 10-1-00 (Pn. Giménez García), en relación a un individuo condenado como autor de un delito contra la salud pública por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de blanqueo en 1992, señala que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga- con el de blanqueo procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones.

Siguiendo idéntica dirección la STS de 28-7-01 (Pn. Sánchez Melgar), estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 3-12-99 antes mencionada, considera inadmisibile la aplica-

ción a ese caso de la tesis del autoencubrimiento porque la actividad de blanqueo se produce en fechas anteriores a la comisión del delito contra la salud pública por el cual ha resultado condenado, y esgrime dos razones de peso: por un lado, que los hechos por los que se le condena no han supuesto para él ningún beneficio puesto que la incautación se ha producido antes de proceder a su distribución, y por otro lado, tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal comprende tanto la realización de actos de ocultación o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias como de terceras personas que hayan participado en la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos.

c) También la STS de 18-9-01 (Pn. Delgado García), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la antes citada sentencia de la Audiencia Nacional de 12-7-00, sostiene la compatibilidad de ambas infracciones penales, en particular en aquellos casos en los que las operaciones de blanqueo se producen con anterioridad al hecho del tráfico ilícito de drogas, para añadir que la incompatibilidad sólo puede plantearse cuando el autor del delito de tráfico ilícito de drogas es acusado, además, por otro delito de blanqueo de dinero referido a los beneficios obtenidos en aquella otra infracción anterior, no cuando el origen del capital blanqueado se encuentra en otros hechos de tráfico de drogas diferentes de aquél por el que se condenó.

d) Y en el mismo sentido, la STS de 28-11-01 (Pn. Martín Pallín), confirmando la condena por un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico dictada por la Audiencia Nacional, en sentencia de 26-6-00, añade que es perfectamente posible la existencia de una organización que, en su estructura, comprenda tanto las actuaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes, como el blanqueo de dinero, y si se acredita la actuación de una persona en ambas actividades nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, de manera que no es necesario que la actividad de blanqueo aparezca desconectada del delito contra la salud pública ya que en la realidad las actividades serán confluyentes y preordenadas.

e) Esta línea jurisprudencial del concurso real de delitos, salvo una discutible excepción a la que haremos referencia en el apartado siguiente, se ha confirmado en varias resoluciones del Tribunal Supremo. Las SSTS. de 16-3-04 (Pn. Giménez García), 15-11-04 (Pn. Delgado), 24-2-05 (Pn. Puerta), y 27-4-05 (Pn. Giménez García). En todos estos casos se estima la compati-

lidad de la condena por el delito de blanqueo y por la infracción criminal que, aun no constituyendo la fuente directa de los bienes objeto de la acción de blanqueo, ha sido determinante como prueba indiciaria para considerar probado el origen ilícito de tales bienes.

f) Únicamente la STS de 30-9-05 (Pn. Andrés Ibáñez) sostiene una tesis mucho más apegada a la clásica interpretación del delito de blanqueo como una figura accesoria y regida por idénticos principios que la receptación tradicional. Así señala que el art. 301 “contempla dos órdenes de acciones: uno, el de las constitutivas de un tipo de delito mediante el que alguien obtiene ilegítimamente determinados bienes; y otro, el de las propias de quien, guardando con las primeras y su producto una relación de conocimiento, actúa sobre él con objeto de favorecer su puesta en valor o su aprovechamiento. Por tanto y consecuentemente, a esos dos órdenes de acciones corresponden dos órdenes de sujetos: el o los responsables del delito básico y el o los autores de los actos de receptación o afines, entre los que se encuentran los descritos en el art. 301.1 C.Penal.”

“De lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 C.Penal en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese status de ilegalidad”. Para concluir que “una inteligencia de ese precepto como la acogida en la sentencia llevaría al absurdo legal de que cualquiera que, de manera estable y durante un tiempo, hubiera realizado una actividad criminal y obtenido bienes de ella, sorprendido en la ejecución de alguno de tales actos, pudiera ser condenado en aplicación del art. 301.1 C.Penal por el hecho de gestionar en propio beneficio, cambiando o vendiendo, por ejemplo, el producto de otros no enjuiciados”.

IV. COOPERACIÓN JUDICIAL
INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA
EL LAVADO DE DINERO

LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO *

Sumario

1. Sobre la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal: la Convención de Viena de 20-12-88 y la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada. 2. La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a la lucha contra la droga y el blanqueo de capitales: A. La política criminal de la Unión Europea y el espacio judicial común. B. Una sucinta referencia a los instrumentos y los organismos de cooperación. 3. La ejecución de las investigaciones de blanqueo de capitales y de las órdenes de incautación y decomiso de bienes y productos de origen criminal en el contexto de la cooperación judicial internacional. A. La convención de Viena de 20-12-88 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. B. La normativa convencional Europea.

1. Sobre la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal: la Convención de Viena de 20-12-88 y la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-12-2000

La aparición de mecanismos de cooperación entre los Estados en la lucha contra el crimen hunde sus raíces en pleno siglo XIX. Obviamente, las necesidades de cooperación en ese período histórico eran mucho más limitadas y los instrumentos que la definían se circunscribían exclusivamente a la entrega de los delincuentes acusados o condenados por graves delitos mediante la sujeción al procedimiento de extradición. Siempre que existiera, naturalmente, una cierta sintonía política así como sólidos vínculos históricos y culturales entre los Estados cooperantes. Así se explica, por ejemplo, que

* Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

España suscribiera a finales del siglo XIX un importante número de tratados bilaterales de extradición con los países iberoamericanos¹.

En la segunda mitad del siglo XX las circunstancias han variado considerablemente. La irrupción y el auge de graves formas de delincuencia asociada (terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) y la transnacionalización de sus actividades criminales, han propiciado que la respuesta de los Estados sea, en igual medida, supranacional, y basada en los principios de colaboración y ayuda mutuas. La cooperación internacional entre los Estados en la represión del delito va a ser entendida de manera muy diferente y pasa a sustentarse en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada país.

La contribución de los organismos internacionales y, en particular, de la O.N.U. va a ser decisiva e inestimable a estos fines. Las iniciativas de Naciones Unidas, más allá de los intereses e intenciones de cada Estado, han logrado durante estos últimos años la vigencia de importantes convenios multilaterales cuyo objetivo no es otro que la represión sin excepciones de las más graves manifestaciones criminales de nuestro tiempo, fundamentalmente aquellas que afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto y que transgreden bienes jurídicos objeto de protección universal².

¹ Buena prueba de ello son los convenios de extradición suscritos con Portugal (1867), República Dominicana (1874), Argentina y Méjico (1881), El Salvador (1884), Uruguay (1885), Colombia (1892), Venezuela (1894), Chile y Guatemala (1895), Costa Rica (1896), Cuba (1905) y Paraguay (1919). La mayor parte de ellos han sido derogados por la ratificación y entrada en vigor, durante las dos últimas décadas, de nuevos convenios bilaterales que en algunos casos no sólo contemplan la extradición sino que regulan también otros mecanismos e instrumentos que configuran la asistencia judicial en materia penal: Argentina (1987), Chile (1992), Méjico (1978), República Dominicana (1981). A éstos deben unirse los nuevos convenios de extradición con Bolivia (1990), Costa Rica (1997), Ecuador (1989), El Salvador (1997), Panamá (1997), Paraguay (1998), Perú (1989), Uruguay (1996) y Venezuela (1988). Y los más recientes convenios de asistencia judicial penal con El Salvador (1998) y Paraguay (1999).

Otras materias propias de la asistencia judicial, como el traslado de personas condenadas y cumplimiento de sentencias penales, han sido objeto de numerosos convenios bilaterales: Argentina (1987), Bolivia (1990), Brasil (1996), Colombia (1993), Cuba (1998), Ecuador (1995), El Salvador (1995), Honduras (1999), México (1987), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1994), Perú (1986) y Venezuela (1994).

² Entre ellos merecen mención especial: el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9-12-48; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 16-12-70; el Convenio para la Represión de la Falsificación de Moneda de 20-4-29; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena de 21-3-50; el Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de 10-12-84; el Convenio Único sobre estupefacientes de 30-3-61; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21-2-71; el Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-88, y las más recientes Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-

Las formas, modos, instrumentos y mecanismos de cooperación penal entre los Estados han sufrido trascendentes alteraciones durante las dos últimas décadas. En el ámbito subjetivo, la cooperación se ha diversificado mediante la intervención de diferentes organismos encargados de las tareas de investigación, bien en sede policial (incluyendo los servicios aduaneros y los servicios administrativos de prevención del blanqueo de dinero), bien en sede judicial (el Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, aun no siendo el responsable de la instrucción penal, como sin embargo lo es en otros países europeos, posee facultades autónomas de promoción y de prestación del auxilio judicial internacional)³, y la aparición de órganos supranacionales encargados de facilitar la cooperación (Interpol, Europol y Eurojust). En el ámbito objetivo, el contenido material de la cooperación se ha ampliado considerablemente. Por una parte, los cauces de comunicación entre las Autoridades de los respectivos Estados se han simplificado⁴. Por otra parte, los mecanismos de cooperación se han perfeccionado, han sido renovados y han experimentado importantes novedades: la extradición, aun siendo un elemento esencial de la ayuda judicial, puede convertirse en un futuro próximo en un simple acto judicial de entrega sin más trámites⁵; por el contrario, va

12-00 y Convención contra la Corrupción aprobada en Mérida el 9-12-2003. Pues bien, la puesta en marcha de alguno de estos tratados ha obligado a los Estados a adaptar sus derechos internos a las prescripciones contenidas en la legislación internacional. Nuestro país no ha sido una excepción en este proceso de asimilación normativa: las modificaciones penales y procesales introducidas por las leyes orgánicas 1/88 de 24 de Marzo, 8/92 de 23 de Diciembre (penalización del blanqueo, ampliación del comiso, adopción de la técnica conocida como “entrega vigilada”, etc.), 10/95 de 23 de Noviembre por la que se aprueba el nuevo Código Penal, y 5/99 de 13 de Enero (ampliación de la “entrega vigilada” e incorporación de la técnica del “agente encubierto”) responden a esa estrategia.

³ Los artículos 3.14 y 18 bis 1.f) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el primero con carácter general y el segundo en el ámbito de actuación específico de la Fiscalía Especial Antidroga, le atribuyen la función de “promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales”. Tampoco podemos desconocer que todos los Estados que han ratificado el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 20-4-59 consideran Autoridad Judicial a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

⁴ La comunicación directa entre Autoridades judiciales en la recepción, tramitación, cumplimiento y devolución de las solicitudes de ayuda y cooperación es ya una realidad. Lo era desde hace muchos años en el ámbito policial. Pero la implantación del espacio Schengen ha dibujado definitivamente un panorama de cooperación judicial completamente distinto al que conocíamos hasta entonces: la transmisión directa de comisiones rogatorias entre Autoridades judiciales y su remisión una vez ejecutadas por la misma vía está prevista expresamente en los arts. 53 y concordantes del Convenio Schengen. Quiere decir ello que la tradicional intervención de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores en estos procedimientos, la manifestación más evidente de la soberanía y de la discrecionalidad de cada Estado en el ejercicio de esa función, está a un paso de ser historia.

⁵ En el ámbito comunitario europeo, ya se ha aprobado la Decisión Marco de 13-6-2002 sobre el mandamiento de detención europeo y los nuevos procedimientos de entrega entre Estados miembros. La orden europea de detención va a sustituir el procedimiento tradicional de la extradición, aunque su

adquiriendo progresivamente más relevancia el cumplimiento de las diferentes resoluciones judiciales que se dictan en el proceso penal (sentencias, decomisos, embargos, registros, etc.) y ha aumentado notablemente la ayuda policial y judicial consistente en la ejecución de actos propios de investigación (vigilancias transfronterizas, persecuciones en territorio extranjero, operaciones encubiertas, entregas vigiladas, interceptación de comunicaciones, indagaciones financieras y patrimoniales, etc.).

Puede decirse, pues, que tanto en formas como en contenidos la cooperación supranacional ha experimentado una notable mejoría: es mucho más eficaz, más completa y más intensa que en otras épocas. En particular, en aquellos ámbitos territoriales supranacionales –como es el caso de la Unión Europea– más evolucionados y definidos por una identidad de intereses políticos, económicos y jurídicos. Sólo desde la coincidencia de contextos sociojurídicos y desde el respeto a los derechos y libertades fundamentales en el marco del Estado democrático es posible configurar espacios jurídicos comunes y profundizar en su construcción.

En esta dirección, justo es reconocer que la lucha contra la droga, contra su tráfico ilícito y la dimensión universal de este problema, en el que en líneas generales los puntos en común pesan más que las diferencias, ha provocado cambios positivos muy importantes en la concepción, evolución y desarrollo de los mecanismos de cooperación jurídica internacional. La internacionalización del fenómeno del tráfico ilícito de drogas y su expansión por todos los países del mundo al margen de las fronteras territoriales, ha generado la necesidad de potenciar la cooperación internacional como piedra angular de la respuesta legal frente a esta delincuencia. Las mismas circunstancias y convicciones han permitido que en los últimos años el planteamiento sea el mismo para otros fenómenos criminales igualmente graves y peligrosos (terrorismo, tráfico de armas, corrupción, tráfico de seres humanos, etc.). Sólo así es posible combatirla eficazmente y reducir sus niveles de impunidad. Y en esta constante lucha ha adquirido un papel preponderante y extraordinariamente relevante en los últimos tiempos la investigación y represión de las estructuras económicas de estas organizaciones criminales.

ámbito de aplicación es prácticamente idéntico: condenas firmes a penas de privación de libertad cuya duración no sea inferior a cuatro meses o autos de prisión por delitos punibles con penas de privación de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses. Pero, a diferencia de la extradición, el procedimiento es esencialmente judicial, habiéndose suprimido la fase política tan característica del procedimiento de extradición.

La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de la moderna delincuencia caracterizada por un fuerte vínculo asociativo, una elevada profesionalización y una marcada planificación empresarial, arranca a mediados de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de una serie de textos jurídicos de carácter supranacional, unos de alcance universal -las Convenciones de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos de 20-12-88, contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 13-12-2000 y contra la Corrupción de 9-12-2003-, otros limitados al ámbito regional europeo -el Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito (ratificado ya por nuestro país y publicado en el B.O.E. de 21-10-98), y las Directivas 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero contra el blanqueo de capitales (modificada por la Directiva 2001/97/CE de 4 de Diciembre) ...de 26-10-2005 sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo - en los cuales se definen las líneas maestras de actuación que deben inspirar el proceso de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de homogeneizar la respuesta frente a esta criminalidad en aspectos tan importantes como la estrategia preventiva y represiva contra el blanqueo, el comiso o confiscación de los productos ilícitos o la cooperación internacional en esta materia⁶.

Es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes, radicalmente distintas pero complementarias entre sí: por un lado, en la persecución penal de estas conductas y en el decomiso del producto derivado de esas ilícitas actividades con el objetivo de conseguir la desar-

⁶ A los instrumentos jurídicos supranacionales específicamente diseñados para combatir el blanqueo, además de los tratados tradicionales sobre la extradición, la asistencia judicial en materia penal, la remisión de procedimientos penales o la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales, hay que añadir el Convenio Schengen que regula aspectos innovadores de la ayuda policial y judicial tales como la vigilancia transfronteriza, la persecución en caliente, las entregas vigiladas, la extradición simplificada y la comunicación directa entre Autoridades judiciales; el Convenio Europol basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión por el que se crea una Oficina Europea de Policía con el objetivo de mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos para la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional; y los más recientes Convenios sobre la extradición y sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, con sus Protocolos Adicionales, cuya incidencia es incuestionable en los aspectos referentes al blanqueo de capitales derivados del fraude y de la corrupción.

ticulación de las organizaciones criminales, el enjuiciamiento y castigo de sus miembros, y la privación de sus ganancias y beneficios (aspecto represivo); y por otro lado, en el aumento de los niveles de transparencia y de control en el sistema económico y comercial con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema y de impedir su utilización en el desarrollo de esta actividad(aspecto preventivo).⁷

La Convención de Viena de 20-12-88. El papel de la Convención de Viena de 20-12-88 (B.O.E. de 10-11-90) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos ha sido verdaderamente determinante en este terreno porque ha incorporado al acervo jurídico internacional una regulación muy precisa y avanzada en materias básicas para un adecuado y eficaz funcionamiento de la cooperación internacional como son la penalización del blanqueo de capitales o lavado de activos, el decomiso o confiscación de bienes, y la asistencia judicial.

⁷ La necesidad de esta doble estrategia es objeto de expreso reconocimiento en las conclusiones obtenidas por la Conferencia Internacional sobre la Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero y el Empleo del Producto del Delito: Un Enfoque Mundial, celebrada en Courmayeur en 1994.

También el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobado por Acto del Consejo de la Unión de 28-4-97 y elaborado por un Grupo de Alto Nivel que fue creado por el Consejo Europeo en las reuniones de Dublín (13 y 14 -12-96) insiste en estos aspectos tanto en sus orientaciones políticas como en sus recomendaciones específicas.

En cumplimiento del citado Plan se ha adoptado por el Consejo de la Unión Europea una Acción Común de 3-12-98 sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión, que consta de 9 artículos, con la que se pretende facilitar los contactos directos en el marco de la red judicial europea, así como la rápida, eficaz y preferente ejecución de las investigaciones sobre blanqueo y de las órdenes de incautación de activos procedentes de países integrantes de la red.

La preocupación es tal que el Consejo de Ministros de la Unión Europea celebrado en Tampere(Finlandia), los días 15 y 16 de Octubre de 1999, ha aprobado una Acción especial contra el blanqueo de capitales y en fechas todavía más recientes, al amparo del art. 34 del Texto consolidado del Tratado de la Unión, aprobado en Amsterdam el 2-10-97, han visto la luz dos importantes resoluciones:

- 1) La Decisión Marco de 26-6-01 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que persigue como objetivos fundamentales que los Estados miembros de la Unión no formulen reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de 1990, que los delitos de blanqueo sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a 4 años, y que arbitren en sus respectivas legislaciones el decomiso de bienes por un valor equivalente al del producto no aprehendido
- 2) La Decisión Marco de 22-7-03 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de los bienes y de aseguramiento de pruebas, que básicamente pretende un examen prioritario de las solicitudes de asistencia referidas a tales medidas mediante la transmisión directa entre Autoridades judiciales de emisión y de ejecución, así como el reconocimiento y ejecución inmediata de las resoluciones de tal naturaleza dictadas por las Autoridades judiciales de otros países.

1. El texto convencional obliga a todos los Estados que lo ratifiquen a incorporar a sus respectivas legislaciones penales la tipificación del delito de blanqueo de capitales o lavado de activos en sus modalidades más significativas:

- la conversión o transferencia de bienes (art. 3.1.b.i), a sabiendas de que proceden de los delitos de tráfico ilegal de drogas o de un acto de participación en los mismos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.
- la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales de los bienes o de los derechos relativos a tales bienes (art. 3.1.b.ii) a sabiendas de que proceden de un delito de tráfico ilegal de drogas o de un acto de participación en tal delito.

La incriminación de estas conductas se extiende también, aunque sin la obligatoriedad en su punición que se predicaba de las formas comisivas antes expuestas, a la adquisición, la posesión o la utilización de bienes a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de un delito de tráfico ilegal de drogas o de un acto de participación en tal delito (art. 3.1.c.i)

2. En cuanto al decomiso de bienes, instrumento que es desarrollado en el art. 5, las líneas maestras que inspiran su regulación son las siguientes:

- inclusión del decomiso de bienes de valor equivalente: al amparo del art. 5.1.a) el decomiso debe alcanzar al producto derivado de los delitos de narcotráfico y blanqueo previstos por el art. 3.1, y en su caso también a los bienes cuyo valor equivalga a ese producto.
- inaplicación del secreto bancario frente a las decisiones de presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales (art. 5.3).
- posibilidad de concertar acuerdos para el reparto de bienes decomisados entre Estados y para financiar con los mismos a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y psicotrópicos (art. 5.5.b).
- aplicación del decomiso al producto transformado o convertido en otros bienes, y al producto mezclado con bienes adquiridos de fuen-

tes lícitas hasta el valor estimado de aquél, así como a los ingresos u otros beneficios derivados de ellos (art. 5.6)..

3. La asistencia judicial es, por primera vez en los tratados inspirados por Naciones Unidas, objeto de una regulación específica y muy detallada ya que el art. 7 de la misma, bajo la rúbrica “Asistencia judicial recíproca”, contiene una exhaustiva enumeración de las modalidades, al margen de la extradición que es referida en su art. 6, de asistencia y cooperación en este ámbito: recibir testimonios, tomar declaraciones a personas, presentar documentos judiciales, inspecciones, incautaciones, examen de objetos y lugares, entrega de documentos (incluidos los bancarios, financieros o comerciales), facilitar información y elementos de prueba, identificar y detectar el producto y los bienes, y cualquier otra forma de asistencia judicial autorizada por el derecho interno de la parte requerida (art. 7.2 y 3).

La fórmula utilizada es muy amplia y ha servido de inspiración, sin duda, a los diferentes convenios bilaterales y multilaterales relativos a la asistencia judicial en materia penal que han visto la luz durante los años posteriores

Generalmente todos los convenios internacionales adoptan fórmulas un tanto ambiguas a la hora de delimitar el contenido de la cooperación judicial. Así, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 20-4-59, en su art. 1, emplea la expresión “prestarse mutuamente la asistencia judicial más amplia posible”; y el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre España y Estados Unidos de 20-11-90 (en vigor desde el 30-6-93) autoriza la prestación de “cualquier otra forma de asistencia no prohibida en la legislación del Estado requerido” (art. 1.2.j). También son frecuentes otras cláusulas de estilo como la subordinación de la ayuda judicial a la compatibilidad con las leyes del país requerido, o su adecuación a los principios fundamentales de cada Estado.

Pero, sobre todo, lo más destacable es que aquél instrumento convencional ha sido el primer paso para orientar la política criminal internacional y la efectiva aplicación de los mecanismos de cooperación a combatir las estructuras económicas de las organizaciones criminales transnacionales.⁸ Los años noventa han sido una década que nos ha legado un cuantioso e importante arsenal normativo supranacional creado y diseñado para abordar

⁸ Este instrumento jurídico supranacional incorporó algunos mecanismos de cooperación que en la actualidad tienen plena vigencia en el ámbito europeo: la posibilidad de trasladar detenidos que consientan colaborar en las investigaciones o intervenir en las actuaciones (art. 7.4) y la formación de equipos conjuntos de investigación (art. 9.1.c).

con un mínimo de eficacia la investigación de todas aquellas conductas relacionadas con la obtención y legitimación de productos y beneficios de origen criminal, la adopción de medidas de incautación y confiscación de tales productos o bienes, y el establecimiento de medidas de control que garanticen la transparencia del sistema financiero y eviten su utilización en esta actividad delictiva: a las Cuarenta Recomendaciones aprobadas en el año 1990 por el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales, se han unido el Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito (abierto a la adhesión de países no miembros del Consejo de Europa), la Directiva 91/308/CEE de 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales, y el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves aprobado por la C.I.C.A.D. (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas)-O.E.A. (Organización de Estados Americanos) en 1998⁹.

La Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada.¹⁰

La decisiva importancia del tratamiento y regulación de estas materias en la política criminal contra estas gravísimas formas de delincuencia viene avallada por la recientísima Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, hecha en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada en Palermo (Italia) el 13-12-2000, que les dedica varios preceptos de su articulado: el art. 6 a la penalización del blanqueo del producto del delito, el art. 7 a las medidas para combatir el blanqueo de dinero, el art. 12 al decomiso e incautación, el art. 13 a la cooperación internacional para fines de decomiso, el art. 14 a la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados, y el art. 18 a la asistencia judicial recíproca.

La penalización del blanqueo incluye como delitos antecedentes los delitos graves definidos en el art. 2 de la Convención (los sancionados con penas de privación de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave), la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), la corrupción (art. 8) y la obstrucción de la justicia (art. 23).

⁹ Algunos de estos instrumentos están sometidos a un proceso de renovación permanente: así sucede con las Recomendaciones del G.A.F.I. y con la Directiva europea sobre prevención del blanqueo, que van a experimentar importantes modificaciones en los años venideros, en particular respecto a la identificación de las jurisdicciones no cooperantes, a la inclusión como sujetos obligados de personas físicas y jurídicas ajenas al mundo financiero y a la extensión de las normas de prevención a toda clase de blanqueo de bienes de origen criminal.

¹⁰ Esta Convención ya ha entrado en vigor en el ordenamiento jurídico español al haber sido publicada en el B.O.E. de fecha 29-9-2003

Los arts. 13 y 18, reguladores de la cooperación internacional para fines de decomiso y de la asistencia judicial recíproca, son una reproducción casi literal de los arts. 5 y 7 de la Convención de Viena de 1988. No obstante, se incorporan algunas particularidades que ya aparecen consagradas en los tratados multilaterales de cooperación vigentes en el ámbito de la Unión Europea: la transmisión espontánea de informaciones sobre cuestiones penales que afecten a otro Estado Parte cuando las mismas permitan emprender o concluir indagaciones o procesos penales (art. 18.4); el traslado de detenidos o condenados para colaborar en las investigaciones (art. 18.10 y 11); la audición de testigos o peritos por videoconferencia (art. 18.18); la creación de órganos mixtos de investigación para procesos o investigaciones que afecten a dos o más Estados Parte (art. 19).

2. La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a la lucha contra la droga y el blanqueo de capitales

A. La política criminal de la Unión Europea y el espacio judicial común

La construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia es una de las ideas básicas que incorpora a la política comunitaria el Tratado de Amsterdam de 2-10-97, llegándose a explicitar en el art. 29 del Texto consolidado que uno de los objetivos de la Unión es “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”, para añadir a continuación que “este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude ...”.

El Tratado de Niza firmado el 26-2-01, ratificado por España mediante ley orgánica 3/01 de 6 de Noviembre (B.O.E. de 7-11-01), culmina en cierto sentido el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam con el objetivo de preparar el funcionamiento de una Unión Europea que previsiblemente se

verá ampliada en un futuro próximo. Además de establecer el mecanismo de la cooperación reforzada entre los Estados miembros, la materia de la cooperación judicial en el ámbito penal se modifica para definir en el nuevo art. 31 las funciones de Eurojust: a) coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito; b) colaboración en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada; y c) cooperación con la Red Judicial Europea para facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

Parece, pues, obvio que la consecución del ESPACIO JUDICIAL EUROPEO exige irremediamente una acción política común, concertada y firme de todos los Estados de la Unión frente a los graves problemas que está ocasionando el crimen organizado. El desarrollo de esta idea se sustenta necesariamente en dos inexcusables presupuestos: por una parte, en la armonización normativa tanto en el terreno sustantivo (identidad de tipos penales y de sanciones) como en el procesal (formulación de técnicas de instrucción, métodos de investigación, sistemas de formación de pruebas y leyes procedimentales uniformes), y por otra parte en el perfeccionamiento de la cooperación policial y judicial favoreciendo los intercambios de información, las comunicaciones directas entre órganos de investigación, la planificación de investigaciones conjuntas y la rápida ejecución de las solicitudes de cooperación.

En el ámbito europeo, el inicio de los trabajos comunitarios tendentes a diseñar una política criminal común en esta materia se remonta a mediados de los años ochenta. Es importante en ese momento la actuación del Grupo TREVI, nacido en el Consejo Europeo de Roma de diciembre de 1975, que aunque tuvo como mandato inicial la cooperación contra el terrorismo, su ámbito de actuación se amplió posteriormente a la gran delincuencia, incluyendo el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales.

A finales de los años ochenta comienza a sentirse dentro de las estructuras de la Comunidad Europea la necesidad de crear instrumentos que coordinen la política sobre drogas en la esfera comunitaria¹¹.

¹¹ Es FRANÇOIS MITERRAND, entonces Presidente de la República francesa, quien, en una alocución a los Jefes de Estado y de Gobierno y al Presidente de la Comisión el 3-10-89, preconiza la creación de un mecanismo de coordinación de las políticas nacionales sobre la droga y de un instrumento de medida y análisis del fenómeno de las drogas denominado Observatorio.

La adopción del primer plan europeo de lucha contra la droga se realiza en el Consejo Europeo de Roma de diciembre de 1990, estableciéndose en el mismo las principales líneas de actuación de la Comunidad Europea estructuradas sobre una base de trabajo (coordinación entre los niveles de decisión nacional, intracomunitario y comunitario), tres campos sectoriales (reducción de la demanda, lucha contra el tráfico ilícito y cooperación internacional) y un instrumento de información y análisis (el Observatorio Europeo sobre las Drogas y las Toxicomanías).

Tras la actualización de las líneas de trabajo por el segundo plan europeo de lucha contra la droga aprobado en el Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992, se aprueba en el Consejo Europeo de Cannes de junio de 1995 el plan de acción global en materia de lucha contra las drogas, encargándose a un grupo de expertos la elaboración de un informe sobre la situación actual de la droga en la Unión Europea, informe que fue presentado al Consejo Europeo de Madrid de diciembre de 1995, y que se basó en las aportaciones realizadas por los grupos de trabajo competentes en materia de drogas en cada uno de los tres Pilares (grupo "Salud" en el I Pilar, grupo "PESC-Drogas" en el II Pilar y grupo "Drogas y Crimen Organizado" en el III Pilar), con importantes contribuciones del Observatorio y de la Unidad de Drogas de Europol.

La vinculación del tráfico ilícito de drogas con el fenómeno del crimen organizado ha sido tradicionalmente reconocida por las instituciones europeas y una constante en los más importantes informes que se han elaborado al respecto. Basta citar el Informe presentado al Parlamento Europeo el 2-12-91 por la Comisión de Investigación sobre la Difusión de la Delincuencia Organizada vinculada al tráfico ilegal de drogas, y el más reciente Informe sobre la situación de la delincuencia organizada en la Unión Europea presentado en noviembre de 1997 por el Comité K.4 al COREPER (Comité de Representantes Permanentes) y al Consejo de la Unión Europea, en los que continuamente se insiste en que el tráfico de estupefacientes es la actividad más común y la más rentable de cuantas ejecutan los grupos delictivos organizados tanto nacionales como extranjeros.

El nuevo mecanismo de coordinación, conocido como Comité Europeo de Lucha contra la Droga, será creado por el Consejo Europeo de Estrasburgo de diciembre de 1989 y, tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión, será sustituido por el Comité de Coordinadores Nacionales sobre Drogas.

El Observatorio Europeo sobre las Drogas y las Toxicomanías nace definitivamente por Reglamento (CEE) 302/93 del Consejo de 8-2-93 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 12-2-93).

El tratamiento de estos problemas se ha desarrollado en los últimos tiempos en el marco del III Pilar de la Unión, específicamente centrado en la cooperación en asuntos de justicia e interior. El Tratado de Amsterdam de 2-10-97 (B.O.E. de 7-5-99) ha modificado íntegramente el Título VI del Tratado de la Unión Europea relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal. Como se señala en el art. 29 del Texto consolidado el objetivo es el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia sobre la base de una acción en común de los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal. La prevención y la lucha contra la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas, además del terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude constituyen el eje central de esta acción común que se desarrolla en el ámbito policial (art. 30) y en el ámbito judicial (art.31)¹².

Tras todos estos antecedentes, el Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996 constituirá un hito fundamental en la lucha contra la delincuencia organizada al abordar la necesidad de que la Unión adoptase un enfoque coherente y coordinado frente a este problema, y decidir la creación de un Grupo de Alto Nivel encargado de elaborar un Plan de Acción global que finalmente ha sido aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam de junio de 1997.

El Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada es, sin duda, un documento de una importancia extraordinaria porque puede ser definido como el programa político-criminal de la Unión Europea para los próximos años. Se integra por quince orientaciones políticas y treinta recomendaciones específicas en las que se concretan las líneas básicas de actuación en esta materia:

- penalización de la participación en una organización delictiva de toda persona presente en el territorio de un Estado miembro, con indepen-

¹² Quizás lo más novedoso y significativo de esta nueva versión del Tratado de la Unión es que el art. 34 del texto consolidado atribuye al Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, importantes funciones en este terreno como la adopción de posiciones comunes sobre asuntos concretos, la adopción de decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (que obligan a éstos en cuanto al resultado que debe conseguirse dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios), la adopción de decisiones con cualquier otro fin pero coherentes con los objetivos del título, y la celebración de convenios recomendando su incorporación a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

dencia del lugar de la Unión en que esté concentrada la organización o de donde ejerza su actividad delictiva¹³.

- adopción y aplicación efectiva de los Convenios que guardan relación con la lucha contra la delincuencia organizada (Convención de Viena de 1988, Convenios europeos sobre extradición y sus Protocolos, sobre asistencia judicial en materia penal y sus Protocolos, sobre represión del terrorismo, sobre Europol, sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos, sobre blanqueo y comiso de bienes de origen criminal, sobre asistencia mutua y colaboración entre administraciones de aduanas y su Protocolo, sobre utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, y sobre tráfico ilícito por mar)¹⁴.
- establecimiento de un sistema para la recíproca evaluación del modo en que se aplican y desarrollan en cada Estado los instrumentos en materia de cooperación internacional en asuntos penales.
- definitiva puesta en marcha del nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal¹⁵ y reconsideración del requisito de la doble incriminación¹⁶.

¹³ Esta orientación ha sido desarrollada mediante una Acción Común de 21-12-98, en cuyo art. 1 se define la organización delictiva como la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o un medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aun más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

¹⁴ A todos estos instrumentos jurídicos supranacionales específicamente citados hay que añadir los ya conocidos convenios europeos sobre la remisión de procedimientos penales de 15-5-72 (B.O.E. de 10-11-88), traslado de personas condenadas de 21-3-83 (B.O.E. de 10-6-85), validez internacional de las sentencias penales de 28-5-70 (B.O.E. de 30-3-96), así como el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (al que España se adhirió en 1991 con entrada en vigor el 26-3-95) que regula aspectos innovadores de la ayuda policial y judicial tales como la vigilancia transfronteriza, la persecución en caliente, las entregas vigiladas, la extradición simplificada y la comunicación directa entre Autoridades judiciales.

¹⁵ El nuevo Convenio, celebrado de conformidad con el art. 34 del Tratado de la Unión Europea y aprobado por Acto de fecha 29-5-00, contiene interesantes novedades como el intercambio espontáneo de información entre autoridades judiciales (art. 7), la audiencia de testigos y peritos por el sistema de videoconferencia (art. 10) y conferencia telefónica (art. 11), la formación de equipos comunes de investigación (art. 13), la ejecución de operaciones encubiertas (art. 14) o la interceptación de telecomunicaciones (arts. 17 a 20).

¹⁶ La inexcusabilidad del presupuesto de la doble incriminación (que no debe ser confundida con la necesidad de idéntica calificación jurídica) ha sido matizada por la ley orgánica 11/99 de 30-4 (B.O.E. de 1-5-99) al modificar el apartado 2, punto a), del art. 23 de la L.O.P.J. -donde se atribuye la jurisdicción a los Tribunales españoles para hechos delictivos cometidos fuera del territorio nacional por

- establecimiento de pactos de preadhesión sobre cooperación contra la delincuencia organizada con los países de la Europa central y oriental.
- coordinación de los servicios competentes en esta materia en el plano nacional.
- establecimiento de un único punto de contacto nacional para la relación con los Estados miembros, Europol y la Comisión.
- establecimiento de una red de cooperación judicial a nivel europeo con puntos de contacto centralizados que permitan el intercambio de información entre autoridades judiciales nacionales.
- creación de un Grupo Permanente Multidisciplinar con el fin de desarrollar políticas para coordinar la lucha contra la delincuencia organizada.
- atribución a Europol de competencias operativas en su relación con los órganos nacionales.
- adopción por los Estados miembros de una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en el ámbito de la confiscación de los beneficios derivados del delito y del blanqueo de dichos beneficios¹⁷.

personas de nacionalidad española- que ha quedado redactado de la siguiente manera: "Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito".

¹⁷ En la propia orientación política nº 11 se solicita al Consejo y a la Comisión que elaboren propuestas destinadas a seguir fortaleciendo dicha normativa, teniendo en cuenta que es importante:

- introducir procedimientos especiales para seguir la pista, inmovilizar y confiscar los beneficios derivados de delitos.
- evitar que un uso excesivo por parte de personas físicas o jurídicas de pagos en efectivo y de cambios de divisas extranjeras sirva para ocultar la transformación de los beneficios derivados de delitos en otro tipo de propiedades.
- extender el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre blanqueo a los beneficios derivados de cualquier forma de delito grave, y tipificar como ilícito penal el incumplimiento de la obligación de informar sobre transacciones financieras sospechosas penadas con sanciones disuasorias.
- abordar el tema del blanqueo de capitales en Internet y por medio de productos monetarios electrónicos.

En consonancia con tales planteamientos, la recomendación nº 26 propone, en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de dinero y de la confiscación del fruto de la delincuencia, las medidas siguientes:

- a) a fin de mejorar el intercambio de datos policiales a escala internacional, es necesario establecer un sistema de intercambio de información sobre casos en los que haya sospechas de blanqueo de dinero a nivel europeo, de conformidad con la normativa pertinente sobre protección de datos; a tal fin, debería complementarse el Convenio Europol con una disposición que autorizara a Europol a intervenir al respecto.

- cooperación a nivel nacional entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y las autoridades fiscales, favoreciendo el suministro de información fiscal en casos relacionados con la delincuencia organizada y otorgando al fraude fiscal vinculado con estas actividades criminales el mismo tratamiento que a las demás formas de delincuencia organizada.
- desarrollo de una política global contra la corrupción y fortalecimiento de la transparencia de las administraciones públicas y de las empresas, evitando la participación de estas organizaciones delictivas en procedimientos de contratación pública, recepción de subsidios o licencias gubernamentales, y propiciando una colaboración más activa de las profesiones liberales y otras profesiones particularmente expuestas a la influencia de la delincuencia organizada¹⁸.

-
- b) La penalización del blanqueo de los beneficios del delito debería hacerse lo más general posible, y habría que establecer una base jurídica que cubriera la mayor variedad posible de facultades de investigación; debería estudiarse si es conveniente incluir dentro del blanqueo la conducta negligente; debería emprenderse un estudio con vistas a perfeccionar la localización e incautación de los bienes ilegales y la aplicación de las resoluciones judiciales sobre la confiscación de bienes de la delincuencia organizada.
 - c) Deberían adoptarse normas sobre confiscación que hicieran posible la confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en que el autor del delito ha muerto o ha huido.
 - d) Debería estudiarse la posibilidad de compartir, a nivel de Estados miembros, los bienes que se hayan confiscado a raíz de la cooperación internacional
 - e) La obligación de informar que impone el art. 6 de la Directiva sobre blanqueo de capitales tendría que ampliarse a todas las infracciones relativas a delitos graves y a otras personas y profesiones además de las entidades financieras que se mencionan en la Directiva; los Estados miembros deberían estudiar si es oportuno que el incumplimiento de la obligación de informar de operaciones sospechosas se someta a sanciones disuasorias; al mismo tiempo, la legislación nacional debería imponer a las autoridades fiscales una obligación análoga de informar en el caso de operaciones relacionadas con la delincuencia organizada y, como mínimo, para las operaciones relacionadas con el IVA y con los impuestos especiales; hay que mejorar la cooperación entre los puntos de contacto previstos en la Directiva.
 - f) Debería abordarse el problema del blanqueo de capitales a través de Internet y de los productos monetarios electrónicos y exigir, en los pagos electrónicos y en los sistemas de mensajería, que los mensajes enviados especifiquen quiénes son el remitente y el beneficiario.
 - g) Habría que evitar que las personas físicas o jurídicas hagan un uso excesivo de los pagos en efectivo o cambios excesivos de divisas en efectivo para encubrir la conversión de los beneficios del delito en otro tipo de bienes.

¹⁸ Tanto el Segundo Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas de fecha 1-7-98 relativo a la aplicación de la Directiva de 10-6-91 sobre prevención del blanqueo de capitales en el sistema financiero como los trabajos del Comité de Contacto han concluido que es absolutamente necesario revisar, al amparo de su art. 12, su ámbito subjetivo de aplicación en relación con profesiones y categorías de empresas que, sin ser entidades financieras, ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para blanqueo de capitales.

- utilización de los Fondos estructurales, en particular el Fondo Social Europeo y el programa URBAN, para evitar que en las grandes ciudades de la Unión se den las condiciones que favorecen el desarrollo de estas actividades ilícitas.
- atención especial a la delincuencia de alta tecnología, mediante el desarrollo de una política que asegure una acción eficaz de las autoridades en la lucha contra el abuso de esas nuevas tecnologías.

Con posterioridad el propio Consejo Europeo ha aprobado en Viena en diciembre de 1998 un nuevo Plan de Acción complementario del anterior que reclama el fortalecimiento de la acción de la Unión Europea en su lucha contra la delincuencia organizada a la vista de las nuevas posibilidades abiertas por el Tratado de Amsterdam. A mediados de 1.999, la presidencia finlandesa de la Unión preparó, para su estudio y debate durante los últimos seis meses de ese año, un nuevo documento que consta de 75 Recomendaciones bajo el título "Prevención y control de la delincuencia organizada. Programa de la Unión Europea para los principios del nuevo milenio" que pretende en cierta medida, asumiendo los postulados de los Planes de Acción de 1997 y 1998, constituirse en el más ambicioso programa politico-criminal a desarrollar en el ámbito de la Unión.

En la cumbre celebrada en Tampere (Finlandia), los días 15 y 16 de Octubre de 1999, el Consejo de Ministros de la Unión adoptó importantes e interesantes conclusiones, entre otras materias, en el diseño de un auténtico espacio europeo de justicia (apartado B del documento final) y en la lucha contra la delincuencia (apartado C del documento final), de las que merece destacar las siguientes:

1. Reconocimiento mutuo de las sentencias y otras resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en el ámbito de la Unión, que debería ser automático con exclusión de procedimientos intermedios para determinadas cuestiones civiles (demandas de consu-

La cuestión resulta especialmente difícil en el caso de las profesiones jurídicas, en particular los despachos de abogados, por la existencia de una obligación legal de reserva o secreto profesional en las relaciones con los clientes, aunque la Comisión y el Comité de Contacto inciden en la necesidad de deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en pleitos de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial como la intermediación financiera o el asesoramiento económico, supuesto en el cual deberían aplicarse plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo. Lo cierto es que recientemente se ha aprobado la propuesta de modificación de la Directiva 91/308/CEE para incluir las profesiones jurídicas entre los sujetos obligados.

midores, litigios familiares o cuestiones mercantiles de menor cuantía).

2. Supresión del mecanismo de la extradición para las personas condenadas por sentencia firme y su sustitución por el simple traslado de dichas personas.
3. Creación de equipos conjuntos de investigación en la lucha contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo.
4. Creación de una Unidad operativa europea de Jefes de Policía con objeto de intercambiar experiencia, prácticas e información sobre las tendencias actuales de la delincuencia transfronteriza y de contribuir a la planificación de acciones operativas.
5. Creación de una Unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente para facilitar la coordinación de las autoridades nacionales, apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada y simplificar la ejecución de comisiones rogatorias en estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.
6. Acción especial contra el blanqueo de capitales¹⁹ basada en los siguientes puntos:
 - intercambio de información entre las Unidades de Información Financiera respecto a transacciones sospechosas²⁰.
 - inaplicación de la confidencialidad bancaria frente a las investigaciones judiciales sobre blanqueo de capitales²¹.

¹⁹ El blanqueo de capitales, así como la identificación, detección, embargo y confiscación de los productos del delito, ya ha sido objeto de una Acción Común de 3-12-98 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión, en la cual se establece (art. 3) que los Estados miembros darán prioridad a todas las peticiones de otros Estados miembros que se refieran a estas cuestiones.

²⁰ Esta es una práctica consolidada en el marco del grupo EGMONT, en el cual están integrados las oficinas o unidades de inteligencia financiera de los países del G.A.F.I. (Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales), entre ellas el SEPBLAC español (Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales).

²¹ La prohibición de invocar el secreto bancario para el cumplimiento de las solicitudes de auxilio judicial en investigaciones dirigidas a identificar, detectar, embargar y decomisar bienes de origen delictivo se recoge expresamente en los convenios internacionales en vigor: arts. 5.3 y 7.5 de la Convención de Viena de 20-12-88 y arts. 4.1 y 18.7 del Convenio de Estrasburgo de 8-11-90.

- atribución a Europol de competencias en materia de blanqueo de capitales con independencia del delito del que procedan los beneficios (así ha sucedido por Acto del Consejo de la Unión Europea de 30-11-00).
- aproximación normativa penal y procesal entre las legislaciones de los Estados miembros sobre actividades delictivas de origen, seguimiento, embargo y decomiso de fondos.
- establecimiento de acuerdos con los centros financieros extraterritoriales de terceros países que garanticen una cooperación judicial eficaz y elaboración de normas dirigidas a evitar la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la jurisdicción de la Unión para ocultar los beneficios de origen delictivo²².

El llamamiento del Consejo Europeo de Tampere sobre la primordial importancia de estas cuestiones ha sido recogido en el Plan de Acción aprobado por el Consejo de la Unión el 27-3-2000 en el que se contiene la Estrategia de la Unión Europea para la Prevención y Control de la Delincuencia Organizada en el comienzo del Nuevo Milenio, que explícitamente dedica un capítulo –el 2.7- al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, desarrollándolo en ocho recomendaciones específicas (14 a 21).

Como vemos, una buena parte de las iniciativas y de los proyectos de futuro en el seno de la Unión Europea pasan por una atención específica y preferente desde la perspectiva político-criminal a todas las cuestiones penales y procesales relacionadas con la actividad delictiva del blanqueo de capitales, su investigación y la incautación de los productos y beneficios de origen ilícito.

²² Este concreta propuesta pretende paliar la existencia de los llamados "paraísos fiscales", lugares en los que las organizaciones criminales encuentran todas las facilidades para ocultar sus ilícitas ganancias e impedir el éxito de las investigaciones. La relación de países conceptuados como paraísos fiscales figura en el Real Decreto 1080/91 de 5 de Julio (B.O.E. de 13-7-91) e incluye 48 países. Muy recientemente, por Orden del Ministerio de Economía de 2-8-00 (B.O.E. de 12-8-00), las obligaciones de comunicación al Servicio Ejecutivo (SEPBLAC) de las operaciones descritas en el art. 7.2.b) del Reglamento aprobado por Real Decreto 925/95 se han ampliado para extenderse a las operaciones que se realicen con otros 6 territorios (Filipinas, Islas Marshall, Israel, Niue, Rusia y San Cristóbal y Nieves). La medida es consecuencia de los trabajos desarrollados por el G.A.F.I. (Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales) en orden a la identificación de los territorios no cooperantes en la lucha contra el blanqueo, listado que incluye en la actualidad hasta quince países.

B. Una sucinta referencia a los instrumentos y los organismos de la cooperación

Como quiera que tanto los diferentes instrumentos y técnicas de cooperación como los organismos supranacionales europeos específicamente encargados de facilitarla van a ser objeto de un análisis más pormenorizado en las diversas ponencias que serán expuestas a lo largo de este curso, me limitaré exclusivamente a reseñar de forma sintética cuáles son los más importantes modos de cooperación regulados en los convenios multilaterales de ámbito europeo, incluyendo las nuevas técnicas de investigación reconocidas en el Convenio Schengen y en el nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal, y cuáles son los organismos europeos creados y diseñados para mejorar la cooperación policial y judicial en estas materias.

1. Los instrumentos de la cooperación. Nuevamente es necesario distinguir entre la extradición y los restantes modos de asistencia judicial que se tramitan a través de lo que se conoce como comisiones rogatorias internacionales.

1º.- La extradición²³ Las normas reguladoras de tan importante mecanismo de cooperación de la justicia penal son las siguientes:

- Convenio Europeo de Extradición de 13-12-57 (con dos Protocolos Adicionales).
- Convenio de 19-7-90 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14-6-85: incluye como delitos sujetos a extradición determinadas infracciones fiscales (por ejemplo, en materia de impuestos sobre consumos específicos y sobre el valor añadido) y las infracciones aduaneras (art. 63 en relación con el art. 50); se crea un sistema de información especializado llamado SIS (Sistema de Información Schengen) –título IV- que permite disponer inmediatamente de descripciones de personas y objetos buscados en un Estado parte en el Convenio; la gestión de la parte nacional del SIS se hace a través de un organismo llamado SIRENE encargado de verificar la información que se inscribe en el sistema, de manera que la inclu-

²³ La normativa interna española sobre extradición está constituida por la ley 4/85 de 21 de Marzo de extradición pasiva, ya superada en muchos aspectos por los sucesivos instrumentos jurídicos supranacionales que la regulan, y en lo que atañe a la extradición activa por los arts. 824 a 833 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (los citados preceptos atribuyen al órgano judicial la facultad de proposición de la extradición y al Gobierno la facultad de decisión sobre la misma).

sión de la descripción de una persona en el SIS equivale a una solicitud de detención provisional a efectos de extradición (art. 64). El art. 66 contiene, además, un procedimiento abreviado de extradición para los casos en que el reclamado acceda a ser entregado (el trámite consiste en una comparecencia ante una Autoridad Judicial del país requerido con asistencia letrada y en la entrega inmediata del mismo)

- Acuerdo de San Sebastián de 19-4-89 que permite las transmisiones por fax de las solicitudes de extradición.
- Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición, firmado en Bruselas el 10-3-95, aplicado provisionalmente por España (B.O.E. de 14-4-99), Alemania, Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos, y objeto de ratificación por Portugal, que permite la entrega de una persona en breve plazo cuando da su consentimiento (prestado ante una Autoridad judicial y con posibilidad de ser asistido por un abogado).
- Convenio de extradición, firmado en Dublin el 27-9-96, y que es aplicado provisionalmente por España (B.O.E. de 24-2-98), Dinamarca, Alemania, Portugal, Finlandia y Países Bajos: reconoce la extradición por un Estado miembro de sus propios nacionales y rechaza la denegación de la extradición fundada en razones de carácter político cuando se trate de delitos de terrorismo.

2º.- La orden europea de detención. Regulada por Decisión Marco de 13-6-2002, es la primera manifestación del principio de reconocimiento mutuo consagrado en Tampere. Con este mecanismo se sustituye en la Unión Europea la extradición por la entrega directa del reclamado en el marco de un procedimiento exclusivamente judicial, con una tramitación más rápida y unos plazos más reducidos.

La transposición de esta Decisión Marco se ha llevado a cabo en el ordenamiento jurídico español mediante la ley 3/2003 de 14 de Marzo.

3º.- Las comisiones rogatorias internacionales. Para una mejor comprensión de las posibilidades de ayuda, dejando al margen las modalidades citadas en los arts. 3 a 5 del Convenio directamente relacionadas con la práctica de pruebas en el proceso (declaraciones de testigos y peritos, registros, embargos de bienes, transmisión de documentos y piezas probatorias y, en general, actuaciones de instrucción), podemos distinguir las técnicas tradicio-

nales de cooperación, las específicamente incluidas en el Convenio Schengen y las reconocidas en el nuevo Convenio Europeo²⁴.

a) Técnicas clásicas de cooperación penal:

1. Técnicas que permiten la iniciación de un proceso o la ejecución de decisiones judiciales:

- transmisión de procedimientos penales (Convenio Europeo de 15-5-72).
- denuncia oficial de un Estado a otro para que inicie un procedimiento penal (art. 6.2 del Convenio Europeo de Extradición y art. 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal).
- entrega temporal de un preso de un Estado a otro por un determinado período(art. 11 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal).
- transmisión espontánea de informaciones(art. 10 del Convenio Europeo de 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito).(25)
- ejecución en el extranjero de decisiones de confiscación (art. 5 de la Convención de Viena de 1988 y art. 13 del Convenio Europeo de 8-11-90).

2. Técnicas utilizadas posteriormente a una condena:

- traslado de una persona condenada a su país de origen (Convenio del Consejo de Europa de 21-3-83).
- vigilancia en el extranjero de condenados en situación de libertad condicional.

b) Las nuevas técnicas específicas del espacio Schengen:

- el derecho de observación transfronteriza (art. 40 del Convenio) que permite a los servicios de policía en el marco de una investigación ju-

²⁴ Para una completa reseña y enumeración de esta materia, véase BADIE, FRANÇOIS, Magistrado de Enlace francés en España, en “La cooperación judicial internacional en materia penal en el marco de la Unión Europea”, curso sobre “Delitos contra la salud pública en materia de drogas”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-1999, págs. 179 a 192. Es más, en el presente trabajo se ha seguido la sistemática que utiliza el citado autor.

²⁵ La entrada en vigor de este Convenio se ha producido en Andorra, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, San Marino, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Macedonia, Ucrania, Reino Unido y Australia.

dicial, previa solicitud y con el control de las Autoridades Judiciales, realizar labores de vigilancia en otros países²⁶.

- el derecho de persecución "en caliente" (art. 41 del Convenio) que permite a los funcionarios policiales penetrar en el territorio de un Estado colindante en el curso de la persecución de un delincuente "in fraganti" para proceder a su detención²⁷.

²⁶ A tenor del art. 40 del Convenio se requiere la existencia de una investigación judicial y la autorización de la Parte –en nuestro caso la Dirección General de la Policía- en cuyo territorio se va a realizar la vigilancia previa solicitud de asistencia judicial, aunque cuando concurren razones de particular urgencia no es necesaria la autorización previa, pero sí comunicar inmediatamente el cruce de la frontera y transmitir sin demora la solicitud de asistencia judicial. Los agentes policiales que lleven a cabo la vigilancia deben cesar en la misma cuando así lo disponga la Parte afectada y cuando transcurran 5 horas después de cruzar la frontera sin haber obtenido la autorización, y en su actuación deben cumplir las condiciones establecidas en el apartado 3 del referido artículo: atenerse al Derecho de la Parte en cuyo territorio actúen, obedecer las órdenes de las autoridades locales competentes, no utilizar armas salvo en caso de legítima defensa, no interrogar ni detener a la persona vigilada, no entrar en domicilios y lugares donde el público no tenga acceso, portar documentos que justifiquen su carácter oficial y la concesión de la autorización, etc.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el apartado 7 del art. 40 limita su utilización a las investigaciones que tengan por objeto alguno o algunos de los siguientes hechos delictivos: asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos y transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos.

²⁷ A tenor del art. 41, apartado 1, los agentes de una de las Partes contratantes que, en su país, estén siguiendo a una persona hallada en flagrante delito de comisión de una de las infracciones mencionadas en el apartado 4 o de la participación en una de dichas infracciones estarán autorizados a proseguir la persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante, cuando las autoridades competentes de ésta, debido a la especial urgencia, no hayan podido ser advertidas previamente de la entrada en el territorio o no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución. También es de aplicación esta técnica a las personas perseguidas que se hubiesen evadido mientras estaban bajo detención provisional o cumpliendo pena privativa de libertad.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, el apartado 4 del indicado precepto, a diferencia de la "vigilancia transfronteriza", permite su utilización en los hechos delictivos previstos para ésta última, en los delitos de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves -todos ellos incluidos en el art. 41.4.a)- y en las infracciones que puedan dar lugar a extradición. En la práctica, los acuerdos entre España y los países colindantes (Francia y Portugal) limitan el derecho de persecución a los delitos previstos en el apartado 4.a) del art. 41, y respecto a las modalidades de ejercicio los acuerdos son diferentes según el país: con Francia existe exclusivamente una limitación territorial de 10 kilómetros, mientras que con Portugal se ha pactado una limitación espacial (hasta 50 kilómetros) y temporal (hasta 2 horas).

Las condiciones establecidas para su utilización son prácticamente idénticas a las previstas en la "vigilancia transfronteriza", con la particularidad de que la persecución sólo podrá efectuarse por las fronteras terrestres.

- transmisión de la ejecución de una pena o medida de seguridad definitiva privativa o restrictiva de libertad cuando el condenado se ha evadido del país que ha pronunciado la condena para regresar a su país de origen (art. 67 a 69 del Convenio).
- la entrega vigilada de drogas (art. 73 del Convenio).

c) Las nuevas técnicas reguladas por el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 29-5-2000:

- entregas vigiladas (art. 12) no limitadas a los casos de tráfico ilícito de estupefacientes y referidas a cualesquiera delitos que puedan dar lugar a la extradición²⁸.
- equipos comunes de investigación (art. 13), para infracciones penales cuya averiguación implique la movilización de medios considerables y afecten a otros Estados miembros, o requieran una actuación coordinada y concertada por existir investigaciones en varios Estados miembros.²⁹
- investigaciones encubiertas (art. 14), permitiendo la actuación de funcionarios infiltrados o con identidad falsa en otros países con sujeción al derecho y procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen³⁰.
- intervención de telecomunicaciones (título III): es una medida de investigación prevista en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión, estableciéndose en el Convenio reglas y procedimientos para ejecutar la orden de intervención procedente de la Autoridad competente de otro país, para intervenir las telecomunicaciones no accesibles pa-

²⁸ La ley orgánica 5/99 de 13 de Enero sobre perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves ha modificado el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que regulaba la entrega vigilada y que fue introducido por la ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre- para incluir como objeto de la misma, además de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371, los bienes y ganancias a que hace referencia el art. 301, así como los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 566, 568 y 569 del Código Penal.

²⁹ Este instrumento de cooperación ha sido incorporado al derecho interno español mediante la ley 11/2003 de 21 de Mayo, y ha sido utilizado ya en varias ocasiones con resultados muy positivos. Hasta el momento presente se han constituido 9 equipos conjuntos de investigación, todos ellos bilaterales con Francia, de los que...

³⁰ La misma ley orgánica 5/99 ha incorporado a nuestra legislación la figura del agente encubierto mediante la adición del art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto éste que circunscribe su utilización para los casos de delincuencia organizada y a los funcionarios de la Policía Judicial.

- ra un Estado miembro mediante un proveedor de servicios, y para intervenir las telecomunicaciones mantenidas por personas en el territorio de un Estado miembro sin asistencia técnica de dicho Estado.
- la ejecución de declaraciones de testigos y peritos mediante el método de la videoconferencia (art. 10) o de la conferencia telefónica (art. 11) cuando no sea oportuno o posible la comparecencia personal en el territorio del Estado requirente.
 - el traslado temporal de detenidos con fines de investigación (art. 9).
 - intercambio espontáneo de información (art. 7), sin que sea necesario que medie solicitud alguna al respecto, sobre infracciones penales y sobre las infracciones de disposiciones legales conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 3 del Convenio.

2. Los organismos de la cooperación:³¹

1º.- *Europol*. En un principio el Tratado de Maastricht de 17-2-92 concibió la oficina europea de policía como una unidad policial de análisis e intercambio de información para luchar contra el tráfico de estupefacientes, como Unidad de Drogas de Europol, pero el Convenio Europol de 26-7-95 (en vigor desde el 1-10-98) amplió sus atribuciones a otros ámbitos importantes de la criminalidad. La lista de delitos sobre los que tiene competencia se contiene en el art. 2 del Convenio, ampliada con los descritos en el Anexo.

A tenor del art. 2 su objetivo es mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional (en especial, el tráfico ilícito de material nuclear y radiactivo, redes de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados y falsificación de moneda y de otros medios de pago), incluyendo el blanqueo de dinero y los delitos conexos (como ya hemos mencionado por Acto del Consejo de 30-11-00).

³¹ De consulta obligada para conocer con más detalle y exactitud el origen, naturaleza, contenido competencial y previsiones de futuro de los órganos de cooperación judicial en el seno de la Unión Europea, es la excelente ponencia presentada por TIRADO ESTRADA, JESÚS J., bajo el título "Los órganos de cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea: los Magistrados de enlace, la Red Judicial Europea y Eurojust. El Ministerio Fiscal español y la coordinación en materia de cooperación internacional", Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal...

Tras el Consejo Europeo celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16-10-99 se pretende que Europol tenga funciones operativas y se convierta en una verdadera fuerza de investigación europea, estrechamente relacionada con la Unidad judicial denominada EUROJUST.⁽³²⁾

2º.- *La Red Judicial Europea.* La creación de este organismo se debe al Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, y su puesta en marcha se produce en virtud de una Acción Común de 29-6-98 adoptada sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión⁽³³⁾, habiéndose designado ya los puntos de contacto en los 15 países integrantes de la Unión. En nuestro país los contactos encargados de facilitar y agilizar la cooperación en esta materia ya han sido nombrados tanto en el Consejo General del Poder Judicial como en el Ministerio Fiscal (en el ámbito de esta institución son cinco Fiscales pertenecientes dos de ellos a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, y los tres restantes a la Fiscalía Especial Antidroga, la Fiscalía Especial Anticorrupción y la Fiscalía de la Audiencia Nacional). En el organigrama judicial, a los puntos de contacto centrales existentes en el Consejo General del Poder Judicial se ha unido la denominada Subred con la designación de un Magistrado en cada Audiencia Provincial encargado de velar por el cumplimiento de las solicitudes de cooperación que se tramiten a través de la Red Judicial. Paralelamente, la Fiscalía General del Estado ha decidido la creación de otra estructura semejante con el nombramiento de un Fiscal en cada una de las Fiscalías territoriales.

La finalidad que se persigue con su creación es mejorar y agilizar la cooperación judicial para los casos más graves y complejos de delincuencia organizada.

³² Particular interés tienen para entender el futuro de EUROPOL las Recomendaciones del Consejo de 28-9-00 y de 30-11-00, la primera interesando a los Estados miembros que tramiten cualquier solicitud de Europol para que inicien, lleven a cabo, coordinen investigaciones en casos específicos y atiendan debidamente dichas solicitudes, y la segunda para potenciar el apoyo de Europol a los equipos conjuntos de investigación.

³³ Las funciones de los puntos de contacto que se describen en el art. 4 son las siguientes: 1) facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave; 2) en caso necesario, desplazarse para reunirse con los puntos de contacto de los demás Estados miembros; 3) proporcionar a las autoridades judiciales locales de su país, a los puntos de contacto de los demás países y a las autoridades judiciales locales de los demás países la información jurídica y práctica necesaria para preparar eficazmente una solicitud de cooperación judicial o para mejorar la cooperación judicial en general; y 4) favorecer la coordinación de la cooperación judicial en los casos en los que varias solicitudes de las autoridades judiciales de un Estado miembro requieran una ejecución coordinada en otro Estado miembro.

3°.- *Los magistrados de enlace.* Se institucionalizan en virtud de una Acción Común de 22-4-96. Están destacados en los Ministerios de Justicia de los países de origen y su función comprende el asesoramiento y la ayuda de manera amplia en materia de cooperación judicial, careciendo de funciones operativas: el art. 2 de la Acción común le asigna funciones de impulso de todo tipo de cooperación judicial penal y civil, mediante contactos directos con los servicios competentes y autoridades judiciales del Estado de acogida, y el intercambio de información en el ámbito jurídico con carácter general.

4°.- *Eurojust.* La iniciativa para la creación de la Unidad judicial denominada EUROJUST, auténtico embrión de una Fiscalía europea³⁴, surge en el Consejo Europeo de Tampere. Por Decisión de 14-12-00 se puso ya en funcionamiento la Unidad Provisional de Cooperación Judicial, con sede en Bruselas.

El Tratado de Niza de 26-2-01, al que nos hemos referido anteriormente, ha incorporado este órgano de cooperación judicial al acervo convencional comunitario al reconocer en su art, 31 la existencia de esta Unidad y dotarle de unas competencias concretas.

En el momento actual, por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 28-2-2002 se acordó la creación de Eurojust, configurándose la estructura de esta Unidad de forma colegiada mediante la presencia de un miembro nacional de cada estado y de un miembro asistente, así como la existencia de corresponsales nacionales. Su actuación se centra en las investigaciones penales que afecten a dos o más Estados miembros y su ámbito de competencia se extenderá a:

- a) los tipos de delincuencia y las infracciones que son competencia de Europol en aplicación del art. 2 del Convenio de 26-7-95.
- b) en particular, los siguientes tipos de delincuencia: delincuencia informática, fraude y corrupción, blanqueo de los productos del delito, delitos contra el medio ambiente y la participación en una organización delictiva.

³⁴ El Consejo Europeo celebrado en Niza (Francia) los días 7 a 9-12-00 aprobó nuevos pasos para el establecimiento de EUROJUST, atribuyéndole funciones de apoyo e impulso en los casos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente delincuencia organizada.

3. La ejecución de las investigaciones de blanqueo de capitales y de las órdenes de incautación y decomiso de bienes y productos de origen criminal en el contexto de la cooperación judicial internacional

A reserva de lo que dispongan los diferentes tratados o convenios bilaterales suscritos por España sobre asistencia judicial penal, la normativa convencional internacional sobre la solicitud, tramitación y cumplimiento de las decisiones de identificación, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito debe ser examinada en dos planos: el ámbito universal, en el que la norma básica es la Convención de Viena de 20-12-88 aunque circunscrita al blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico; y el ámbito europeo, objetivamente más amplio pues alcanza a toda actividad de blanqueo de bienes con procedencia delictiva, en el que son de aplicación, además de los diferentes tratados vigentes sobre la asistencia judicial penal, el Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 específicamente diseñado para la resolución de estas cuestiones, complementado por la Acción Común de 3-12-98 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, por la Decisión Marco de 26-6-2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, y por la reciente Decisión Marco de 22-7-2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

A. La convención de Viena de 20-12-88 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

En su art. 1 ofrece una definición de los dos conceptos esenciales que se manejan en esta materia: el decomiso y el embargo preventivo. Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de un bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente; y por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un Tribunal o por una autoridad competente.

El art. 7 regula las formas, modos y contenidos de la asistencia judicial, que incluye la realización de incautaciones, y la identificación o detección del producto, bienes, instrumentos u otros elementos con fines probatorios (art. 7.2.c y g), con las particularidades que se indican en el art. 5 relativo al decomiso, precepto que debe ser considerado complementario de aquél.

Como punto de partida debe señalarse que las propias disposiciones de la Convención constituyen, en ausencia de tratado de asistencia judicial recíproca, base jurídica suficiente para la prestación de la ayuda judicial que se solicite en orden a la adopción del decomiso o de las medidas provisionales que le preceden (arts. 5.4.f y 7.7).³⁵

1. Legislación aplicable. La ejecución de las órdenes de incautación y decomiso, así como las medidas provisionales que se adopten con esa finalidad, incluso la disposición del producto o de los bienes ya decomisados, se sujetarán al derecho interno de la parte requerida, y a los tratados o convenios que puedan existir entre ambas partes (arts. 5.4.c y 5.a, y 7.12).

2. Objeto de las solicitudes de auxilio judicial. Conforme al art. 5.4 de la Convención la petición de ayuda judicial puede contener: 1. La ejecución de un mandamiento de decomiso respecto al producto o bienes que se encuentren en el territorio de la parte requerida, bien haya sido expedido por la parte requirente, bien lo haya sido por la parte requerida al presentarse una solicitud en este sentido por la parte requirente; 2. La adopción de medidas de identificación, detección y embargo preventivo o incautación del producto o bienes con miras a su eventual decomiso.

3. Tramitación de las solicitudes. Conforme al art. 7.8 está prevista la designación de una autoridad central con facultades para proceder al cumplimiento de las solicitudes o a su transmisión a las autoridades competentes para su ejecución (esta autoridad es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia); y para casos urgentes el envío de las mismas puede efectuarse por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal-Interpol.

³⁵ El art. 5.4.f) señala que “si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente”; y el art. 7.7 indica que “Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando las Partes estén vinculadas por un tratado de esta índole, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que las Partes convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 8 a 19 del presente artículo”.

Las solicitudes deberán presentarse por escrito en un idioma aceptable para la parte requerida, y en situaciones de urgencia podrán hacerse verbalmente, aunque deben ser confirmadas seguidamente por escrito..

4. Requisitos de las solicitudes. El art. 7.10 contempla los elementos comunes a todas las solicitudes:

- autoridad que hace la solicitud
- objeto e índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones, y nombre y funciones de la autoridad encargada de la misma
- resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales
- descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la parte requirente desee que se aplique
- identidad y nacionalidad de toda persona involucrada, y lugar en que se encuentre (si ello fuere posible)
- finalidad de la prueba, información o actuación que se solicita

Pero además en el caso de solicitudes de decomiso o de medidas provisionales con miras a un eventual decomiso, el art. 5.4.d) obliga a incluir en las solicitudes algunos otros elementos:

- descripción de bienes por decomisar y exposición de hechos suficiente cuando sea la parte requerida la que deba obtener un mandamiento de decomiso con arreglo a su derecho interno.
- copia admisible en derecho del mandamiento de decomiso, exposición de hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución, cuando aquél haya sido expedido por la parte requirente
- exposición de hechos y descripción de las medidas solicitadas cuando la solicitud pretenda la identificación, detección y embargo preventivo o incautación del producto o bienes con miras a su eventual decomiso

5. Motivos de denegación de la asistencia judicial. Al amparo del art. 7.15 la asistencia judicial recíproca podrá ser denegada, siempre de forma motivada, en los casos siguientes:

- a) cuando la solicitud no se ajuste a lo dispuesto en el art. 7

- b) cuando la parte requerida considere que su cumplimiento puede menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales
- c) cuando el derecho interno de la parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia
- d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

En todo caso, el secreto bancario no puede ser invocado para negarse a prestar la asistencia judicial(art. 7.5) ni para impedir la presentación de documentos bancarios, financieros o comerciales con el objeto de asegurar el decomiso o la adopción de medidas provisionales que tengan esa finalidad(art. 5.3).

6. Restricciones a la prestación del auxilio judicial:

1. La utilización o comunicación de la información o de las pruebas en otras investigaciones requiere el consentimiento de la parte requerida(art. 7.13).
2. La obligación de reserva sobre la existencia y contenido de la solicitud si lo exige la parte requirente(art. 7.14).
3. La asistencia judicial podrá ser diferida por la parte requerida si perturbase el curso de una investigación, un proceso o unas actuaciones(art. 7.17).

B. La normativa convencional Europea

Las diferentes normas y convenios sobre asistencia judicial, incluidos los que específicamente se refieren al blanqueo de capitales, al decomiso de bienes y a las medidas de incautación o embargo preventivo, han sido enumerados ya con anterioridad.

La tramitación de las solicitudes de auxilio judicial puede seguir los cauces convencionales que a continuación se indican:

1. Previstos por el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 20-4-59³⁶.

- vía diplomática(a través de los Ministerios de Justicia):art. 15.1 del Convenio Europeo.
- vía de urgencia: art. 15.2 del Convenio Europeo antes citado que permite la transmisión directa de Autoridad requirente a Autoridad requerida(de Juez a Juez, de Juez a Fiscal, etc.), aunque una vez cumplimentada exige el envío a través del Ministerio de Justicia.
- comunicación directa entre Autoridades judiciales: prevista en el art. 15.3 y 4 del Convenio para la petición y remisión de antecedentes penales, y de las investigaciones preliminares al procesamiento, salvo que por su contenido estén comprendidas en los arts. 3 a 5 del Convenio.

Cuando se admita la transmisión directa de comisiones rogatorias, ésta podrá realizarse a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)-art. 15.5 del Convenio.

2. Previstos por el Convenio sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito de 8-11-90:

- vía ordinaria: el art. 23 del Convenio establece que el envío y la devolución de las solicitudes de auxilio judicial relacionadas con estas materias se realizará a través de las Autoridades centrales designadas.
- vía de urgencia: comunicación directa entre Autoridades judiciales para solicitudes de auxilio judicial cuyo objeto sea la confiscación de bienes o la adopción de medidas provisionales con esa finalidad al amparo del art. 24.2 del Convenio, y simultáneamente de una copia a través de las Autoridades centrales.
- comunicación directa entre Autoridades competentes cuando la solicitud de auxilio judicial consista en la adopción de medidas de identificación o localización de instrumentos, productos o bienes

³⁶ Este tratado está en vigor en estos momentos en los siguientes países: Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Macedonia, Turquía, Ucrania, Reino Unido e Israel. Es el instrumento básico de la cooperación jurídica en el ámbito europeo hasta el punto de que, conforme al art. 28 del mismo, su ratificación y vigencia sitúa en un segundo plano los tratados o convenios bilaterales en vigor.

susceptibles de confiscación que no supongan el empleo de coerción (art. 24.5 del Convenio).

En todo caso, las solicitudes pueden tramitarse por conducto de Interpol (art. 24.3 del Convenio).

3. Previstos por el Convenio de Schengen

- vía establecida por el art. 53.1 del Convenio que permite que las solicitudes de auxilio judicial, sin excepciones, puedan ser enviadas, incluso los documentos de ejecución, directamente de Autoridad Judicial a Autoridad Judicial, sin necesidad de pasar por Ministerios de Justicia o de Asuntos Exteriores. Las autoridades judiciales que actúan como corresponsales a estos efectos son las Audiencias Provinciales.
- vía ordinaria de los Ministerios de Justicia para las peticiones de traslado temporal o de tránsito de personas arrestadas o detenidas, así como el intercambio de datos relativos al registro de penados (art. 53.3 del Convenio).

4. Previstos por el nuevo Convenio Europeo sobre asistencia judicial en materia penal de 29-5-2000:

- comunicación directa entre autoridades judiciales en el envío y en la respuesta tanto en las solicitudes de asistencia judicial como en los intercambios espontáneos de información y en las denuncias para incoar un proceso ante los tribunales de otro Estado miembro (art. 6.1); los contactos directos pueden realizarse también con las autoridades policiales o aduaneras (para las solicitudes relacionadas con los arts. 12, 13 y 14), o con las autoridades administrativas (para las solicitudes relacionadas con los procedimientos mencionados en el apartado 1 del art. 3).
- remisión de las solicitudes a través de las autoridades centrales de los Estados miembros (art. 6.8) para las siguientes materias: traslado temporal o tránsito de detenidos, e informaciones sobre condenas judiciales.
- vía de urgencia (art. 6.4): a través de Interpol o de cualquier órgano competente según las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la Unión Europea.

Veamos a continuación el tratamiento que el Convenio de Estrasburgo de 1990 otorga a todas las cuestiones relativas al blanqueo y a la confiscación de bienes desde la perspectiva de la cooperación internacional.

1. Principios generales que la informan:

- la cooperación se prestará en la forma más amplia posible (arts. 7.1 y 8 del Convenio).
- la cooperación se prestará conforme a la legislación nacional de la Parte requerida (arts. 9, 12.1, 14.1 y 15 del Convenio).
- el concepto de confiscación o decomiso es más restrictivo que el contemplado por la Convención de Viena de 1988 pues se define como una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien (art. 1.d del Convenio).
- el concepto de delito principal es, por el contrario, más amplio pues abarca todo ilícito penal que genere un producto que pueda ser el objeto de un delito de blanqueo.

2. Ambito objetivo de la cooperación. En los términos establecidos por el Convenio comprende las siguientes modalidades:

- medidas y técnicas de investigación para la identificación y localización de instrumentos, productos y bienes susceptibles de confiscación (art. 8), incluyendo las técnicas indagatorias especiales y la presentación de archivos o documentos bancarios, financieros y mercantiles (art. 4).
- suministro espontáneo de informaciones, sin que medie solicitud previa, cuando una Parte tenga información sobre instrumentos y productos, y considere que el conocimiento de dicha información podría servir al Estado que la recibe para iniciar una investigación o un procedimiento de esta naturaleza (art. 10).
- medidas provisionales de bloqueo o embargo de bienes con fines de confiscación (art. 11).
- confiscación o decomiso de instrumentos y productos (art. 13.1) o del valor del producto cuando la medida consista en un requerimiento de pago de una cantidad de dinero (art. 13.3), bien mediante la ejecución de una orden de confiscación dictada por un tribunal de la parte requirente, bien mediante la obtención de una orden de con-

fiscación dictada por los tribunales de la Parte requerida a solicitud de la Parte requirente.

- disposición y reparto de los bienes confiscados (art. 15).

3. Requisitos de las solicitudes. El art. 27 del Convenio dispone que toda solicitud de cooperación deberá contener los siguientes extremos:

- autoridad que formula la solicitud y autoridad que lleva a cabo las investigaciones o el procedimiento
- objeto y motivo de la solicitud
- exposición de hechos (fecha, lugar y circunstancias del delito) salvo en el caso de solicitud de notificación
- disposición legal aplicable al caso y posibilidad de su adopción conforme a la legislación del Estado requirente (cuando la cooperación implique el uso de coerción)
- datos personales de las personas implicadas y bienes objeto de la solicitud (en la medida de lo posible)

Como requisitos adicionales según el tipo de cooperación que se interese cabe destacar los siguientes:

- a) en toda solicitud de medidas provisionales relativa al embargo de bienes sobre los que se puede ejecutar una orden de confiscación que consista en un requerimiento de pago de una cantidad de dinero, se indicará un importe máximo por el que se podrá proceder sobre dicho bien
- b) en el caso de solicitudes de confiscación:
 - cuando la orden de decomiso haya sido dictada por los tribunales de la Parte requirente: copia certificada y auténtica de la misma, declaración de los motivos en que se basa la orden, testimonio de la Parte requirente de que la orden es ejecutable y no puede ser objeto de recursos ordinarios, e información sobre el alcance de la ejecución de la orden y sobre la necesidad de adoptar medidas provisionales.
 - cuando la orden de decomiso haya sido dictada por los tribunales de la Parte requerida a solicitud de la Parte requirente: una declaración de los hechos en que se funda ésta como suficientes para que la Parte requerida pueda dictar dicha orden en virtud de su legislación nacional.

- los documentos que prueben que los terceros han tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

4. Motivos de denegación del auxilio judicial. Conforme al art. 18 la asistencia judicial podrá ser denegada de manera motivada en los siguientes supuestos:

- a) cuando sea contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la parte requerida(art. 18.1.a).
- b) cuando sea perjudicial para la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de la parte requerida(art. 18.1.b).
- c) cuando la importancia del caso no justifique la adopción de la medida solicitada(art. 18.1.c).
- d) cuando la adopción de las medidas solicitadas sea contraria al principio “ne bis in idem”(art. 18.1.e).
- e) cuando el delito al que se refiere la solicitud sea un delito de carácter político o fiscal(art. 18.1.d).
- f) cuando el hecho que motiva la solicitud no sea considerado delito con arreglo a la legislación de la parte requerida si se hubiere cometido dentro de su jurisdicción(art. 18.1.f).³⁷
- g) cuando las medidas solicitadas no puedan adoptarse con arreglo a la legislación nacional de la parte requerida a los efectos de investigación o procedimiento en un caso nacional parecido, no se autorizarían conforme a la legislación de la parte requirente o no han sido autorizadas por un juez u otra autoridad judicial –incluidos los fiscales- actuando dichas autoridades en relación con ilícitos penales.³⁸
- h) cuando la legislación de la Parte requerida no prevé la confiscación para el delito a que se refiere la solicitud
- i) cuando la ejecución de la confiscación sea contraria a los principios de la legislación nacional de la Parte requerida relativos a los límites de la confiscación respecto de la relación entre un delito y

³⁷ No obstante, esta causa de denegación no será de aplicación cuando la cooperación consista en adoptar medidas de investigación dirigidas a la identificación, seguimiento y localización de bienes, instrumentos y productos, y no se requiera la coerción para su ejecución.

³⁸ Esta causa es aplicable exclusivamente a las medidas de investigación cuando requieran coerción, y a las medidas provisionales de bloqueo o embargo preventivo de bienes (es decir, las contempladas en las secciones 2ª y 3ª del Convenio).

el provecho económico que podría ser considerado su producto o los bienes que podrían ser considerados sus instrumentos

- j) cuando la confiscación no pueda ya ser impuesta o ejecutada por el transcurso del tiempo según la legislación de la Parte requerida
- k) cuando la solicitud no haga referencia a una sentencia condenatoria anterior, ni a una resolución de carácter judicial o declaración en tal resolución en el sentido de que se han cometido uno o varios delitos
- l) cuando la confiscación no es ejecutable en la Parte requirente o puede ser todavía objeto de un recurso ordinario
- m) cuando la orden de confiscación se derive de una resolución dictada en ausencia de la persona contra la que se emitió la orden y, en opinión de la Parte requerida, el procedimiento seguido no respetó los derechos mínimos de defensa.³⁹

En todo caso, no se podrá invocar el secreto bancario para denegar cualquier tipo de cooperación (art. 18.7), ni que la persona afectada sea una persona jurídica, ni que ésta haya sido objeto de disolución, ni que la persona física afectada haya fallecido con posterioridad (art. 18.8).

5. Restricciones a la prestación del auxilio judicial:

- a) no está permitida la utilización de la información o pruebas obtenidas para investigaciones o procedimientos distintos sin el consentimiento del Estado requerido (art. 32).
- b) la Parte requerida está obligada a guardar confidencialidad sobre los hechos y contenido de la solicitud si así lo exige la Parte requirente, y en igual medida ésta se encuentra obligada a mantener idéntica obligación respecto a las pruebas o informaciones suministradas por la Parte requerida (art. 33).
- c) la ayuda solicitada podrá ser aplazada o diferida cuando la adopción de las medidas podría ocasionar perjuicios para una investigación o procedimiento que lleven a cabo las autoridades de la Parte requerida (art. 19).

³⁹ Las causas de denegación incluidas en los apartados h) a m) hacen referencia exclusivamente a la cooperación consistente en la ejecución de una orden o solicitud de confiscación o decomiso de bienes, productos e instrumentos.

Sin embargo, tanto la Acción Común de 3-12-98 como las más recientes Decisiones Marco de 26-6-2001 y 22-7-2003 han pretendido agilizar y simplificar los complejos mecanismos de cooperación instaurados por el Convenio de 8-11-90 sobre estas concretas materias. En especial, ésta última al tratar de poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de resoluciones en materia penal auspiciado en Tampere en Octubre de 1999, y desarrollado por el Consejo el 29-11-00 al fijar como primera prioridad la adopción de un instrumento que aplicase el principio del reconocimiento mutuo al embargo preventivo de bienes y al aseguramiento de pruebas.

Acción Común de 3-12-98 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Con ella se pretende que todos los Estados miembros refuercen su actuación contra la delincuencia organizada y potencien la cooperación internacional en estas específicas materias, estableciéndose como principales líneas directrices:

1. Desaparición de las reservas al art. 6 del Convenio cuando se trate de delitos graves(art. 1.1).
2. Inclusión en las legislaciones nacionales del decomiso de bienes cuyo valor corresponda al producto del delito(art. 1.2).
3. Favorecimiento del contacto directo entre magistrados, fiscales e investigadores(art. 4).
4. Facilitación de una formación adecuada a magistrados, fiscales e investigadores en materia de identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso(art. 6).

Decisión Marco de 26-6-2001 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. En síntesis, las líneas fundamentales de esta resolución coinciden con las de la precedente Acción Común: no formular reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de Estrasburgo de 1990; uniformizar las sanciones por el delito de blanqueo con penas privativas de libertad cuya duración máxima no sea inferior a 4 años; incorporar el decomiso de bienes de valor equivalente cuando el producto no haya podido ser aprehendido; y examen prioritario de tales solicitudes en el plano de la asistencia judicial.

Decisión Marco de 22-7-2003 relativa a la ejecución en la unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Su ámbito de aplicación se extiende a todos aquellos hechos que hayan dado lugar a un procedimiento penal, pero eximiendo del control de la doble tipicidad a los delitos castigados con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años que estén incluidos en el listado del art. 3: pertenencia a una organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario y agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas antigüedades y obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos y sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje; y delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Se establece el mecanismo de la transmisión directa de las resoluciones entre la Autoridad que las haya dictado en el Estado de emisión y la Autoridad judicial competente del Estado de ejecución, así como el principio de reconocimiento y ejecución inmediata de la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas, salvo que concurra algún motivo de no reconocimiento o de no ejecución contemplado en el art. 7, o de suspensión de la ejecución regulado en el art. 8.⁴⁰

⁴⁰ La decisión sobre su ejecución deberá tomarse y comunicarse lo antes posible y, siempre que sea viable, dentro de las 24 horas siguientes a su recepción (art. 5.3), debiendo observarse las formalidades y procedimientos indicados por la Autoridad judicial competente del Estado de emisión cuando su cumplimiento sea necesario para garantizar la validez de las pruebas y siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho en el Estado de ejecución (art. 5.1).

Tanto en un caso como en otro se reducen considerablemente las causas de denegación previstas en el Convenio de Estrasburgo de 1990. Así, los motivos de no reconocimiento o de no ejecución son los siguientes:

- a) cuando el certificado previsto en el art. 9 no se haya aportado, sea incompleto o no corresponda manifiestamente a la resolución de embargo o aseguramiento.⁴¹
- b) cuando exista en el Estado de ejecución alguna inmunidad o privilegio que impida la ejecución de la resolución.
- c) cuando la ejecución pueda vulnerar el principio non bis in idem
- d) cuando los hechos que motivan la resolución no sean constitutivos de infracción según el Derecho del Estado de ejecución

En cuanto a los motivos de suspensión de la ejecución, se contemplan los siguientes supuestos:

- a) cuando la ejecución pueda impedir el buen desarrollo de una investigación penal en curso durante el tiempo que se estime razonable.
- b) cuando sobre los bienes o pruebas se haya dictado una resolución anterior de embargo o aseguramiento en una causa penal y hasta que se deje sin efecto la primera resolución.
- c) cuando dicho bien ya se encuentre sujeto a una resolución dictada en el curso de otras diligencias en el Estado de ejecución y hasta el momento en que se deje sin efecto dicha resolución.

Se garantiza, por último, el ejercicio de los recursos legales a todos aquellos que tengan intereses legítimos, incluidos terceros de buena fe, tanto en el Estado de emisión como en el Estado de ejecución (art. 11) con dos importantes limitaciones:

- no tendrán efecto suspensivo de las medidas
- no cabe recurso sobre el fondo de la resolución en el Estado de ejecución.

Por otra parte, si la resolución es recibida por una Autoridad judicial que no es competente para reconocerla y adoptar las medidas necesarias para su ejecución, ésta deberá transmitirla de oficio a la autoridad competente para su ejecución y notificarlo a la autoridad que la haya emitido (art. 4.4).

⁴¹ El certificado es un documento expedido por la Autoridad judicial competente del Estado de emisión que haya dictado la medida que contiene los datos de la resolución y del procedimiento en el que se ha tomado, según modelo incorporado a la Decisión Marco como Anexo I, aunque la autoridad judicial competente puede optar por fijar un plazo para que el certificado sea presentado, completado o modificado, por aceptar un documento equivalente o por dispensar a la autoridad de emisión de presentarlo si considera suficiente la información suministrada.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS*

Las Partes en la presente Convención, Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad,

Profundamente preocupadas asimismo por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable,

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

* Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, Viena, Austria.

Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad,

Deseosas de eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de dichas drogas y sustancias y las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito,

Considerando que son necesarias medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que, por la facilidad con que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias,

Decididas a mejorar la cooperación internacional para la supresión del tráfico ilícito por mar,

Reconociendo que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional,

Reconociendo también la competencia de las Naciones Unidas en materia de fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y deseando que los órganos internacionales relacionados con esa fiscalización actúen dentro del marco de las Naciones Unidas,

Reafirmando los principios rectores de los tratados vigentes sobre fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y el sistema de fiscalización que establecen,

Reconociendo la necesidad de fortalecer y complementar las medidas previstas en la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, con el fin de enfrentarse a la magnitud y difusión del tráfico ilícito y sus graves consecuencias,

Reconociendo también la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito,

Deseosas de concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema

en su conjunto, en particular los que no estén previsto en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas,

Conviene en lo siguiente:

Artículo 1. Definiciones

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

- a) Por “Junta” se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes establecida por la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes;
- b) Por “planta de cannabis” se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*;
- d) Por “transportista comercial” se entiende una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso.
- e) Por “Comisión” se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;
- f) Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;
- g) Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención;
- h) Por “Convención de 1961” se entiende la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes;
- i) Por “Convención de 1961 en su forma enmendada” se entiende la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el

Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes;

- j) Por “Convenio de 1971” se entiende el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971;
- k) Por “Consejo” se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;
- l) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;
- m) Por “tráfico ilícito” se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención;
- n) Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes;
- o) Por “adormidera” se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L;
- p) Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;
- q) Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
- r) Por “sustancia sicotrópica” se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971;
- s) Por “Secretario General” se entiende el Secretario General de las Naciones Unidas.
- t) Por “Cuadro I” y “Cuadro II” se entiende la lista de sustancias que con esa numeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el artículo 12;

- u) Por “Estado de tránsito” se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias;

Artículo 2. *Alcance de la presente Convención*

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

Artículo 3. *Delitos y sanciones*

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

- a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;
- ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

- iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);
 - iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;
 - v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);
- b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o 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;
- 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 recibirlos, 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;
 - ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;
 - iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el pre-

sente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

- iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

2. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

- 4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.
- b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.
- c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.
- d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de

dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

- a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;
- b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;
- c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;
- d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;
- e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;
- f) la victimización o utilización de menores de edad;
- g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;
- h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.

6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.

7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo

1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.

8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.

9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que se encuentre en el territorio de dicha Parte, comparezca en el proceso penal correspondiente.

10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho.

Artículo 4. Competencia

1. Cada una de las Partes:

- a) adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:
 - i) cuando el delito se cometa en su territorio;
 - ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;

- b) podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:
 - i) cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;
 - ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;
 - iii) cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. Cada una de las Partes:

- a) adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que:
 - i) el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o
 - ii) el delito ha sido cometido por un nacional suyo;
- b) podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra.

3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

Artículo 5. Decomiso

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;
- b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

- 4. a) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros de los elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:
 - i) presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o
 - ii) presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, en lo que se refiere al producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 que se encuentren en el territorio de la Parte requerida.
- b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente por respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte requeri-

da adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene, ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso a) del presente párrafo, por la Parte requerida.

- c) Las decisiones o medidas previstas en los incisos a) y b) del presente párrafo serán adoptadas por la Parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones, y de conformidad con sus reglas de procedimiento o de los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que haya concertado con la Parte requirente.
- d) Será aplicable, *mutatis mutandis*, lo dispuesto en los párrafos 6 a 19 del artículo 7. Además de la información enumerada en el párrafo 10 del artículo 7, las solicitudes formuladas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:
 - i) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado i) del inciso a) del presente párrafo, una descripción de los bienes por decomisar y una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente que sea suficiente para que la Parte requerida pueda tramitar el mandamiento con arreglo a su derecho interno;
 - ii) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado ii) del inciso a), una copia admisible en derecho de un mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente que sirva de fundamento a la solicitud, una exposición de los hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución del mandamiento;
 - iii) en el caso de una solicitud correspondiente al inciso b), una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.
- e) Cada una de las Partes proporcionará al Secretario General el texto de cualesquiera de sus leyes y reglamentos por los que haya dado aplicación al presente párrafo, así como el texto de cualquier cambio ulterior que se efectúe en dichas leyes y reglamentos.
- f) Si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existen-

cia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente.

- g) Las Partes procurarán concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo.
5. a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 ó 4 del presente artículo dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.
- b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de:
- i) aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;
 - ii) repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.
6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.
- b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.
- c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:
- i) del producto;

- ii) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
- iii) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en al misma medida que el producto.

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.

Artículo 6. Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las Partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica de la extradición considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria.

4. Las Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, in-

cluidas los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

6. Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos justificados que induzcan a sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitaría el procesamiento o el castigo de una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que se ocasionarían perjuicios por alguna de estas razones a alguna persona afectada por la solicitud.

7. Las Partes se esforzarán por agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

8. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la Parte requerida podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal declarada de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá,

- a) Si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente;
- b) si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente solicite otra cosa a efectos de salvaguarda su competencia legítima.

10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta

conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar.

11. Las Partes procurarán concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

12. Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país.

Artículo 7. Asistencia judicial recíproca

1. Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. La asistencia judicial recíproca que ha de presentarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines:

- a) recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) presentar documentos judiciales;
- c) efectuar inspecciones e incautaciones;
- d) examinar objetos y lugares;
- e) facilitar información y elementos de prueba;
- f) entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial;
- g) identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

3. Las Partes podrán prestarse cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida.

4. Las Partes, si así se les solicita y en la medida compatible con su derecho y práctica internos, facilitarán o alentarán la presentación o disponibilidad de personas, incluso de detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o en intervenir en las actuaciones.

5. Las Partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones derivadas de otros tratados bilaterales o multilaterales, vigentes o futuros, que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

7. Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando las Partes estén vinculadas por un tratado de esta índole, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que las Partes convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 8 a 19 del presente artículo.

8. Las Partes designarán una autoridad o, cuando sea necesario, varias autoridades, con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca o transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Se notificará al Secretario General la autoridad o autoridades que hayan sido designadas para este fin. Las autoridades designadas por las Partes serán las encargadas de transmitir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente; la presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de las Partes a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando las Partes convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser ello posible.

9. Las solicitudes deberán presentarse por escrito en un idioma aceptable para la Parte requerida. Se notificará al Secretario General el idioma o idiomas que sean aceptables para cada una de las Partes. En situaciones de urgencia, y cuando las Partes convengan en ello se podrán hacer situaciones de urgencia, y cuando las Partes convengan en ello se podrán hacer las solicitudes verbalmente, debiendo ser seguidamente confirmadas por escrito.

10. En las solicitudes de asistencia judicial recíproca deberá figurar lo siguiente:

- a) la identidad de la autoridad que haga la solicitud;
- b) el objeto y la índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones a que se refiere la solicitud, y el nombre y funciones de la autoridad que esté efectuando dicha investigación, dicho procesamiento o dichas actuaciones;

- c) un resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales;
- d) una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la Parte requirente desee que se aplique;
- e) cuando sea posible, la identidad y la nacionalidad de toda persona involucrada y el lugar en que se encuentre;
- f) la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

11. La Parte requerida podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

12. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida y, en la medida en que no se contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

13. La Parte requirente no comunicará ni utilizará, sin previo consentimiento de la Parte requerida, la información o las pruebas proporcionadas por la Parte requerida para otras investigaciones, procesos o actuaciones distintas de las indicadas en la solicitud.

14. La Parte requirente podrá exigir que la Parte requerida mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si la Parte requerida no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato a la Parte requirente.

15. La asistencia judicial recíproca solicitada podrá ser denegada:

- a) cuando la solicitud no se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo;
- b) cuando la Parte requerida considere que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
- c) cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia;
- d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

16. Las denegaciones de asistencia judicial recíproca serán motivadas.

17. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por la Parte requerida si perturbase el curso de una investigación, un proceso o unas actuaciones. En tal caso, la Parte requerida deberá consultar con la Parte requirente para determinar si es aún posible prestar la asistencia en la forma y en las condiciones que la primera estime necesarias.

18. El testigo, perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la Parte requirente, no será objeto de procesamiento, detención o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal en dicho territorio por actos, omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la Parte requerida. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante 15 días consecutivos, o durante el período acordado por las Partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y, no obstante, permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.

19. Los gastos ordinarios que ocasione la ejecución de una solicitud serán sufragados por la Parte requerida salvo que las Partes interesadas hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, las Partes se consultarán para determinar los términos y condiciones en que se haya de dar cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

20. Cuando sea necesario, las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, den efecto a sus disposiciones o las refuercen.

Artículo 8. Remisión de actuaciones penales

Las Partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia.

Artículo 9. Otras formas de cooperación y capacitación

1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la

comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales:

- a) establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, incluso, siempre que las Partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
 - b) cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de carácter internacional, acerca:
 - i) de la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;
 - ii) del movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos;
 - iii) del movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos;
 - c) cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación;
 - d) proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación;
 - e) facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace.
2. Cada una de las Partes, en la medida necesaria, iniciará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su perso-

nal de detección y represión o de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. En particular, estos programas se referirán a:

- a) los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;
- b) las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, en particular en los Estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización;
- c) la vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II;
- d) la detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, y de los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, y de los instrumentos que se utilicen o se pretenda utilizar en la comisión de dichos delitos;
- e) los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes e instrumentos;
- f) el acopio de pruebas;
- g) las técnicas de fiscalización en zonas y puertos francos;
- h) las técnicas modernas de detección y represión.

3. Las Partes se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos en las esferas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo y, a ese fin, deberán también, cuando proceda, recurrir a conferencias y seminarios regionales e internacionales a fin de promover la cooperación y estimular el examen de los problemas de interés común, incluidos en particular los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

Artículo 10. *Cooperación internacional y asistencia a los Estados de tránsito*

1. Las Partes cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo

que necesiten de tales asistencia y apoyo, en la medida de lo posible, mediante programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícito, así como para otras actividades conexas.

2. Las Partes podrán convenir, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, en proporcionar asistencia financiera a dichos Estados de tránsito con el fin de aumentar y fortalecer la infraestructura que necesiten para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito.

3. Las Partes podrá concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo y podrán tomar en consideración la posibilidad de concertar arreglos financieros a ese respecto.

Artículo 11. *Entrega vigilada*

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

Artículo 12. *Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas*

1. Las Partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y cooperarán entre ellas con este fin.

2. Si una de las Partes o la Junta posee datos que, a su juicio, puedan requerir la inclusión de una sustancia en el Cuadro I o el Cuadro II, lo notificará al Secretario General y le facilitará los datos en que se base la notifica-

ción. El procedimiento descrito en los párrafos 2 a 7 del presente artículo también será aplicable cuando una de las Partes o la Junta posea información que justifique suprimir una sustancia del Cuadro I o el Cuadro II o trasladar una sustancia de un Cuadro a otro.

3. El Secretario General comunicará esa notificación y los datos que considere pertinentes a las Partes, a la Comisión y, cuando la notificación proceda a alguna de las Partes, a la Junta. Las Partes comunicarán al Secretario General sus observaciones acerca de la notificación y toda la información complementaria que pueda ser útil a la Junta para elaborar un dictamen y a la Comisión para adoptar una decisión.

4. Si la Junta, teniendo en cuenta la magnitud, importancia y diversidad del uso lícito de esa sustancia, y la posibilidad y facilidad del empleo de otras sustancias tanto para la utilización lícita como para la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas, comprueba:

- a) que la sustancia se emplea con frecuencia en la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica;
- b) que el volumen y la magnitud de la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica crean graves problemas sanitarios o sociales, que justifican la adopción de medidas en el plano internacional, comunicará a la Comisión un dictamen sobre la sustancia, en el que se señale el efecto que tendría su incorporación al Cuadro I o al Cuadro II tanto sobre su uso lícito como sobre su fabricación ilícita, junto con recomendaciones de las medidas de vigilancia que, en su caso, sean adecuadas a la luz de ese dictamen.

5. La Comisión, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las Partes y las observaciones y recomendaciones de la Junta, cuyo dictamen será determinante en cuanto a los aspectos científicos, y tomando también debidamente en consideración otros factores pertinentes, podrá decidir, por una mayoría de dos tercios de sus miembros, incorporar una sustancia al Cuadro I o al Cuadro II.

6. Toda decisión que tome la Comisión de conformidad con el presente artículo será notificada por el Secretario General a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o puedan llegar a serlo y a la Junta.

Tal decisión surtirá efecto respecto de cada una de las Partes a los 180 días de la fecha de la notificación.

7. a) Las decisiones de la Comisión adoptadas con arreglo al presente artículo estarán sujetas a revisión por el Consejo, cuando así lo solicite cualquiera de las Partes dentro de un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de la notificación de la decisión. La solicitud de revisión será presentada al Secretario General junto con toda la información pertinente en que se base dicha solicitud de revisión.
 - b) El Secretario General transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información pertinente a la Comisión, a la Junta y a todas las Partes, invitándolas a presentar sus observaciones dentro del plazo de 90 días. Todas las observaciones que se reciban se comunicarán al Consejo para que éste las examine.
 - c) El Consejo podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. La notificación de la decisión del Consejo se transmitirá a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo, a la Comisión y a la Junta.
8. a) Sin perjuicio de las disposiciones de carácter general del párrafo 1 del presente artículo y de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971, las Partes tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los Cuadro I y II que se realicen dentro de su territorio.
 - b) Con este fin las Partes podrán:
 - i) controlar a todas las personas y empresas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias;
 - ii) controlar bajo licencia el establecimiento y los locales en que se realicen las mencionadas fabricación o distribución;
 - iii) exigir que los licenciarios obtengan la autorización para realizar las mencionadas operaciones;
 - iv) impedir la acumulación en posesión de fabricantes y distribuidores de cantidades de esas sustancias que excedan de las que requieran el desempeño normal de las actividades comerciales y las condiciones prevalecientes en el mercado.
9. Cada una de las Partes adoptará, con respecto a las sustancias figuren en el Cuadro I y el Cuadro II, las siguientes medidas:

- a) establecer y mantener un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II a fin de facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas. Esos sistemas de vigilancia deberán aplicarse en estrecha cooperación con los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas, que deberán informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y operaciones sospechosos;
 - b) disponer la incautación de cualquier sustancia que figure en el Cuadro I o el Cuadro II si hay pruebas suficientes de que se ha de utilizar para la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;
 - c) notificar, lo antes posible, a las autoridades y servicios competentes de las Partes interesadas si hay razones para presumir que la importación, la exportación o el tránsito de una sustancia que figura en el Cuadro I o el Cuadro II se destina a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, facilitando, en particular, información sobre los medios de pago y cualesquiera otros elementos esenciales en los que se funde esa presunción;
 - d) exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas. Los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán contener los nombres, tal como figuran en el Cuadro I o el Cuadro II, de las sustancias que se importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario;
 - e) velar por que los documentos mencionados en el inciso d) sean conservados durante dos años por lo menos y puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes.
10. a) Además de lo dispuesto en el párrafo 9, y a petición de la Parte interesada dirigida al Secretario General, cada una de las Partes de cuyo territorio se vaya a exportar una de las sustancias que figuran en el Cuadro I velará por que, antes de la exportación, sus autoridades competentes proporcionen la siguiente información a las autoridades competentes del país importador:
- i) el nombre y la dirección del exportador y del importador y, cuando sea posible, del consignatario;

- ii) el nombre de la sustancia que figura en el Cuadro I;
 - iii) la cantidad de la sustancia que se ha de exportar;
 - iv) el punto de entrada y la fecha de envío previstos;
 - v) cualquier otra información que acuerden mutuamente las Partes.
- b) Las Partes podrán adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en el presente párrafo si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias.

11. Cuando una de las Partes facilite información a otra Parte con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 9 y 10 del presente artículo, la Parte que facilita tal información podrá exigir que la Parte que la reciba respete el carácter confidencial de los secretos industriales, empresariales, comerciales o profesionales o de los procesos industriales que contenga.

12. Cada una de las Partes presentará anualmente a la Junta, en la forma y de la manera que ésta disponga y en los formularios que ésta suministre, información sobre:

- a) las cantidades incautadas de sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II y, cuando se conozca, su origen;
- b) cualquier sustancia que no figure en el Cuadro I o el Cuadro II pero de la que se sepa que se emplea en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y que, a juicio de esa Parte, sea considerada lo bastante importante para ser señalada a la atención de la Junta;
- c) los métodos de desviación y de fabricación ilícita.

13. La Junta informará anualmente a la Comisión sobre la aplicación del presente artículo, y la Comisión examinará periódicamente la idoneidad y la pertinencia del Cuadro I y del Cuadro II.

14. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a los preparados farmacéuticos, ni a otros preparados que contengan sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II y que estén compuestos de forma tal que esas sustancias no puedan emplearse o recuperarse fácilmente por medios de sencilla aplicación.

Artículo 13. *Materiales y equipos*

Las Partes adoptarán las medidas que consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y cooperarán a este fin.

Artículo 14. *Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*

1. Cualquier medida adoptada por las Partes por la aplicación de la presente Convención no será menos estricta que las normas aplicables a la erradicación del cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias sicotrópicas y a la eliminación de la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas conforme a lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971.

2. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.

3. a) Las Partes podrán cooperar para aumentar la eficacia de los esfuerzos de erradicación. Tal cooperación podrá comprender, entre otras cosas, el apoyo, cuando proceda, al desarrollo rural integrado tendiente a ofrecer soluciones sustitutivas del cultivo ilícito que sean económicamente viables. Factores como el acceso a los mercados, la disponibilidad de recursos y las condiciones socioeconómicas imperantes deberán ser tomados en cuenta antes de que estos programas hayan sido puestos en marcha. Las Partes podrán llegar a acuerdos sobre cualesquiera otras medidas adecuadas de cooperación.

b) Las Partes facilitarán también el intercambio de información científica y técnica y la realización de investigaciones relativas a la erradicación.

c) Cuando tengan fronteras comunes, las Partes tratarán de cooperar en programas de erradicación en sus respectivas zonas situadas a lo largo de dichas fronteras.

4. Las Partes adoptarán medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con miras a reducir el sufrimiento humano y acabar con los incentivos financieros del

tráfico ilícito. Estas medidas podrán basarse, entre otras cosas, en las recomendaciones de las Naciones Unidas, los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud, y otras organizaciones internacionales competentes, y en el Plan Amplio y Multidisciplinario aprobado por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas celebrada en 1987, en la medida en que éste se relacione con los esfuerzos de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de entidades privadas en las esferas de la prevención, del tratamiento y de las rehabilitación. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

5. Las Partes podrán asimismo adoptar las medidas necesarias para que los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II que se hayan incautado o decomisado sean destruidas prontamente o se disponga de ellas de acuerdo con la ley y para que las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias sean admisibles a efectos probatorios.

Artículo 15. *Transportistas comerciales*

1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; entre esas medidas podrán figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales.

2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes:

- a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentre en el territorio de dicha Parte:
 - i) la capacitación del personal para descubrir personas o remesas sospechosas;
 - ii) el estímulo de la integridad moral del personal.
- b) Cuando el transportista comercial desarrolle actividades en el territorio de dicha Parte:
 - i) la presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga;

- ii) la utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente;
- iii) la denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospechosa que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, cooperen a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas.

Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Viena (Austria), 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria celebrada el 19 de diciembre de 1998.

Corrección.

Artículo 17, párrafo 1, segunda línea y párrafo 11, cuarta línea:

Donde dice: “derecho marítimo internacional” debe decir “derecho internacional del mar”.

Artículo 17, párrafo 11, segunda línea:

Donde dice: “injerirse” debe decir: “interferir”

Artículo 16. *Documentos comerciales y etiquetas de las exportaciones*

1. Cada una de las Partes exigirá que las exportaciones lícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas estén debidamente documentadas. Además de los requisitos de documentación previstos en el artículo 31 de la Convención de 1961, en el artículo 31 de la Convención de 1971, en los documentos comerciales, tales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán

indicarse los nombres de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas que se exporten, tal como figuren en las Listas correspondientes de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, así como la cantidad exportada y el nombre y la dirección del exportador, del importador y, cuando sea posible, del consignatario.

2. Cada una de las Partes exigirá que las remesas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas exportadas no vayan incorrectamente etiquetadas.

Artículo 17. Tráfico ilícito por mar

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho marítimo internacional.

2. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

- a) abordar la nave;
- b) inspeccionar la nave;
- c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

7. A los efectos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, dentro del mes siguiente a la designación.

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin.

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no injerirse en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho marítimo internacional, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.

Artículo 18. *Zonas y Puertos Francos*

1. Las Partes, a fin de eliminar, en las zonas y puertos francos, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II adoptarán medidas no menos estrictas que las que apliquen en otras partes de su territorio.

2. Las Partes procurarán:

- a) Vigilar el movimiento de bienes y personas en las zonas y puertos francos, a cuyo fin facultarán a las autoridades competentes a inspec-

cionar las cargas y las naves a su llegada y partida, incluidas las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como las aeronaves y los vehículos y, cuando proceda, a registrar a los miembros de la tripulación y los pasajeros, así como los equipajes respectivos:

- b) establecer y mantener un sistema para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuren en los Cuadros I y II que entren en dichas zonas o salgan de ellas;
- c) establecer y mantener sistemas de vigilancia en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos de control fronterizo de las zonas y puertos francos.

Artículo 19. *Utilización de los servicios postales*

1. Las Partes, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de las Convenciones de la Unión Universal, y de acuerdo con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, adoptarán medidas a fin de suprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito y cooperarán con ese propósito.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo comprenderán, en particular:

- a) medidas coordinadas y orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito;
- b) la introducción y el mantenimiento, por el personal de detección y represión competente, de técnicas de investigación y de control encaminadas a detectar los envíos postales con remesas ilícitas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II;
- c) medidas legislativas que permitan utilizar los medios adecuados a fin de allegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales.

Artículo 20. *Información que deben suministrar las partes*

1. Las Partes suministrarán, por mediación del Secretario General, información a la Comisión sobre el funcionamiento de la presente Convención en sus territorios, y en particular:

- a) el texto de las leyes y reglamentos que promulguen para dar efecto a la Convención;

b) los pormenores de casos de tráfico ilícito dentro de su jurisdicción que estimen importantes por las nuevas tendencias que revelen, las cantidades de que se trate, las fuentes de procedencia de las sustancias o los métodos utilizados por las personas que se dedican al tráfico ilícito.

2. Las Partes facilitarán dicha información del modo y en la fecha que solicite la Comisión.

Artículo 21. *Funciones de la Comisión*

La Comisión tendrá autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención, y en particular:

- a) la Comisión examinará el funcionamiento de la presente Convención, sobre la base de la información presentada por las Partes de conformidad con el artículo 20;
- b) la Comisión podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de la información recibida de las partes;
- c) la Comisión podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma;
- d) la Comisión tomará las medidas que estime adecuadas sobre cualquier cuestión que le haya remitido la Junta de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 22;
- e) la Comisión, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 12, podrá enmendar el Cuadro I y el Cuadro II;
- f) la Comisión podrá señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones y recomendaciones que adopte en cumplimiento de la presente Convención, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Artículo 22. *Funciones de la Junta*

1. Sin perjuicio de las funciones de la Comisión previstas en el artículo 21 y sin perjuicio de las funciones de la Junta y de la Comisión previstas en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971:

- a) Si, sobre la base de su examen de la información a disposición de ella, del Secretario General o de la Comisión, o de la información comunicada por órganos de las Naciones Unidas, la Junta tiene motivos para

creer que no se cumplen los objetivos de la presente Convención en asuntos de su competencia, la Junta podrá invitar a una o más Partes a suministrar toda información pertinente;

b) Con respecto a los artículos 12, 13 y 16:

- i) una vez cumplido el trámite señalado en el inciso a) del presente artículo, la Junta podrá, si lo juzga necesario, pedir a la Parte interesada que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 16;
- ii) antes de tomar ninguna medida conforme al apartado iii) infra, la Junta tratará confidencialmente sus comunicaciones con la Parte interesada conforme a los incisos anteriores;
- iii) si la Junta considera que la Parte interesada no ha adoptado las medidas correctivas que se le han pedido conforme a este inciso, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. Cualquier informe que publique la Junta de conformidad con este inciso incluirá asimismo las opiniones de la Parte interesada si ésta así lo solicitare.

2. Se invitará a toda Parte interesada a que esté representada en las reuniones de la Junta en las que se haya de examinar de conformidad con el presente artículo una cuestión que le afecte directamente.

3. Si, en algún caso, una decisión de la Junta que se adopte de conformidad con el presente artículo no fuese unánime, se dejará constancia de las opiniones de la minoría.

4. Las decisiones de la Junta de conformidad con el presente artículo se tomarán por mayoría de dos tercios del número total de miembros de la Junta.

5. En el desempeño de sus funciones de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo, la Junta protegerá el carácter confidencial de toda información que llegue a su poder.

6. La responsabilidad de la Junta en virtud de presente artículo no se aplicará al cumplimiento de tratados o acuerdos celebrados entre las Partes de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención.

7. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las controversias entre las Partes a las que se refieren las disposiciones del artículo 32.

Artículo 23. Informes de la Junta

1. La Junta preparará un informe anual sobre su labor en el que figure un análisis de la información de que disponga y, en los casos adecuados, una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular. La Junta podrá preparar los informes adicionales que considere necesarios. Los informes serán presentados al Consejo por conducto de la Comisión, la cual podrá hacer las observaciones que juzgue convenientes.

2. Los informes de la Junta serán comunicados a las Partes y posteriormente publicadas por el Secretario General. Las Partes permitirán la distribución sin restricciones de dichos informes.

Artículo 24. Aplicación de medidas más estrictas que las establecidas por la presente Convención

Las Partes podrán adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas en la presente Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito.

Artículo 25. Efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales

Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971.

Artículo 26. Firma

La presente Convención estará abierta desde el 20 de diciembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989 en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena y, después, hasta el 20 de diciembre de 1989 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a la firma:

- a) de todos los Estados;
- b) de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia;
- c) de las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la presente Convención, siendo aplicables a dichas organizaciones dentro de los límites de su competencia

las referencias que en la presente Convención se hagan a las Partes, los Estados o los servicios nacionales.

Artículo 27. *Ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal*

1. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y a los actos de confirmación formal por las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación y los instrumentos relativos a los actos de confirmación formal serán depositados ante el Secretario General.

2. En sus instrumentos de confirmación formal, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 28. *Adhesión*

1. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado, de Namibia representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y de las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Secretario General.

2. En sus instrumentos de adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Estas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 29. *Entrada en vigor*

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado ante el Secretario General el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados o por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.

2. Para cada Estado o para Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el vigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado o Namibia haya depositado dicho instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.

3. Para cada organización regional de integración económica a la que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26, que deposite un instrumento relativo a un acto de confirmación formal o un instrumento de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado ese depósito, o en la fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme al párrafo 1 del presente artículo, si esta última es posterior.

Artículo 30. Denuncia

1. Cada una de las Partes podrá en cualquier momento denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General.

2. La denuncia surtirá efecto para la Parte interesada un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 31. Enmiendas

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer una enmienda a la presente Convención. Dicha Parte comunicará el texto de cualquier enmienda así propuesta y los motivos de la misma al Secretario General quien, a su vez, comunicará la enmienda propuesta a las demás Partes y les preguntará si la aceptan. En el caso de que la propuesta de enmienda así distribuida no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los veinticuatro meses siguientes a su distribución, se considerará que la enmienda ha sido aceptada y entrará en vigor respecto de cada una de las Partes noventa días después de que esa Parte haya depositado ante el Secretario General un instrumento en el que exprese su consentimiento a quedar obligada por esa enmienda.

2. Cuando una propuesta de enmienda haya sido rechazada por alguna de las Partes, el Secretario General consultará con las Partes y, si la mayoría de ellas lo solicita, someterá la cuestión, junto con cualquier observación que haya sido formulada por las Partes, a la consideración del Consejo, el cual

podrá decidir convocar una conferencia de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas. Las enmiendas que resulten de esa Conferencia serán incorporadas en un Protocolo de Modificación. El consentimiento en quedar vinculada por dicho Protocolo deberá ser notificado expresamente al Secretario General.

Artículo 32. *Solución de controversias*

1. En caso de controversia acerca de la interpretación o de la aplicación de la presente Convención entre dos o más Partes, éstas se consultarán con el fin de resolverla por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a organismos regionales, procedimiento judicial u otros medios pacíficos de su elección.

2. Toda controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.

3. Si una de las organizaciones regionales de integración económica, a las que se hace referencia en el inciso c) del párrafo 26, es Parte en una controversia que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo, podrá, por conducto de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, pedir al Consejo que solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 65 del Estatuto de la Corte, opinión que se considerará decisiva.

4. Todo Estado, en el momento de la firma o la ratificación, la aceptación o la aprobación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, o toda organización regional de integración económica en el momento de la firma o el depósito de un acto de confirmación formal o de la adhesión, podrá declarar que no se considera obligado por los párrafos 2 y 3 del presente artículo. Las demás Partes no estarán obligadas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo ante ninguna Parte que haya hecho dicha declaración.

5. Toda Parte que haya hecho la declaración prevista en el párrafo 4 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General.

Artículo 33. *Textos auténticos*

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención son igualmente auténticos.

Artículo 34. *Depositario*

El Secretario General será el depositario de la presente Convención.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, han firmado la presente Convención.

HECHA EN VIENA, en un solo original, el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

ANEXO

Cuadro I Cuadro II

Acido lisérgico Acetona Efedrina Acido antranílico Ergometrina Acido fenilacético Ergotamina Anhídrido acético 1-fenil-2-propanona Eter etílico Seudoefedrina Piperidina

Las sales de las sustancias Las sales de las sustancias enumeradas en el presente enumeradas en el presente Cuadro siempre que la Cuadro, siempre que la existencia de dichas sales existencia de dichas sales sea posible. sea posible.

Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Viena (Austria), 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988

Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

1. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 39/141 de 14 de diciembre de 1984, pidió al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que “teniendo en consideración el párrafo 3 del Artículo 62 y el párrafo 1 del Artículo 66 de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 9 (I) de 16 de febrero de 1946 del Consejo, solicite a la Comisión de Estupefacientes que, en su 31° período de sesiones que ha de celebrarse en febrero de 1985, comience con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes...”

2. De conformidad con la anterior solicitud y con las medidas adoptadas posteriormente por la Comisión de Estupefacientes y por el Consejo Económico y Social, el Secretario General de las Naciones Unidas preparó el texto inicial de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupe-

facientes y sustancias sicotrópicas. Basándose en las observaciones formuladas al respecto por los gobiernos y en las deliberaciones que sobre ese proyecto celebró la Comisión de Estupefacientes en 1987 durante su 32º período de sesiones, el Secretario General preparó una recopilación presentada en un documento de trabajo que se distribuyó a todos los gobiernos en abril de 1987. Ese documento fue examinado en dos períodos de sesiones de un Grupo Intergubernamental de Expertos abierto a la participación general. El 7 de diciembre de 1987, la Asamblea General aprobó la resolución 42/111, en la que se deban nuevas instrucciones para acelerar los preparativos del proyecto de convención. Como el tiempo de que había dispuesto el Grupo de Expertos no había permitido un examen a fondo de todos los artículos, la Asamblea General pidió al Secretario General que considerase la posibilidad de convocar nuevamente al Grupo Intergubernamental de Expertos para que se reuniera, durante dos semanas, inmediatamente antes del décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, que se celebraría en febrero de 1988, a fin de continuar la revisión del documento de trabajo sobre el proyecto de convención.

En su décimo período extraordinario de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 19 de febrero de 1988, la Comisión de Estupefacientes examinó el texto del proyecto de convención y llegó a la conclusión de que determinados artículos del proyecto debían ser remitidos a la conferencia que se convocase para aprobar la convención. La Comisión recomendó asimismo al Consejo Económico y Social ciertas medidas para acelerar la preparación del proyecto de convención.

3. El Consejo Económico y Social, en su resolución 1988/8, de 25 de mayo de 1988, tras recordar los trabajos preparatorios realizadas por los órganos competentes de las Naciones Unidas con arreglo a la resolución 39/141 de la Asamblea General, decidió “convocar”, de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas y en el marco de las disposiciones de la resolución 366 (IV) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1949, una conferencia de plenipotenciarios para la adopción de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En virtud de su decisión 1988/120, adoptada asimismo el 25 de mayo de 1988, el Consejo decidió que la Conferencia se celebrara en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988 y que el Secretario General enviara invitaciones para participar en la Conferencia a quienes habían sido invitados a participar en la Conferencia Internacional sobre el

Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas, celebrado en Viena del 17 al 26 de junio de 1987.

4. En su resolución 1988/8, el Consejo Económico y Social decidió asimismo convocar, previamente a la Conferencia, un grupo de examen para que estudiara los proyectos de texto de determinados artículos y el proyecto de convención en su conjunto, con objeto de introducir los cambios que fuesen necesarios para lograr la coherencia general del texto que había de presentarse a la Conferencia. El Grupo de Examen del proyecto de convención se reunió en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 1988 y aprobó un informe dirigido a la Conferencia (E/CONF. 82/3).

5. La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas se reunió en la Neue Hofburg, Viena, del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988.6. De conformidad con la resolución 1988/8 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1988, y de su decisión 1988/120, de la misma fecha, el Secretario General invitó a asistir a la Conferencia.

- a) A todos los Estados;
- b) A Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.
- c) A los representantes de organizaciones que hubiesen recibido una invitación permanente de la Asamblea General para tomar parte en calidad de observadores en los períodos de sesiones y en los trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo sus auspicios, para que participaran en la Conferencia en calidad de tales, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General 3237 (XXIX), de 22 de noviembre de 1974, y 31/152, de 20 de diciembre de 1976;
- d) A los representantes de los movimientos de liberación nacional reconocidos en su región por la Organización de la Unidad Africana, para que participaran en la Conferencia en calidad de observadores, de conformidad con la resolución 3280 (XXIX) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1974;
- e) A los organismos especializados y al Organismo Internacional de Energía Atómica, así como a los órganos interesados de las Naciones Unidas, para que se hiciesen representar en la Conferencia;

- f) A otras organizaciones intergubernamentales interesadas, para que se hiciesen representar en la Conferencia por observadores;
- g) A las organizaciones intergubernamentales interesadas reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social y a otras organizaciones no gubernamentales interesadas que pudieran aportar una contribución específica a la labor de la Conferencia, para que se hiciesen representar en la Conferencia por observadores.

7. Participaron en la Conferencia las delegaciones de los 106 Estados siguientes: Afganistán, Albania, Alemania, República Federal de, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Birmania, Bolivia, Botswana, Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, Camerún, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cote d'Ivoire, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, España, Estados Unidos de América, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Jamahiriya Arabe Libia, Jamaica, Japón, Jordania, Kenya, Kuwait, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Nepal, Nicaragua, Nigueria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República Democrática Alemana, República Dominicana, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, República Unida de Tanzania, Santa Sede, Senegal, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Suriname, Tailandia, Túnez, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay, Venezuela, Viet Nam, Yemen, Yugoslavia y Zaire.

8. Por invitación del Secretario General, asistieron a la Conferencia y participaron en ella con arreglo a lo previsto en su reglamento los representantes de los siguientes movimientos de liberación nacional: Congreso Panafricano de Azania y organización Popular de Africa Sudoccidental

9. Por invitación del Secretario General, asistieron a la Conferencia y participaron en ella con arreglo a lo previsto en su reglamento los representantes de los siguientes organismos especializados: Organización de Aviación Civil Internacional, Organización Internacional del Trabajo, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Organización de

las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y Organización Mundial de la Salud.

10. Por invitación del Secretario General, asistieron a la Conferencia y participaron en ella con arreglo a lo previsto en su reglamento los representantes de las otras organizaciones intergubernamentales siguientes:

Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos, Centro Árabe de Capacitación y de Estudios de Seguridad, Comunidad Económica Europea, Consejo de Cooperación Aduanera, Consejo de Europa, Liga de los Estados Arabes, Oficina del Plan Colombo y Organización Internacional de Policía Criminal.

11. Por invitación del Secretario General, asistieron a la conferencia y participaron en ella con arreglo a lo previsto en su reglamento los representantes de los siguientes órganos de las Naciones Unidas y órganos afines interesados: Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas, instituto de las Naciones Unidas en Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente y Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

12. Por invitación del Secretario General, asistieron a la Conferencia y participaron en ella con arreglo a lo previsto en su reglamento observadores de las organizaciones no gubernamentales siguientes: Asociación de Escuelas Internacionales, Asociación Internacional de los Clubes de Leones, Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Asociación Internacional de Publicidad, Asociación Internacional Soroptimista, Asociación Mundial de las Guías Scout, Asociación de Transporte Aéreo Internacional, Cámara de Comercio Internacional, Caritas Internationalis, Centro de Solidarita, Comité de Coordinación de Organizaciones Judías, Comunidad Internacional Baha'i, Comunidades Terapéuticas de Colombia, Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Consejo Internacional de Mujeres, Consejo Internacional sobre el Problema del Alcoholismo y las Toxicomanías, Cruz Blanca Panamá, Drug Abuse Prevention Programme, Federación Abolicionista Internacional, Federación Internacional Farmacéutica, Federación Internacional de Mujeres Profesionales y de Negocios, Federación Internacional de Trabajadores Sociales, Integrative Drogenhilfe a.d. Fachhochschule Ffm. e.v., Oficina Internacional Católica de la Infancia, Opium De- Addiction Treatment, Training and Research Trust, Organismo de Socorro Islámico de Africa, Pace United Kingdom International Affairs, Pax

Romana, Unión Europea Femenina, Unión Mundial de las Organizaciones Femeninas Católicas y Zonta Internacional.

13. La Conferencia eligió Presidente al Sr. Guillermo Bedregal Gutiérrez (Bolivia).

14. La Conferencia eligió Vicepresidente a los representantes de los siguientes Estados: Argelia, Argentina, Bahamas, Côte d'Ivoire, China, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Irán, (República Islámica del), Japón, Kenya, Malasia, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal, Sudán, Suecia, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela y Yugoslavia.

15. La Conferencia eligió Relatora General a la Sra. Mervat Tallawy (Egipto).

16. La Conferencia estableció los siguientes órganos:

Mesa de la Conferencia

Presidente: El Presidente de la Conferencia

Miembros: El Presidente y los Vicepresidentes de la Conferencia, la Relatora

General de la Conferencia, los Presidentes de las Comisiones Plenarias y el Presidente del Comité de Redacción.

Comisiones Plenarias

Comisión I: Presidente: Sr. Gioacchino Polimeni (Italia)

Vicepresidente: Sr. M.A. Hena (Bangladesh)

Relator: Sr. Oskar Hugler (República Democrática Alemana)

Comisión II

Presidente: Sr. István Bayer (Hungría)

Vicepresidente: Sr. L.H.J.B. van Gorkom (Países Bajos)

Relatora: Sra. Yolanda Fernández Ochoa (Costa Rica)

Comité de Redacción

Presidente: Sr. M.V.N. Roa (India)

Vicepresidente: Sr. Hashem M. Kuraa (Egipto)

Miembros: El Presidente del Comité de Redacción y los representantes de los Estados siguientes: Australia, Botswana, Canadá, Colombia, Checos-

lovaquia, China, Egipto, España, Francia, Ghana, Iraq, Perú, Senegal y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

De conformidad con el artículo 49 del reglamento de la Conferencia, los relatores de las Comisiones Plenarias participaron ex officio en la labor del Comité de Redacción.

Comisión de Verificación de Poderes.

Presidente: Sr. Edouard Molitor (Luxemburgo)

Miembros: Los representantes de los Estados siguientes: Bolivia, Botswana, China, Côte d'Ivoire, Estados Unidos de América, Jamaica, Luxemburgo, Tailandia y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

17. El Secretario General de las Naciones Unidas estuvo representado por la Srta. Margaret J. Anstee, Secretaria General Adjunta y la Directora General de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena. El Sr. Francisco Ramos Galindo, Director de la División de Estupefacientes, fue designado Secretario Ejecutivo de la Conferencia por el Secretario General.

18. La Conferencia tuvo ante sí el informe (A/CONF.82/3) del Grupo de Examen convocado de conformidad con la resolución 1988/8 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1988. Además de la relación de la labor del Grupo de Examen, el informe contenía propuestas referentes al proyecto de convención presentadas al Grupo de Examen con miras a su consideración por la Conferencia y el texto del proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (anexo II). Ese proyecto de convención constituyó la propuesta básica sometida a la consideración de la Conferencia.

19. En el marco de sus trabajos, la Conferencia dividió los artículos de que constaba el proyecto de convención entre las dos Comisiones Plenarias (Comisión I y Comisión II). Los artículos 1 a 5 y el preámbulo fueron remitidos a la Comisión I y los artículos restantes a la Comisión II. Las Comisiones Plenarias, tras acordar el texto de un artículo determinado, lo remitían al Comité de Redacción. Las Comisiones Plenarias informaron a la Conferencia acerca del resultado de su labor y el Comité de Redacción presentó a la Conferencia un texto completo del proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (E/CONF. 82/13).

20. Basándose en las deliberaciones recogidas en las actas de la Conferencia (E/CONF.82/SR/1 a 8) y de las Comisiones Plenarias (E/CONF.82.C.1/SR.1 a 33 y E/CONF.82.C.2.SR.1 a 34) y en los informes

de las Comisiones Plenarias (E/CONF.82/11 y E/CONF.82/12) y del Comité de Redacción (E/CONF.82/13), la Conferencia elaboró la siguiente Convención:

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

21. La anterior Convención, que está sujeta a ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal, y que quedará abierta a la adhesión, fue aprobada por la Conferencia el 19 de diciembre y abierta a la firma el 20 de diciembre de 1988, de conformidad con sus disposiciones, hasta el 28 de febrero de 1989 en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena y, posteriormente, hasta el 20 de diciembre de 1989 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, siendo su depositario el Secretario General de las Naciones Unidas.

22. La Conferencia aprobó asimismo las siguientes resoluciones, que figuran como anexo a la presente Acta Final:

1. Intercambio de información
2. Aplicación provisional de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
3. Asignación a la División de Estupefacientes y la secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de los recursos necesarios para que puedan desempeñar las tareas que se les han confiado en virtud de los tratados internacionales sobre fiscalización de drogas.

En testimonio de lo cual los representantes han firmado la presente Acta Final.

Hecha en Viena a los veinte días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho en un solo ejemplar, que será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

ANEXO

Resoluciones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

1. Intercambio de información
2. Aplicación provisional de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

3. Asignación a la División de Estupefacientes y la Secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de los recursos necesarios para que puedan desempeñar las tareas que se les han confiado en virtud de los tratados internacionales sobre fiscalización de drogas.

Resolución 1

Intercambio de información

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,

Poniendo de relieve la resolución III, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1961 para la aprobación de la Convención Unica sobre Estupefacientes, en la que se subrayaba la importancia de los archivos técnicos de la Organización Internacional de Policía Criminal sobre traficantes internacionales de drogas y su utilización por parte de esa Organización para la difusión de descripciones de tales traficantes.

Teniendo presente el mecanismo establecido por la Organización Internacional de Policía Criminal para el intercambio oportuno y eficiente a escala mundial de información sobre investigaciones criminales entre las autoridades de policía,

Recomienda que las autoridades de policía hagan el uso más amplio posible de los archivos y del sistema de comunicaciones de la Organización Internacional de Policía Criminal para alcanzar los objetivos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Resolución 2

Aplicación provisional de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,

1. Insta a los Estados a que, en la medida en que les sea factible, aceleren las medidas para ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, a fin de que ésta entre en vigor lo antes posible;

2. Invita a los Estados a que, en la medida en que les sea factible, apliquen provisionalmente las medidas previstas en la Convención hasta que ésta entre en vigor respecto de cada uno de ellos;

3. Pide al Secretario General que transmita la presente resolución al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General.

Resolución 3

Asignación a la División de Estupefacientes y la secretaría de la Junta

Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de los recursos necesarios para que puedan desempeñar las tareas que se les han confiado en virtud de los tratados internacionales sobre fiscalización de drogas.

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,

Reconociendo que la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 siguen siendo la base de los esfuerzos internacionales de fiscalización de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que el estricto cumplimiento por los gobiernos y los órganos internacionales de fiscalización de las Naciones Unidas de las obligaciones derivadas de lo dispuesto en esos instrumentos es esencial para lograr los objetivos de los mismos,

Considerando que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas impondrá nuevas obligaciones y gastos a los gobiernos y a la Comisión de Estupefacientes, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y sus secretarías,

Profundamente preocupada por el impacto de las recientes reducciones presupuestarias y de personal sobre la capacidad de la División de Estupefacientes y de la secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes para ejecutar cabalmente el programa de trabajo que les impone su mandato,

1. Exhorta a todos los Estados Miembros a que tomen las medidas adecuadas en la Asamblea General así como en los órganos financieros de la Asamblea para establecer la debida prioridad y a que aprueben las consignaciones presupuestarias necesarias con el fin de proveer a la División de Estupefacientes y a la secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de

Estupefacientes de los recursos necesarios para desempeñar plenamente las tareas que se les han confiado en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, y el Convenio sobre Sustancias.

2. Pide al Secretario General que, dentro de los límites de su competencia, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones del párrafo 1 supra.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Artículo 1. *Finalidad*

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;
- d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
- e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

- f) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;
- g) Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;
- h) Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;
- i) Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

Por “organización regional de integración económica” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los “Estados Parte” con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

Artículo 3. *Ámbito de aplicación*

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

- a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
- b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado;
- b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

- c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Artículo 4. Protección de la soberanía

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
 - i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;
 - ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:
 - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
 - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

Artículo 6. *Penalización del blanqueo del producto del delito*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
 - ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
- b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
- i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

- a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
- b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;
- c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constitúyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;
- d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
- e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;
- f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

- a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;
- b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales), sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Artículo 8. Penalización de la corrupción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

Artículo 9. Medidas contra la corrupción

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la

corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.

Artículo 10. *Responsabilidad de las personas jurídicas*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Artículo 11. *Proceso, fallo y sanciones*

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

Artículo 12. *Decomiso e incautación*

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Artículo 13. *Cooperación internacional para fines de decomiso*

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

- a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o
- b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el

párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables *mutatis mutandis* al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

- a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;
- b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;
- c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al

presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.

Artículo 14. *Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados*

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:

- a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 30 de la presente

Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;

- b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

Artículo 15. Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

- a) El delito se cometa en su territorio; o
- b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

- a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
- b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
- c) El delito:
 - i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;
 - ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Conven-

ción cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Artículo 16. *Extradición*

1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Conven-

ción como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

- a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y
- b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora

injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.

12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Artículo 17. *Traslado de personas condenadas a cumplir una pena*

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena.

Artículo 18. *Asistencia judicial recíproca*

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;

- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
- g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
- i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre

los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación.

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
- b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

- a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;
- b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;
- c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

- d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de

adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:
- a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
 - b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
 - c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
 - d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
 - e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
 - f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información complementaria cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

- a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
- b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
- c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
- d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de

sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbare investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supe-
ditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá observar las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

- a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;
- b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.

Artículo 19. *Investigaciones conjuntas*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Artículo 20. *Técnicas especiales de investigación*

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán

respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

Artículo 21. Remisión de actuaciones penales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Artículo 22. Establecimiento de antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención.

Artículo 23. Penalización de la obstrucción de la justicia

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

- b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Artículo 24. *Protección de los testigos*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presenten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

- a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;
- b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

Artículo 25. *Asistencia y protección a las víctimas*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.

3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 26. *Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

- a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:
 - i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;
 - ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;
 - iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;
- b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación

sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Artículo 27. *Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, cada Estado Parte adoptará medidas eficaces para:

- a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
- b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:
 - i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
 - ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
 - iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;
- c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;
- d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;
- e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados,

así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

- f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.

Artículo 28. *Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada*

1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucradas.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de vigilar sus políticas y las medidas en vigor encaminadas a combatir la delincuencia organizada y evaluarán su eficacia y eficiencia.

Artículo 29. Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir adscripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

- a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;
- b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención, incluso en los Estados de tránsito, y las medidas de lucha pertinentes;
- c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;
- d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros;
- e) El acopio de pruebas;
- f) Las técnicas de control en zonas y puertos francos;
- g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;
- h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna; y
- i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

2. Los Estados Parte se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos especializados en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo y, a tal fin, también recurrirán, cuando proceda, a conferencias y seminarios regionales e internacionales para promover la

cooperación y fomentar el examen de los problemas de interés común, incluidos los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

3. Los Estados Parte promoverán actividades de capacitación y asistencia técnica que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca. Dicha capacitación y asistencia técnica podrán incluir la enseñanza de idiomas, adscripciones e intercambios de personal entre autoridades centrales u organismos con responsabilidades pertinentes.

4. Cuando haya acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales vigentes, los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, sus esfuerzos por optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales, así como en el marco de otros acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

Artículo 30. *Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica*

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

- a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;
- b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;
- c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Los Estados Parte también podrán considerar en particular la posibilidad,

conforme a su derecho interno y a las disposiciones de la presente Convención, de aportar a la cuenta antes mencionada un porcentaje del dinero o del valor correspondiente del producto del delito o de los bienes ilícitos decomisados con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención;

- d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 31. Prevención

1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:

- a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;
- b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;

- c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;
- d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes:
 - i) El establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;
 - ii) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un período razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;
 - iii) El establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y
 - iv) El intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos i) y iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte.

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención.

4. Los Estados Parte procurarán evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas pertinentes vigentes a fin de detectar si existe el peligro de que sean utilizados indebidamente por grupos delictivos organizados.

5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. Cuando proceda, podrá difundirse información a través de los medios de comunicación y se adoptarán medidas para fomentar la participación pública en los esfuerzos por prevenir y combatir dicha delincuencia.

6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que pueden ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.

7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. Ello incluye la participación en proyectos internacionales para la prevención de la delincuencia organizada transnacional, por ejemplo mediante la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 32. Conferencia de las Partes en la Convención

1. Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. La Conferencia de las Partes aprobará reglas de procedimiento y normas que rijan las actividades enunciadas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo (incluidas normas relativas al pago de los gastos resultantes de la puesta en marcha de esas actividades).

3. La Conferencia de las Partes concertará mecanismos con miras a lograr los objetivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, en particular a:

- a) Facilitar las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 de la presente Convención, alentando inclusive la movilización de contribuciones voluntarias;
- b) Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y sobre prácticas eficaces para combatirla;
- c) Cooperar con las organizaciones internacionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes;
- d) Examinar periódicamente la aplicación de la presente Convención;
- e) Formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación.

4. A los efectos de los apartados d) y e) del párrafo 3 del presente artículo, la Conferencia de las Partes obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en

aplicación de la presente Convención mediante la información que ellos le faciliten y mediante los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de las Partes.

5. Cada Estado Parte facilitará a la Conferencia de las Partes información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de las Partes.

Artículo 33. *Secretaría*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de las Partes en la Convención.

2. La secretaría:

- a) Prestará asistencia a la Conferencia de las Partes en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 32 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes y les prestará los servicios necesarios;
- b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de las Partes según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 32 de la presente Convención; y
- c) Velará por la coordinación necesaria con la secretaría de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

Artículo 34. *Aplicación de la Convención*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 35. *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 36. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación,

aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 37. *Relación con los protocolos*

1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.

Artículo 38. *Entrada en vigor*

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor

el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente.

Artículo 39. Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. La Conferencia de las Partes hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 40. Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

3. La denuncia de la presente Convención con arreglo al párrafo 1 del presente artículo entrañará la denuncia de sus protocolos.

Artículo 41. *Depositario e idiomas*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

LAS CUARENTA RECOMENDACIONES Y LAS NUEVE RECOMENDACIONES ESPECIALES CONTRA EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI)

Las Cuarenta Recomendaciones

INTRODUCCIÓN

Los métodos y técnicas del lavado de activos cambian en respuesta al desarrollo de las contramedidas. En los últimos años, el Grupo de Acción Financiera (GAFI)¹ ha percibido el aumento de sofisticadas combinaciones de técnicas, tales como el aumento del uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y el control de los activos de procedencia ilegal, y un aumento del uso de profesionales para obtener consejo y asistencia en el lavado de fondos delictivos. Estos factores, combinados con la experiencia obtenida en el proceso del GAFI sobre los Países y Territorios No Cooperantes, y varias iniciativas nacionales e internacionales, llevaron al GAFI a considerar y revisar las Cuarenta Recomendaciones dentro de un nuevo y amplio esquema para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Ahora, el GAFI apela a todos los países para que den los pasos necesarios a fin de situar sus sistemas nacionales contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en cumplimiento de las nuevas Recomendaciones del GAFI, y para implementar estas medidas con efectividad.

¹ El GAFI es un grupo intergubernamental que establece estándares, y desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Actualmente cuenta con 33 miembros: 31 países y dos organizaciones internacionales; y más de 20 observadores; cinco grupos regionales estilo GAFI y más de 15 organismos o grupos internacionales. Se puede encontrar en la web del GAFI una lista de miembros y observadores: http://www.fatf-gafi.org/Members_en.htm

El proceso de revisión de las Cuarenta Recomendaciones fue intenso, abierto a los miembros del GAFI, a los no miembros, observadores, a los sectores financieros y otros afectados y a otras partes interesadas. Este proceso de consulta permitió un amplio espectro de insumos, todos los cuales fueron tenidos en cuenta en el proceso de revisión.

Las Cuarenta Recomendaciones revisadas se aplican ahora no solamente al lavado de activos sino también al financiamiento del terrorismo, y al combinarse con las Ocho Recomendaciones Especiales sobre financiamiento del Terrorismo proporcionan un esquema de medidas ampliado, global y coherente para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. El GAFI reconoce que los países tienen sistemas legales y financieros diferentes y, por ello, no todos pueden tomar medidas idénticas para alcanzar el objetivo común, especialmente en el terreno de los detalles. Por ello, las Recomendaciones establecen patrones mínimos para la acción de los países en la implementación de los detalles de acuerdo a sus circunstancias particulares y esquemas constitucionales. Las Recomendaciones cubren todas las medidas que los sistemas nacionales deberían tener en vigor dentro de sus sistemas penales y normativos; las medidas preventivas que deben ser tomadas por las instituciones financieras y otras profesiones y actividades; y la cooperación internacional.

Las Cuarenta Recomendaciones originales del GAFI fueron diseñadas en 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero por los lavadores del dinero de la droga. En 1996, las Recomendaciones fueron revisadas por primera vez para reflejar la evolución de las tipologías del lavado. Las Cuarenta Recomendaciones de 1996 han sido endosadas por más de 130 países y se constituyen en el estándar internacional anti lavado.

En octubre de 2001, el GAFI amplía su mandato incorporando el tema del financiamiento del terrorismo, y da el importante paso de formular las 8 Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo. Estas Recomendaciones contienen un conjunto de medidas que se dirigen a combatir la financiación de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas, siendo complementarias de las Cuarenta Recomendaciones.²

Un elemento clave en la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo es la necesidad de que los sistemas de los países sean objeto

² Las Cuarenta Recomendaciones y las Ocho Recomendaciones Especiales del GAFI han sido reconocidas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial como los estándares internacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

de seguimiento y evaluación en contraste con estos estándares internacionales. Las evaluaciones mutuas conducidas por el GAFI y los grupos regionales estilo GAFI, así como las evaluaciones conducidas por el FMI y el Banco Mundial, son un instrumento capital para asegurar que las Recomendaciones del GAFI son efectivamente implementadas por todos los países.

A. SISTEMAS JURÍDICOS

Alcance del delito de lavado de activos

1. Los países deberían tipificar como delito el lavado de activos, en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

Los países deberían aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves a los efectos de incluir la gama más amplia de delitos subyacentes. Los delitos subyacentes se pueden definir tomando como base todos los delitos, o a partir de un umbral vinculado ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente (criterio del umbral), o construyendo una lista de delitos subyacentes, o usando una combinación de estos criterios.

Cuando un país aplica el criterio del umbral, los delitos subyacentes deberían comprender, como mínimo, todos los delitos que quedan comprendidos en la categoría de delitos graves dentro de su legislación nacional o deberían incluir delitos punibles con una pena máxima de más de un año de prisión. En los países cuyos sistemas jurídicos tienen un umbral mínimo para los delitos, los delitos subyacentes deberían comprender a todos los delitos que se castigan con una pena mínima de más de seis meses de prisión.

Cualquiera sea el criterio que se adopte, cada país debería incluir por lo menos una serie de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos.³

Los delitos subyacentes en materia de lavado de activos deberían abarcar las conductas que hayan sido cometidas en otro país, que constituyan un delito en ese país, y que hubieran constituido un delito subyacente de

³ Ver la definición de “categorías establecidas de delitos” en el Glosario.

haberse cometido en el territorio nacional. Los países pueden establecer que, como único requisito previo, las conductas hubieran sido tipificadas como delito subyacente de haber tenido lugar en el territorio nacional.

Los Países pueden establecer que el delito de lavado de activos no sea aplicable a personas que hayan cometido el delito subyacente cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus legislaciones nacionales.

2. Los países deberían garantizar que:
 - a) la intención y el conocimiento requeridos para probar el delito de lavado de activos sea coherente con las normas establecidas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo el concepto de que ese estado mental se pueda inferir a partir de circunstancias de hecho objetivas
 - b) Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.

Medidas provisionales y decomiso

3. Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Estas medidas deberían incluir la facultad de: 1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; 2) implementar medidas provisionales; tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes; 3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso; y 4) tomar medidas de investigación apropiadas.

Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales.

B. MEDIDAS QUE DEBEN TOMAR LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y ACTIVIDADES Y PROFESIONES NO FINANCIERAS PARA IMPEDIR EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

4. Los países deben asegurarse de que las leyes de confidencialidad de las instituciones no impidan la implementación de las Recomendaciones del GAFI.

Procedimientos de debida diligencia (DDC) y registros actualizados sobre clientes

- 5*. Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentemente ficticios.

Las instituciones financieras deberían tomar medidas para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia respecto del cliente, entre ellas la identificación y verificación de la identidad de sus clientes, cuando:

- se inicien relaciones comerciales;
- se lleven a cabo operaciones ocasionales: (i) por encima del umbral designado aplicable; o (ii) que sean transferencias electrónicas en las circunstancias cubiertas por la Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VII;
- exista la sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; o
- la institución financiera tenga dudas acerca de la veracidad o congruencia de la información de identificación del cliente obtenida anteriormente.

Las medidas a tomar sobre procedimientos de debida diligencia respecto del cliente, son las siguientes:

- a) identificar al cliente y verificar su identidad empleando documentos, datos e información de una fuente independiente y confiable;⁴
- b) identificar al beneficiario final, y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final de modo que la institución financiera quede convencida de que conoce al beneficiario final. En el caso de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, las instituciones financieras deberían, además, tomar medidas razonables para conocer la estructura de propiedad y control del cliente;
- c) obtener la información sobre el propósito y la naturaleza de la relación comercial;
- d) llevar a cabo un proceso continuo de debida diligencia respecto de la relación comercial, así como un examen detallado de las operaciones realizadas durante todo el curso de esa relación, con el fin de asegurar que las operaciones que se están haciendo son compatibles con lo que la institución sabe del cliente, sus negocios y perfil de riesgo, incluso el origen de los fondos, en caso necesario.

Las instituciones financieras deberían aplicar cada una de las medidas sobre procedimientos de debida diligencia respecto del cliente de los puntos a) a d) anteriores, pero podrán determinar el alcance de esas medidas sobre la base de la sensibilidad al riesgo, según el tipo de cliente, relación comercial u operación. Las medidas que se adopten deberían ser coherentes con cualquier pauta dictada por las autoridades competentes. En lo que hace a las categorías de mayor riesgo, las instituciones financieras deberían llevar a cabo un procedimiento de debida diligencia más exhaustivo. En algunas circunstancias en que los riesgos sean menores, los países pueden decidir que las instituciones financieras pueden aplicar medidas más reducidas o simplificadas.

Las instituciones financieras deberían verificar la identidad del cliente y del beneficiario final antes y mientras se establece una relación comercial o se hace operaciones con clientes ocasionales. Los países pueden permitir a sus instituciones financieras que completen la verificación lo antes posible después de establecida la relación, cuando los riesgos de lavado de activos

* Las Recomendaciones marcadas con un asterisco deben leerse conjuntamente con sus Notas Interpretativas

⁴ En adelante, los documentos, datos o información de fuentes independientes, confiables, se denominarán “datos de identificación”.

se estén manejando con eficacia y cuando sea esencial para no interrumpir el curso normal de los negocios.

En los casos en que la institución financiera no pueda cumplir con lo previsto en los puntos (a) a (c) anteriores, no debería abrir la cuenta, iniciar relaciones comerciales ni llevar a cabo la operación; o debería poner fin a la relación comercial; y debería considerar hacer un reporte de operaciones sospechosas (ROS) en relación con el cliente.

Estos requisitos se aplicarían a todos los clientes nuevos, aunque las instituciones financieras también deberían aplicar esta Recomendación a los clientes ya existentes en base a su importancia y riesgo, y deberían llevar a cabo un procedimiento de debida diligencia respecto de esas relaciones existentes en su debido momento.

- 6*. En relación con las personas expuestas políticamente, las instituciones financieras, además de implementar medidas sobre procedimientos de debida diligencia normales, deberían:
 - a) contar con sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una persona políticamente expuesta;
 - b) obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con esos clientes;
 - c) tomar medidas razonables para determinar cuál es el origen de la riqueza y el origen de los fondos;
 - d) llevar a cabo una vigilancia permanente más exhaustiva de la relación comercial.
7. En lo que refiere a las relaciones de corresponsalía bancaria transnacional y otras relaciones similares, las instituciones financieras, además de implementar las medidas sobre procedimientos de debida diligencia normales, deberían:
 - a) reunir información suficiente sobre un banco representado que le permita comprender cabalmente la naturaleza de sus negocios y para determinar, en base a la información de dominio público, cuál es la reputación de la institución y la calidad de su supervisión, incluyendo si ha sido objeto de investigación o intervención de la autoridad de control por lavado de activos o financiamiento del terrorismo;
 - b) evaluar los controles instalados para lavado de activos y el financiamiento del terrorismo de la institución representada;

- c) obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía antes de establecer nuevas relaciones de corresponsalía;
 - d) documentar las respectivas responsabilidades de cada institución;
 - e) con respecto a las cuentas de transferencia de pagos en otras plazas (payable through accounts) tener la convicción de que el banco representado ha verificado la identidad y ha realizado el procedimiento de debida diligencia permanente de los clientes que tienen acceso directo a las cuentas del banco corresponsal y que está en condiciones de suministrar los datos de identificación de un cliente a pedido del banco corresponsal.
8. Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a cualquier amenaza de lavado de activos que surja a raíz de tecnologías nuevas o en desarrollo que favorezca el anonimato, y adoptar medidas, si fuera necesario, para impedir su utilización en actividades de lavado de activos. En particular, las instituciones financieras deberían instaurar políticas y procedimientos para hacer frente a cualquier riesgo específico asociado con las relaciones comerciales u operaciones que no impliquen la presencia física de las partes.
- 9*. Los países pueden permitir a las instituciones financieras que deleguen a intermediarios y otros terceros para llevar a cabo lo dispuesto en los elementos (a) a (c) del procedimiento de DDC o para atraer nuevos negocios, siempre que se cumplan los criterios establecidos a continuación. En los casos en que se permita lo anteriormente señalado, la responsabilidad final por la identificación y verificación del cliente recae sobre la institución financiera que utiliza a terceros.

Los criterios a cumplir son los siguientes:

- a) Una institución financiera que delegue en terceros debería obtener, de inmediato, la información necesaria relativa a los elementos (a) – (c) del procedimiento de DDC. Las instituciones financieras deberían tomar medidas adecuadas para tener la convicción de que, a pedido, se podrá acceder sin demora a las copias de los datos de identificación y demás documentación relevante relacionadas con los requisitos de DDC de esos terceros.
- b) La institución financiera debería estar convencida de que esos terceros están regulados y supervisados y de que ha tomado medidas para

cumplir con los requisitos de DDC acorde con las Recomendaciones 5 y 10.

Queda a decisión de cada país determinar en qué países pueden tener su sede los terceros que cumplan con las condiciones, teniendo en cuenta la información disponible sobre los países que no aplican las Recomendaciones del GAFI o no las aplican adecuadamente.

- 10***. Las instituciones financieras deberían conservar, al menos durante cinco años, todos los documentos necesarios sobre las operaciones realizadas, tanto nacionales como internacionales, que les permitan cumplir rápidamente con las solicitudes de información de las autoridades competentes. Esos documentos deberían permitir reconstruir las diferentes operaciones (incluidas las cuantías y los tipos de moneda utilizados, en su caso) con el fin de aportar pruebas, si fuera necesario, en el caso de acciones judiciales por conductas delictivas.

También deberían conservar registro de los datos de identificación de sus clientes obtenidos a través del procedimiento de debida diligencia sobre el cliente (por ejemplo, copias o registros de documentos de identidad oficiales tales como pasaportes, cédulas de identidad, permisos de conducir o documentos similares), los archivos de cuentas y la correspondencia comercial durante no menos de cinco años después de haber concluido la relación comercial.

Estos datos de identificación y los registros de operaciones deberán estar a disposición de las autoridades nacionales competentes con la autorización adecuada.

- 11***. Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a todas las operaciones complejas e inusualmente grandes, así como a todos los patrones de operaciones inusuales, que no tengan un objeto económico aparente o legítimo visible. Dentro de lo posible, se deberán analizar los antecedentes y el propósito de dichas operaciones, asentándose los resultados por escrito, y deben estar a disposición para ayudar a las autoridades competentes y a los auditores.
- 12***. Los requisitos del procedimiento de debida diligencia respecto del cliente y de conservación de los registros expuestos en las Recomendaciones 5, 6, y 8 a 11 se aplican también a las actividades y profesiones no financieras en las siguientes situaciones:

- a) Casinos – cuando los clientes realicen operaciones financieras iguales o mayores de umbral designado aplicable;
- b) Agentes inmobiliarios – cuando participan en operaciones para sus clientes relacionadas con la compra y venta de bienes inmuebles;
- c) Comerciantes dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas – cuando hagan alguna operación en efectivo con un cliente, igual o mayor que el umbral designado aplicable;
- d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores o contables cuando preparan o llevan a cabo operaciones para su cliente, relacionadas con las actividades siguientes:
 - compraventa de bienes inmuebles;
 - administración del dinero, valores y otros activos del cliente;
 - administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores;
 - organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías;
 - creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.
- e) Proveedores de servicios de sociedades y fideicomiso (trust), cuando preparan o llevan a cabo operaciones para un cliente en relación con las actividades detalladas en la definición del Glosario.

Reporte de operaciones sospechosas y cumplimiento

- 13*. Si una institución financiera sospechara o tuviera fundamentos razonables para sospechar que ciertos fondos son el producto de una actividad delictiva, o que están relacionados con el financiamiento del terrorismo, se les debería exigir, directamente por ley o reglamentación, que reporten sus sospechas de inmediato a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).
- 14*. Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deberían:
 - a) estar protegidos por medio de disposiciones legales respecto de la responsabilidad penal y civil por incumplimiento de alguna restricción referida a la divulgación de información impuesta por contrato o por disposición legal, reglamentaria o administrativa, en el

caso de que reporten sus sospechas de buena fe a la UIF, aún si no supieran exactamente cuál era la actividad ilegal e independientemente de si esa actividad ilegal tuvo lugar efectivamente.

- b) tener prohibido por ley la divulgación del hecho de que se está haciendo un reporte de operaciones sospechosas (ROS) o información relacionada a la UIF.
- 15*. Las instituciones financieras deberían desarrollar programas para combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Estos programas deberían incluir:
- a) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos, incluyendo dispositivos apropiados para gestionar el cumplimiento, y procedimientos de detección adecuados para asegurar que haya un estándar elevado para la contratación de empleados;
 - b) un programa permanente de capacitación de empleados;
 - c) una función de auditoría para hacer pruebas sobre el sistema.
- 16*. Los requisitos dispuestos en las Recomendaciones 13 a 15 y 21 se aplican a las actividades y profesiones no financieras designadas, con sujeción a las siguientes salvedades:
- a) Se debería requerir a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores o contables que reporten operaciones sospechosas cuando, por cuenta o en representación de un cliente, participen en una operación en relación con las actividades descritas en la Recomendación 12 (d). Se alienta firmemente a los países a que hagan extensivo el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores o contables, incluyendo las auditorías.
 - b) Se debería requerir a los comerciantes dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas que reporten operaciones sospechosas cuando realicen alguna operación en efectivo con un cliente, igual o mayor que el umbral aplicable señalado.
 - c) Se debería requerir a los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos (trust), que reporten operaciones sospechosas de un cliente cuando, por cuenta o en nombre de un cliente, participen en una operación en relación con las actividades descritas en la Recomendación 12 (e).

No se requiere que los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores o contables que actúen como profesionales independientes, reporten sus sospechas si la información relevante ha sido obtenida en circunstancias en las que se encontraban sujetos al privilegio del secreto profesional o secreto legal.

Otras medidas para impedir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo

17. Los países deberían asegurar que se disponga de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, sean de orden penal, civil o administrativo, para tratar a las personas físicas o jurídicas cubiertas por estas Recomendaciones que no cumplan con los requisitos para combatir el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo.
18. Los países no deberían aprobar la instalación o aceptar la continuidad de la operatoria de bancos pantalla. Las instituciones financieras deberían negarse a entrar o permanecer en una relación de corresponsalía bancaria con bancos pantalla. Asimismo, las instituciones financieras deberían cuidarse de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras representadas en corresponsalía cuando estas permitan que sus cuentas sean utilizadas por bancos pantalla.
- 19*. Los países deberían considerar:
 - a) la implementación de medidas viables para detectar o vigilar el transporte físico transfronterizo de dinero e instrumentos negociables al portador, sujetas a salvaguardas estrictas que aseguren el uso correcto de la información y sin impedir en modo alguno la libertad de movimientos de capital.
 - b) la viabilidad y utilidad de un sistema en el cual los bancos y demás instituciones financieras e intermediarios reporten todas las operaciones de divisas nacionales e internacionales por encima de una cuantía determinada, a una agencia central nacional dotada de una base de datos computarizada, a disposición de las autoridades competentes para ser utilizada en casos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, sujeto a salvaguardas estrictas que aseguren el uso correcto de la información.
20. Los países deberían considerar la aplicación de las recomendaciones del GAFI a otras actividades y profesiones, además de las actividades y

profesiones no financieras designadas, que presenten un riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Los países deberían además alentar el desarrollo de técnicas modernas y seguras de gestión del dinero que sean menos vulnerables al lavado de activos.

Medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplica insuficientemente.

21. Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a las relaciones comerciales y operaciones con personas, incluidas las empresas e instituciones financieras, de países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o no se las aplica suficientemente. Cuando estas operaciones no tengan una causa lícita o económica aparente, deberá examinarse su trasfondo y fines, en la mayor medida posible, plasmándose los resultados por escrito, los que deben estar disponibles para ayudar a las autoridades competentes. En el caso de que ese país siga sin aplicar o aplicando de modo insuficiente las Recomendaciones del GAFI, las jurisdicciones deberían poder aplicar contramedidas apropiadas.
22. Las instituciones financieras deberían asegurarse de que los principios aplicables a las instituciones financieras mencionadas anteriormente también se apliquen a las sucursales y a filiales ubicadas en el exterior en las que posean la mayoría, especialmente en países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplica de manera insuficiente, en la medida en que las leyes y reglamentaciones locales lo permitan. Cuando las leyes y reglamentaciones aplicables prohíban esta implementación, las instituciones financieras deberían informar a las autoridades competentes del país de la institución matriz que no pueden aplicar las Recomendaciones del GAFI.

Regulación y supervisión

- 23*. Los países deberían asegurarse de que las instituciones financieras estén sujetas a una regulación y supervisión adecuadas y que estén implementando efectivamente las Recomendaciones del GAFI. Las autoridades competentes deberían adoptar las medidas legales o reglamentarias necesarias para impedir que delincuentes o sus asociados tengan o sean

beneficiarios finales de participaciones importantes o controlantes o que ocupen una función gerencial en una institución financiera.

Respecto de las instituciones financieras sujetas a los Principios Centrales, las medidas de regulación y de supervisión que se aplican con fines de precaución y que también son relevantes para el lavado de activos, deberían aplicarse de manera similar para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Otras instituciones financieras deberían ser registradas, reguladas apropiadamente y estar sujetas a la supervisión o el control a los fines de la lucha contra el lavado de activos, teniendo en cuenta el riesgo que constituye el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo en dicho sector. Como mínimo, las actividades que presten el servicio de transferencias de dinero o valor, o de cambio de moneda o divisas, deberían recibir autorización o ser registradas y estar sujetas a sistemas efectivos de vigilancia y garantía del cumplimiento de los requisitos nacionales destinados a combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

24. Las actividades y las profesiones no financieras designadas deberían estar sujetas a medidas de regulación y de supervisión en la forma anteriormente expresada.
 - a) Los casinos deberían estar sometidos a un régimen de regulación y supervisión integral que asegure que han implementando efectivamente las medidas necesarias contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Como mínimo:
 - los casinos deberían funcionar bajo licencia;
 - las autoridades competentes deberían adoptar las medidas legales o reglamentarias necesarias para impedir que delincuentes o sus asociados tengan o sean beneficiarios finales de participaciones significativas o de control o que ocupen una función gerencial o sean operadores de un casino;
 - las autoridades competentes deberían asegurar la efectiva supervisión de los casinos en lo atinente al cumplimiento de los requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
 - b) Los países deberían asegurarse de que las demás categorías de actividades y profesiones no financieras designadas estén sujetas a

sistemas eficaces de vigilancia que aseguren el cumplimiento de los requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Esta vigilancia debería realizarse en función de la sensibilidad al riesgo y podría estar a cargo de una autoridad gubernamental o un órgano de autorregulación apropiado, siempre que tal órgano sea capaz de garantizar que sus miembros cumplirán con las obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

- 25*. Las autoridades competentes deberían establecer directrices y dar retroalimentación que ayuden a las instituciones financieras y a las actividades y profesiones no financieras a aplicar las medidas nacionales destinadas a combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y, en particular, a detectar y reportar operaciones sospechosas.

C. MEDIDAS INSTITUCIONALES Y DE OTROS TIPOS NECESARIAS EN LOS SISTEMAS DESTINADOS A COMBATIR EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Autoridades Competentes, sus Facultades y Recursos

- 26*. Los países deberían crear una UIF que se desempeñe como organismo central nacional para la recepción (y, si estuviera permitido, la solicitud), el análisis y la divulgación de ROS y otra información relacionada con un posible lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La UIF debería tener acceso, directa o indirectamente, y oportunamente, a la información financiera, administrativa y proveniente de las autoridades garantes del cumplimiento de la ley necesaria para el cumplimiento apropiado de sus funciones, incluyendo el análisis de los ROS.
- 27*. Los países deberían asegurar que la responsabilidad de las investigaciones de lavado de activos y financiamiento del terrorismo recaiga en las autoridades garantes del cumplimiento de la ley (<law enforcement authorities>). Se alienta a los países a apoyar y desarrollar en la mayor medida posible, técnicas de investigación especiales adecuadas para la investigación del lavado de activos, tales como entrega vigilada, operaciones encubiertas y otras técnicas relevantes. También se alienta a los países a que utilicen otros mecanismos eficaces tales como el uso de grupos permanentes o temporarios especializados en las investigaciones

patrimoniales y las investigaciones en colaboración con las autoridades competentes correspondientes de otros países.

28. Cuando se llevan a cabo investigaciones de lavado de activos y de los delitos subyacentes sobre los que aquel se funda, las autoridades competentes deberían estar en condiciones de obtener documentos e información para emplearlos en esas investigaciones, y en los procesos judiciales penales y acciones relacionadas. Ello debería incluir facultades para emplear medidas compulsivas para la presentación de registros por parte de las instituciones financieras y otras personas, para el registro de personas y de locales, y para embargar y obtener pruebas.
29. Los supervisores deberían tener facultades adecuadas para vigilar y asegurar el cumplimiento, por parte de las instituciones financieras, de las obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo la autoridad para realizar inspecciones. Se los debería autorizar a exigir la presentación de cualquier información de las instituciones financieras que sea pertinente a la vigilancia de ese cumplimiento, y a imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de esas obligaciones.
30. Los países deberían proporcionar a sus organismos competentes involucrados en la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo los recursos financieros, humanos y técnicos adecuados. Los países deberían contar con procesos que aseguren que el personal de esos organismos sean personas de gran integridad.
31. Los países deberían asegurar que los responsables de formular las políticas, las UIF, las autoridades garantes del cumplimiento de la ley y los supervisores cuenten con mecanismos efectivos que les permitan cooperar y, en los casos apropiados, coordinar a nivel nacional entre sí con respecto al desarrollo y la implementación de políticas y actividades destinadas a combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
32. Los países deberían asegurarse de que sus autoridades competentes sean capaces de revisar la eficacia de sus sistemas para combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, llevando estadísticas completas respecto de las cuestiones relevantes para la efectividad y eficiencia de esos sistemas. Éstas deberían incluir estadísticas sobre los ROS recibidos y divulgados; sobre investigaciones, acciones judiciales y condenas referidas al lavado de activos y al financiamiento del terro-

rismo, sobre bienes congelados, embargados y decomisados; y sobre asistencia legal mutua u otros pedidos internacionales de cooperación.

Transparencia de las personas jurídicas y de otras estructuras jurídicas

33. Los países deberían tomar medidas para impedir el uso ilícito de personas jurídicas por parte de los lavadores de activos. Los países deberían asegurarse de contar con información adecuada, precisa y oportuna sobre los beneficiarios finales y el control de las personas jurídicas que las autoridades competentes puedan obtener o a las que puedan acceder sin demora. En particular, los países que tengan personas jurídicas autorizadas a emitir acciones al portador deberían tomar medidas apropiadas para asegurar que dichas acciones no sean empleadas incorrectamente para el lavado de activos, y poder demostrar que esas medidas son adecuadas. Los países podrían considerar medidas que faciliten a las instituciones financieras el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control a efectos de que puedan cumplir con los requisitos de la Recomendación 5.
34. Los países deberían tomar medidas para impedir el uso ilícito de estructuras jurídicas por parte de los lavadores de activos. En especial, los países asegurarse de contar con información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios que las autoridades competentes puedan obtener o a las que puedan acceder sin demora. Los países podrían considerar medidas que facilitan a las instituciones financieras el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control a efectos de que puedan cumplir con los requisitos de la Recomendación 5.

D. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

35. Los países deberían adoptar medidas inmediatas para ser parte y aplicar sin restricciones la Convención de Viena, la Convención de Palermo y la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo de 1999. Los países también son alentados a ratificar e implementar otras convenciones internacionales pertinentes, tales como la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo de capitales, investigación, incautación y decomiso de los

Productos del Delito, y la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002.

Asistencia legal mutua y extradición

- 36.** Los países deberían prestar, rápida, constructiva y efectivamente, la gama más amplia posible de asistencia legal mutua en relación con las investigaciones, procesos judiciales y procedimientos relacionados referidos al lavado de activos y financiamiento del terrorismo. En especial, los países:
- a) No deberían prohibir o imponer condiciones no razonables o indebidamente restrictivas sobre la prestación de asistencia legal mutua.
 - b) Deberían asegurarse de contar con procedimientos claros y eficientes para cumplir con los pedidos de asistencia legal mutua.
 - c) No deberían negarse a cumplir con los pedidos de asistencia legal mutua fundándose exclusivamente en que se considera que el delito también involucra cuestiones fiscales.
 - d) No deberían negarse a cumplir con un pedido de asistencia legal mutua fundándose en que las leyes exigen que las instituciones financieras mantengan el secreto o la confidencialidad.

Los países deberían asegurarse de que las facultades de sus autoridades competentes exigidas en la Recomendación 28 también puedan ser utilizadas en respuesta a los pedidos de asistencia legal mutua y, si fueran compatibles con sus sistemas nacionales, en respuesta a los pedidos directos formulados por autoridades extranjeras judiciales o garantes del cumplimiento de la ley a sus homólogas nacionales.

Para evitar conflictos de jurisdicción, se debería considerar la creación y aplicación de mecanismos para determinar cuál es la jurisdicción territorial más apropiada, en interés de la justicia, para enjuiciar a los acusados en aquellos casos en que estén sujetos a causas penales en más de un país.

- 37.** Los países deberían prestarse, en la mayor medida posible, asistencia legal mutua aún en ausencia de doble incriminación penal.

Cuando se requiera la doble incriminación penal para la asistencia legal mutua o para la extradición, dicho requisito debería considerarse cumplido sin tener en cuenta si ambos países ubican al delito dentro de la

misma categoría de delitos o si lo denominan con la misma terminología, siempre que ambos países tipifiquen la conducta subyacente del delito.

- 38*.** Debería existir la facultad de adoptar medidas rápidas en respuesta a los pedidos de otros países de identificación, congelamiento, embargo y decomiso de activos lavados, del producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente. También deberían existir acuerdos para coordinar el embargo y el decomiso del producto, que podrían incluir el compartir los activos decomisados.
- 39.** Los países deberían reconocer al lavado de activos como delito que puede dar lugar a extradición. Cada país debería, o bien extraditar a sus propios nacionales, o bien en aquellos países donde no proceda únicamente por razón de nacionalidad, ese país debería, a pedido del país que requiere la extradición, someter el caso sin demora indebida a sus autoridades competentes con el fin de que se inicien acciones judiciales por los delitos indicados en la solicitud. Dichas autoridades deberían tomar su decisión y llevar a cabo sus procedimientos de la misma manera que en el caso de cualquier otro delito de carácter grave bajo la legislación nacional de ese país. Los países involucrados deberían colaborar entre sí, especialmente en los aspectos de procedimientos y pruebas, para asegurar la eficiencia de dichas acciones judiciales.

Con sujeción a sus respectivos sistemas legales, los países pueden considerar la simplificación de la extradición permitiendo la transmisión directa de pedidos de extradición entre los ministerios apropiados, extraditando a personas sólo en base a órdenes de detención o sentencias, y/o introduciendo una extradición simplificada de personas que, por propia y libre voluntad, renuncian a los procedimientos de extradición formales.

Otras formas de cooperación

- 40*.** Los países deberían asegurarse de que sus autoridades competentes presten la gama más amplia posible de cooperación internacional a sus homólogas extranjeras. Debería existir una vía clara y efectiva para facilitar el intercambio inmediato y constructivo entre homólogas, ya sea espontáneamente o a pedido, de información relacionada tanto con el lavado de activos como con los delitos subyacentes en los que aquel se

funda. Se deberían permitir los intercambios sin condiciones indebidamente restrictivas. En particular:

- a) Las autoridades competentes no deberían rechazar una solicitud de asistencia fundándose solamente en que se considera que la solicitud también involucra cuestiones fiscales.
- b) Los países no deberían invocar leyes que requieran que las instituciones financieras mantengan el secreto o la confidencialidad como fundamento para rehusarse a cooperar.
- c) Las autoridades competentes deberían estar en condiciones de realizar indagatorias y, en los casos en que sea posible, investigaciones en representación de homólogas extranjeras.

Cuando la facultad de obtener la información por parte de una autoridad competente extranjera no esté dentro de las facultades de su homólogo, también se alienta a los países a que permitan un intercambio de información rápido y constructivo con otras autoridades. La cooperación con autoridades extranjeras que no sean homólogas podría darse directa o indirectamente. En caso de no se sepa con certeza cuál es la vía adecuada a seguir, las autoridades competentes deberían ponerse en contacto primero con sus homólogas extranjeras solicitando asistencia.

Los países deberían establecer controles y garantías para asegurar que la información intercambiada por las autoridades competentes se use sólo en la forma autorizada, compatible con sus obligaciones relacionadas con la privacidad y la protección de datos.

GLOSARIO

En las Recomendaciones se emplean las siguientes abreviaturas y referencias:

“Beneficiario final” se refiere a las personas físicas que son las propietarias finales o tienen el control final de un cliente y/o de la persona en cuyo nombre se realiza una operación. También comprende a aquellas personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o acuerdo legal.

“Principios Centrales” se refiere a los Principios Centrales para una Efectiva Supervisión Bancaria dictados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, los Objetivos y Principios para la Regulación de Valores

dictados por la Organización Internacional de Comisiones de Valores y los Principios para la Supervisión de Seguros dictados por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.

“Categorías establecidas de delitos” significa:

- participación en un grupo delictivo organizado y en asociados delictivos
- terrorismo, incluyendo el financiamiento del terrorismo
- tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes
- explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de niños
- tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
- tráfico ilegal de armas
- tráfico de mercancías robadas y otros bienes
- corrupción y soborno
- fraude
- falsificación de dinero
- falsificación y piratería de productos
- delitos ambientales
- homicidio, lesiones corporales graves
- secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes
- robo o hurto
- contrabando
- extorsión
- falsificación
- piratería
- uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado

En el momento de decidir la gama de delitos que quedarán comprendidos como delitos subyacentes en cualquiera de las categorías detalladas más arriba, cada país podrá decidir, de acuerdo con su legislación nacional, la forma en que tipificará dichos delitos y la naturaleza de los elementos particulares que pueden convertirlos en delitos graves.

“Actividades y profesiones no financieras designadas” significa:

- Casinos (que también incluye a los casinos por Internet)
- Agentes inmobiliarios
- Comerciantes de metales preciosos
- Comerciantes de piedras preciosas
- Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores o contables – se refiere a los profesionales que trabajan solos, en sociedad o empleados dentro de firmas de profesionales. No se propone referirse a los profesionales ‘internos’ que son empleados de otros tipos de emprendimientos ni a los profesionales que trabajan para agencias gubernamentales, que posiblemente ya estén sujetos a medidas que combatirían el lavado de activos.
- Proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos (trust), haciendo referencia a todas las personas o actividades que no quedan comprendidas en otra parte de estas Recomendaciones, y que, por su actividad, presten a terceros cualquiera de los siguientes servicios:
 - actuación como agente para la constitución de personas jurídicas;
 - actuación (o arreglo para que otra persona actúe) como director o secretario de una compañía, socio de una sociedad o desempeño de un cargo similar en relación con otras personas jurídicas;
 - Provisión de un domicilio registrado; domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo para una compañía, sociedad o cualquier otra persona jurídica o estructura jurídica;
 - actuación (o arreglo para que otra persona actúe) como fiduciario de un fideicomiso expreso;
 - actuación (o arreglo para que otra persona actúe) como accionista nominal por cuenta de otra persona.

“Umbral señalado” se refiere al monto indicado en las Notas Interpretativas.

“Instituciones Financieras” significa cualquier persona o entidad que lleva adelante como negocio una o más de las siguientes actividades u operaciones por cuenta o en nombre de un cliente:

1. Toma de depósitos y otros fondos reintegrables de terceros⁵
2. Préstamo⁶
3. Arrendamiento financiero o leasing⁷
4. La transferencia de dinero o valores⁸
5. Emisión y administración de medios de pago (por ejemplo, tarjetas de crédito y de débito, cheques, cheques de viajero, giros postales y giros bancarios, dinero electrónico)
6. Garantías y compromisos financieros
7. Compraventa de:
 - a) Instrumentos del mercado de dinero (cheques, letras, certificados de depósitos, derivados, etc.);
 - b) Moneda extranjera;
 - c) Instrumentos de canje, tasas de interés e índices;
 - d) Valores transferibles;
 - e) Negociación a futuro de productos primarios.
8. Participación en emisiones de valores y prestación de servicios financieros relacionados con esas emisiones.
9. Gestión de carteras individuales y colectivas.
10. Custodia y administración de efectivo o valores líquidos en nombre de terceros.
11. Otras formas de inversión, administración o gestión de fondos o de dinero en nombre de terceros.
12. Suscripción y colocación de seguros de vida y otros seguros relacionados con la inversión⁹

⁵ Esto también abarca a la banca privada.

⁶ Ello incluye, entre otras cosas: créditos personales; créditos hipotecarios; factoraje, con o sin recurso y financiamiento de operaciones comerciales.

⁷ Ello no abarca los acuerdos de arrendamiento financiero relacionados con bienes de consumo.

⁸ Ello se aplica a la actividad financiera tanto en el sector formal como el informal, por ejemplo, la actividad de remesas alternativas. Remitirse a la Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VI. No se aplica a ninguna persona física o jurídica que proporcione a las instituciones financieras únicamente sistemas de mensajes u otro tipo de soporte para la transmisión de fondos. Remitirse a la Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VII.

⁹ Ello se aplica tanto a las empresas de seguros como a los intermediarios de seguros (agentes y corredores).

13. Cambio de moneda y divisas.

Cuando una persona física o jurídica desarrolla una actividad financiera en forma ocasional o muy limitada (teniendo en cuenta criterios cuantitativos y absolutos), de modo que exista poco riesgo de que haya una actividad de lavado de activos, un país puede decidir que no es necesaria la aplicación de las medidas contra el lavado de activos, sea total o parcialmente.

En circunstancias estrictamente limitadas y justificadas, y en base a un riesgo comprobadamente bajo de lavado de activos, un país puede decidir no aplicar la totalidad o algunas de la Cuarenta Recomendaciones a algunas de las actividades financieras detalladas precedentemente.

“**UIF**” significa Unidad de Inteligencia Financiera.

“**Estructuras jurídicas**” se refiere a fideicomisos (trust) expresos u otras estructuras jurídicas similares.

“**Personas jurídicas**” se refiere a las sociedades por acciones, fundaciones, institutos <anstalt>, sociedades de personas o asociaciones, o cualquier otro organismo similar capaz de establecer una relación permanente como cliente con una institución financiera o capaz de tener propiedades de otro modo.

“**Cuentas de transferencias de pagos en otras plazas**” <payable through accounts> se refiere a cuentas de corresponsales que son usadas directamente por terceros para realizar operaciones comerciales por cuenta propia.

“**Personas Expuestas Políticamente**” (PEP) son los individuos que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas en un país extranjero, por ejemplo, Jefes de Estado o de un gobierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales, funcionarios importantes de partidos políticos. Las relaciones comerciales con los miembros de las familias o asociados cercanos de las PEP involucran riesgos en cuanto a la reputación similares a los de las mismas PEP. Esta definición no comprende a los personas de rango medio o más bajo de las categorías precitadas.

“**Banco pantalla**” significa una banco constituido en una país en el que no tiene presencia física y que no es filial de un grupo financiero regulado.

“**ROS**” se refiere a los reportes de operaciones sospechosas.

“**Supervisores**” se refiere a las autoridades competentes designadas responsables de asegurar el cumplimiento, por parte de las instituciones financieras, de los requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

“**Las Recomendaciones del GAFI**” se refieren a estas Recomendaciones y a las Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo del GAFI.

NOTAS INTERPRETATIVAS DE LAS CUARENTA RECOMENDACIONES

Generales

1. Las referencias que en este documento se hace a los “países” se deben considerar aplicables igualmente a “territorios” o “jurisdicciones”.
2. Las Recomendaciones 5-16 y 21-22 requieren que las instituciones financieras y las demás actividades y profesiones no financieras designadas deban realizar determinadas acciones. Estas referencias exigen que los países adopten medidas que obliguen a las instituciones financieras y las demás actividades y profesiones no financieras designadas a cumplir con cada Recomendación. Las obligaciones básicas de las Recomendaciones 5, 10 y 13 deberían incluirse en una ley o reglamentación, en tanto que los elementos más detallados de esas Recomendaciones así como las obligaciones previstas en otras Recomendaciones, podrían ser exigidos por ley o reglamentación o por algún otro medio coercitivo emitido por autoridad competente.
3. Cuando se hace referencia a que una institución financiera esté convencida con respecto a un asunto, esa institución debe ser capaz de justificar su evaluación a las autoridades competentes.
4. Para cumplir con las Recomendaciones 12 y 16 no es necesario que los países dicten leyes o reglamentaciones que se relacionen exclusivamente con abogados, notarios, contadores o contables y las demás actividades y profesiones no financieras designadas, en tanto estas actividades o profesiones estén incluidas en las leyes o reglamentaciones que cubren a las actividades subyacentes.

5. Las Notas Interpretativas aplicables a las instituciones financieras también son relevantes para las actividades y profesiones no financieras cuando corresponda.

Recomendaciones 5, 12 y 16

Los umbrales señalados para las operaciones (bajo las Recomendaciones 5 y 12) son los siguientes:

- Instituciones financieras (para clientes ocasionales conforme a la Recomendación 5) – U\$S/Euro 15.000.
- Casinos, incluidos los casinos por Internet (conforme a la Recomendación 12) – U\$S/Euro 3.000.
- Para comerciantes dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas, en el caso de operaciones en efectivo (conforme a la Recomendación 12 y 16) – U\$S/Euro 15.000.

Las operaciones financieras por encima del umbral señalado incluyen situaciones en las que la operación se lleva a cabo en una sola operación o en varias operaciones que parezcan relacionadas.

Recomendación 5

Debida diligencia respecto del cliente y advertencia

1. Si cuando se entabla relación con un cliente o en el curso de esa relación, o cuando se realizan operaciones ocasionales, una institución financiera sospecha que una operación se relaciona con el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, entonces la institución debería:
 - a) tratar de identificar y verificar normalmente la identidad del cliente y del beneficiario final, sea permanente u ocasional, y sin tener en cuenta cualquier exención u otro umbral señalado que pudiera aplicarse en otro caso.
 - b) Hacer un ROS a la UIF, de acuerdo con la Recomendación 13.
2. La Recomendación 14 prohíbe a las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados, difundir que un ROS o información relacionada ha sido reportada a la UIF. Existe el riesgo de que se advierta a los clientes, sin intención de hacerlo, cuando

la institución financiera está tratando de cumplir con sus obligaciones del procedimiento de debida diligencia respecto de sus clientes (DDC) en esas circunstancias. Si el cliente estuviera advertido de un ROS o investigación, se podrían comprometer los futuros esfuerzos de investigar la operación sospechada de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

3. Por lo tanto, si las instituciones financieras tuvieran una sospecha de que ciertas operaciones se relacionan con el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, deberían tomar en cuenta el riesgo de advertir al cliente cuando se está llevando a cabo el procedimiento de debida diligencia. Si la institución creyera razonablemente que llevando a cabo el procedimiento de DDC se advertirá al cliente o cliente potencial, podrá optar por no realizar ese procedimiento, y debería presentar un ROS. Las instituciones deberían asegurarse de que sus empleados sepan y estén sensibilizados a estas cuestiones cuando realizan una DDC.

DDC respecto de personas y estructuras jurídicas

4. Cuando se lleven a cabo los elementos a. y d. del procedimiento de debida diligencia en relación con personas jurídicas o estructuras jurídicas, las instituciones financieras deberían:
 - a) Verificar si una persona que supuestamente actúa en nombre del cliente está autorizada para hacerlo, e identificar a esa persona;
 - b) Identificar al cliente y verificar su identidad – los tipos de medidas que se necesitarían normalmente para cumplir satisfactoriamente con esta función demandarían obtener pruebas de su constitución u otra constancia similar de la situación legal de la persona jurídica o estructura jurídica, así como información relativa al nombre del cliente, los nombres de los fiduciarios, la forma legal, domicilio, directores y cláusulas relativas a la capacidad de obligar a la persona jurídica o estructura jurídica;
 - c) Identificar al beneficiario final, hasta llegar a comprender la estructura de propiedad y control y tomar medidas razonables para verificar la identidad de esas personas. Los tipos de medidas que se necesitarían normalmente para cumplir satisfactoriamente con esta función requieren identificar a las personas fisi-

cas que tengan una participación significativa o de control e identificar a las personas físicas que constituyen la cabeza y la gestión de la persona jurídica o estructura legal. Cuando el cliente o el propietario de la participación significativa o de control sea una sociedad anónima cuyos títulos se cotizan en bolsa, que por ley debe cumplir con requisitos de divulgación, no es necesario intentar identificar y verificar la identidad de ningún accionista de esa sociedad.

La información o los datos relevantes se podrán obtener de un registro público, del cliente o de otras fuentes confiables.

Confiabilidad de la identificación y verificación realizadas anteriormente.

5. Las medidas de DDC expuestas en la Recomendación 6 no implican que las instituciones financieras tengan que identificar y verificar repetidas veces la identidad de cada cliente cada vez que un cliente realiza una operación. Una institución puede usar confiadamente la información y verificación obtenidas en procedimientos efectuados anteriormente, salvo que tenga dudas acerca de la veracidad de esa información. Entre los ejemplos de situaciones que podrían generar tales dudas en una institución, se encuentran los casos en que surge una sospecha de lavado de activos en relación con ese cliente, o cuando se produce una variación importante en la forma en que se opera la cuenta de ese cliente que sea incompatible con el perfil comercial de este.

Oportunidad de la verificación

6. Entre los ejemplos de los tipos de circunstancias en las que se podría permitir que la verificación se complete después de establecida la relación comercial, porque sería esencial para no interrumpir el curso normal de la actividad, se incluyen los siguientes:
 - negocios que se hacen sin la presencia física de las partes;
 - operaciones en valores. En la industria de los valores, es posible que las compañías y los intermediarios se vean en la necesidad de realizar operaciones muy rápidamente, de acuerdo con las condiciones del mercado en el momento en que el cliente se pone en contacto con ellos y la realización de la operación puede

ser necesaria antes de que esté completa la verificación de la identidad.

- el negocio de los seguros de vida. En relación con el negocio de los seguros de vida, los países pueden permitir que la identificación y verificación del beneficiario de la póliza se termine después de haber establecido la relación comercial con el titular de la póliza. Sin embargo, en todos esos casos la identificación y verificación deberían hacerse para la fecha o antes de la fecha de pago o para la fecha en que el beneficiario se propone ejercer derechos adquiridos bajo la póliza.
7. También será necesario que las instituciones financieras adopten procedimientos en relación con la gestión de riesgos con respecto a las condiciones en las que un cliente puede utilizar la relación comercial antes de la verificación. Estos procedimientos deberían incluir un conjunto de medidas tales como limitar el número, los tipos y/o monto de las operaciones que se pueden realizar y la vigilancia de operaciones grandes o complejas que se lleven a cabo fuera de las normas previstas para ese tipo de relación. Las instituciones financieras deberían consultar el documento de Basilea sobre DDC¹⁰ (cláusula 2.2.6) para obtener una guía específica sobre ejemplos de medidas de gestión de riesgos para negocios que no implican la presencia física de las partes.

Requisito de identificación de los clientes existentes

8. Los principios establecidos en el documento de Basilea sobre DDC con respecto a la identificación de los clientes existentes debería servir como pauta para aplicar los procedimientos de debida diligencia respecto del cliente a instituciones dedicadas a la actividad bancaria. Y se podría aplicar a otras instituciones financieras en los casos que corresponda.

Medidas de DDC simplificadas o reducidas

¹⁰ “Documento de Basilea sobre DDC” se refiere al documento que contiene una guía sobre procedimientos de Debida diligencia respecto al cliente para Bancos emitida por el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria en octubre de 2001.

9. La regla general es que los clientes deben estar sujetos a toda la serie de medidas de DDC, incluyendo el requisito de identificar al beneficiario final. Sin perjuicio de ello, hay circunstancias en las que el riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo es menor, donde la identidad del cliente y del beneficiario final de un cliente es de dominio público, o cuando existen verificaciones y controles adecuados en otras áreas de los sistemas nacionales. En tales circunstancias sería razonable que un país permita que sus instituciones financieras apliquen medidas de DDC simplificadas o reducidas al identificar y verificar la identidad del cliente y del beneficiario final.
10. Entre los ejemplos en clientes a los que se les podrían aplicar medidas de DCC simplificadas o reducidas se encuentran los siguientes:
 - Instituciones financieras – cuando estén sujetas a requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo compatibles con las Recomendaciones de GAFI y estén supervisadas respecto del cumplimiento de esos controles.
 - Sociedades anónimas que cotizan sus títulos en bolsa y que por ley deben cumplir con requisitos de divulgación.
 - Administraciones o empresas del gobierno.
11. Las medidas de DDC simplificadas o reducidas también podrían aplicarse a los beneficiarios finales de cuentas agrupadas mantenidas por actividades o profesiones no financieras designadas, siempre que esas empresas comerciales o profesiones estén sujetas a requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo compatibles con las Recomendaciones del GAFI y estén sujetas a sistemas eficaces para vigilar y asegurar el cumplimiento de esos requisitos. Los bancos además deberían remitirse al documento de Basilea sobre DDC (cláusula 2.2.4), que establece una guía específica referente a situaciones en las que una institución que mantiene una cuenta puede delegar en un cliente que sea un intermediario financiero profesional para realizar el procedimiento de debida diligencia respecto de sus propios clientes (es decir, los beneficiarios finales de la cuenta bancaria). Cuando corresponda, el Documento sobre DDC también podrían brindar una guía en rela-

ción con cuentas similares que llevan otros tipos de instituciones financieras.

12. Las medidas de DDC simplificadas o reducidas también podrían ser aceptables para diversos tipos de productos u operaciones tales como las siguientes(sólo a título de ejemplo):
 - Pólizas de seguro de vida donde la prima anual no supera los USD/EURO 1.000 o una prima única de no más de USD/EURO 2.500.
 - Pólizas de seguro para planes de pensión si no hay cláusula de rescate y la póliza no se puede usar como garantía.
 - Un plan de pensión, jubilación o similar que prevea beneficios de retiro para los empleados, en los que los aportes se hacen por medio de deducciones de los salarios y las reglas del plan no permiten la cesión de la participación de un miembro bajo el plan.
13. Los países también podrían decidir si las instituciones financieras deberían aplicar estas medidas simplificadas solamente a los clientes de su propio país o permitirles aplicarlas a clientes de cualquier otro país que el país original considere que esté cumpliendo y ha implementado efectivamente las Recomendaciones de GAFI.

Las medidas de DDC simplificadas no son aceptables en los casos en que se sospeche lavado de activos o financiamiento del terrorismo o a los que se apliquen escenarios de mayor riesgo específico.

Recomendación 6

Se alienta a los países a hacer extensivos los requisitos de la Recomendación 6 a las personas que ocupen funciones públicas destacadas en su propio país.

Recomendación 9

Esta Recomendación no se aplica a las relaciones de tercerización o agencia.

Esta Recomendación tampoco se aplica a las relaciones, cuentas u operaciones entre instituciones financieras para sus clientes. Esas relaciones se contemplan en las Recomendaciones 5 y 7.

Recomendaciones 10 y 11

En relación con el negocio de seguros, se debe entender que la palabra “operación” se refiere al producto seguro en sí mismo, el pago de la prima y los beneficios.

Recomendación 13

1. La referencia a actividad delictiva que aparece en la Recomendación 13 atañe a:
 - a) todos los actos delictivos que pudieran constituir un delito subyacente respecto del lavado de activos en el país, o
 - b) como mínimo, a aquellos delitos que constituirían un delito subyacente de acuerdo con lo requerido por la Recomendación 1.

Se alienta enfáticamente a los países a que adopten la alternativa (a). Todas las operaciones sospechosas, incluyendo los intentos de operaciones, deberían ser reportadas cualquiera sea el monto de la operación.

2. Al implementar la Recomendación 13, las instituciones financieras deberían reportar las operaciones sospechosas sin tener en cuenta si se piensa que también involucran cuestiones fiscales. Los países deberían tomar en cuenta que, para desalentar a instituciones financieras de reportar una operación sospechosa, quienes se dedican al lavado de activos pueden aducir, entre otras cosas, que sus operaciones están relacionadas con cuestiones fiscales.

Recomendación 14 (advertencia)

Cuando los abogados, notarios, otras profesionales jurídicos independientes, y contadores o contables que actúen como profesionales legales independientes traten de disuadir a un cliente de dedicarse a actividades ilícitas, esto no cuenta como advertencia.

Recomendación 15

El tipo y alcance de medidas a tomar respecto de cada requisito establecido en la Recomendación deberían ser los apropiados teniendo en cuenta el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y el volumen del negocio.

Para las instituciones financieras, los dispositivos respecto de la gestión del cumplimiento deberían incluir la designación de un funcionario de cumplimiento con nivel gerencial.

Recomendación 16

1. Corresponde a cada país determinar las cuestiones que deberían considerarse como privilegio profesional legal o secreto profesional. Normalmente esto cubriría la información que los abogados, notarios o profesionales jurídicos reciben de sus clientes o a través de ellos: (a) en el curso de la determinación de la posición legal de su cliente; o (b) en la tarea de defender o representar a ese cliente en algún procedimiento judicial, administrativo, de arbitraje o mediación o con relación al mismo. En los casos en que los contadores o contables estén sujetos a la misma obligación de secreto o privilegio, tampoco se les exigirá que reporten operaciones sospechosas.
2. Los países pueden permitir que sus abogados, notarios, profesionales jurídicos independientes, y contadores o contables, envíen sus ROS a un órgano de autorregulación apropiado, siempre que haya formas de cooperación apropiadas entre estos órganos y la UIF.

Recomendación 19

1. Para facilitar la detección y vigilancia de operaciones en efectivo, sin impedir en modo alguno el libre movimiento de capitales, los miembros podrían considerar la posibilidad de someter a todas las transferencias transfronterizas que estén por encima de un umbral dado, a requisitos de verificación, vigilancia administrativa, declaración o registro.
2. Si un país descubriera un embarque internacional inusual de moneda, instrumentos monetarios, metales preciosos o gemas, etc., debería considerar notificarlo, según corresponda, al Servicio de Aduanas o a otras autoridades competentes de los países en los que se originó y/o al que estaba destinado el embarque, y debería cooperar a los efectos de determinar la fuente, el destino y propósito de ese embarque, y para emprender las acciones apropiadas.

Recomendación 23

No debe entenderse que la Recomendación 23 pretende que se introduzca un sistema de revisión periódica de las licencias de las participaciones mayoritarias de las instituciones financieras simplemente por motivos de lavado de activos, sino que enfatiza la conveniencia de examinar si los accionistas con el control de instituciones financieras (bancarias y no bancarias en particular) son adecuados desde el punto de vista del GAFI. En consecuencia, en los casos en que existan pruebas para verificar que los accionistas son adecuados (o “aptos y apropiados”), los supervisores deberían atender a su relevancia a los efectos del lavado de activos.

Recomendación 25

Al considerar la retroalimentación que se debe brindar, los países deberían tener en cuenta las Pautas del GAFI sobre Mejores Prácticas para Proporcionar Retroalimentación a las Instituciones Financieras y Otras Personas Denunciantes.

Recomendación 26

Cuando un país haya creado una UIF, debería considerar solicitar ser miembro del Grupo Egmont. Los países deberían tener en cuenta la Declaración de Objetivos del Grupo Egmont, y sus Principios para el Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera para casos de lavado de activos. Estos documentos establecen pautas importantes referentes al rol y a las funciones de la UIF y los mecanismos para el intercambio entre las UIF.

Recomendación 27

Los países deberían considerar la adopción de medidas, inclusive legales, a nivel nacional, que permitan a sus autoridades competentes que investigan casos de lavado de activos postergar o renunciar al arresto de sospechosos y/o embargo del dinero con el propósito de identificar a las personas involucradas en esas actividades o para reunir pruebas. Sin esas medidas se impide el uso de procedimientos tales como entrega vigilada y operaciones encubiertas.

Recomendación 38

Los países deberían considerar:

- a) Establecer en sus respectivos países un fondo de decomiso de activos para depositar en él la totalidad o parte de los bienes decomisados, los que se utilizarán para garantizar el cumplimiento de la ley, salud, educación u otros fines adecuados;
- b) Adoptar las medidas necesarias que les permitan compartir con otros países los bienes decomisados, en especial cuando el decomiso sea resultado directo o indirecto de un esfuerzo de acciones policiales coordinadas.

Recomendación 40

1. A los efectos de esta Recomendación:
 - “Homólogas” se refiere a las autoridades que ejercen responsabilidades y funciones similares.
 - “Autoridad competente” se refiere a todas las autoridades administrativas y garantes del cumplimiento de la ley involucradas en la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo a la UIF y a los supervisores.
2. Según el tipo de autoridad competente involucrada y la naturaleza y el propósito de la cooperación, pueden ser apropiados distintos canales para el intercambio de información. Entre los ejemplos de mecanismos o canales que se usan para intercambiar información se encuentran los siguientes: convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales, memorandos de entendimientos, intercambios con base en la reciprocidad, o por intermedio de los organismos internacionales o regionales apropiados. Sin embargo, esta Recomendación no tiene por objeto abarcar la cooperación en relación con la asistencia legal mutua o la extradición.
3. La referencia al intercambio indirecto de información con autoridades extranjeras que no sean homólogas abarca las situaciones en que la información solicitada pasa de la autoridad extranjera a través de una o más autoridades nacionales o extranjeras antes de que la reciba la autoridad solicitante. La autoridad competente que solicita la información siempre debe aclarar cuál es el propósito y en nombre de quién se la solicita.
4. Las UIF deberían estar capacitadas para hacer consultas en nombre de homólogas extranjeras cuando sea pertinente para el análisis de operaciones financieras. Como mínimo, las consultas deberían incluir:

- Búsqueda en sus propias bases de datos, las que deberían incluir información relacionada con reportes de operaciones sospechosas.
- Búsqueda en otras bases de datos a las que tengan acceso directo o indirecto, incluyendo bases de datos de autoridades garantes del cumplimiento de la ley, bases de datos públicas, bases de datos administrativas y bases de datos disponibles comercialmente.

Cuando les esté permitido, las UIF también deberían ponerse en contacto con otras autoridades competentes e instituciones financieras para obtener información relevante.

Las Nueve Recomendaciones Especiales Contra el Financiamiento del Terrorismo

I. Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas.

Todos los países deben dar pasos inmediatos para ratificar y ejecutar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas de 1999 para la Eliminación del Financiamiento del Terrorismo.

Los países deben también poner en práctica de forma inmediata las resoluciones de las Naciones Unidas relacionadas con la prevención y eliminación del financiamiento de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

II. Tipificación del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero asociado.

Todos los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deben asegurar que estos delitos sean designados como delitos precedentes del lavado de dinero.

III. Congelamiento y decomiso de activos terroristas.

Los países deben poner en práctica medidas para congelar, sin demora alguna, los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financian el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relacionadas con la prevención y eliminación del financiamiento de los actos terroristas.

Los países deben también adoptar y ejecutar medidas, incluyendo medidas legislativas, que les permitan a las autoridades competentes capturar y confiscar la propiedad que constituye el activo de, o que ha sido utilizada en, o que se pretende utilizar o está destinada para ser utilizada en, el financiamiento del terrorismo, de actos terroristas o de organizaciones terroristas.

IV. Reporte de transacciones sospechosas relacionadas con el terrorismo.

Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones contra el lavado de dinero, sospechan o tienen argumentos razonables para sospechar que los fondos están ligados o relacionados con, o van a ser utilizados para el terrorismo, actos terroristas o por organizaciones terroristas, a estas debe exigírseles que reporten con premura sus sospechas a las autoridades competentes.

V. Cooperación internacional.

Los países deben permitirle a los demás países, sobre la base de un tratado, acuerdo u otro mecanismo para la prestación de ayuda legal mutua o intercambio de información, la mayor ayuda posible con respecto a la ejecución penal, civil e investigaciones administrativas, pesquisas y procedimientos relacionados con el financiamiento del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas.

Los países deben también tomar todas las medidas posibles para asegurar que no ofrezcan paraísos seguros para individuos acusados de financiar el terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, y deben tener establecidos procedimientos para extraditar a tales individuos, cuando sea posible.

VI. Sistemas alternativos de envíos de fondos.

Los países deben tomar medidas para asegurar que las personas naturales o jurídicas, incluyendo a los agentes, que prestan un servicio para la transmisión de dinero o valor, incluyendo la transmisión a través de un sistema o red informal de transferencia de dinero o valor, reciban licencia o sean registrados y estén sujetos a todas las Recomendaciones del GAFI que se apliquen a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que las personas o entidades legales que lleven a cabo este servicio ilícitamente estén sujetas a sanciones administrativas, civiles o penales.

VII. Transferencias electrónicas.

Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a los que envían dinero, que incorporen información precisa y significativa del autor (nombre, dirección y número de la cuenta) sobre las transferencias de fondos y los mensajes relacionados enviados, y la información debe permanecer con la transferencia o mensaje relacionado a través de la cadena de pago.

Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a los que envían dinero, lleven a cabo una investigación más profunda y un control más severo de las transferencias de fondos sospechosas que no estén acompañadas por una información completa sobre el autor (nombre, dirección y número de la cuenta).

VIII. Organizaciones sin fines de lucro.

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidas a entidades que pueden ser utilizadas para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

- (i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;
- (ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
- (iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

IX. Correos de efectivo (cash courriers)

Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación.

Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados.

Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberían adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarían el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos.

MODELO SOBRE DELITOS DE LAVADO RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, Y OTROS DELITOS GRAVES

Artículo 1. *Definiciones*

Salvo indicación expresa en contrario, las siguientes definiciones se aplicarán con exclusividad a todo el texto del presente reglamento:

Por “actividades delictivas graves” se refiere a delitos determinados por la legislación de cada estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo¹, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión; corrupción y fraude”.

Por "bienes" se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Por "Convención" se entiende la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988 y que entro en vigor el 11 de noviembre de 1990.

Por "decomiso" se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o autoridad competente.

Por "embargo preventivo" o "incautación" se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente.

¹ Ver Anexo II

Por "instrumentos" se entiende las cosas utilizadas o destinadas a ser utilizadas o respecto a las que hay intención de utilizar de cualquier manera para el lavado de activos u otra actividad delictiva grave.

Por "persona" se entiende a todos los entes naturales o jurídicos susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, tales como una corporación, una sociedad colectiva, un fideicomiso, una sucesión, una sociedad anónima, una asociación, un sindicato financiero, una empresa conjunta u otra entidad o grupo no registrado como sociedad.

Por "producto" o "productos", se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de una actividad delictiva grave.

Por "sustancias químicas" se entiende las sustancias que se utilizan en la producción, fabricación, preparación o extracción ilícitas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos semejantes.

Por "tráfico ilícito" se entiende los delitos enunciados en la Convención y en el presente Reglamento.

Artículo 2. *Delitos de Lavado de Activos*

1. Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber² o con ignorancia intencional³ que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.

2. Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.

3. Comete delito penal la persona que oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.

4. Comete delito penal, la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este Artículo, la asociación o la confabulación

² "Debiendo saber" se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros esta por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico.

³ "Ignorancia intencional" se interpreta en este Reglamento Modelo como dolo eventual (solo se aplica a la versión en castellano)

para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

5. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades delictivas graves, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

6. Los delitos mencionados en este Artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, **no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave.**

7. La persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos.”

8. Incurrir también en delito el que por culpa realice las conductas previstas en los numerales 1, 2 y en el 3 en lo que respecta al impedimento de la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes.⁴

Artículo 3. *Financiamiento del Terrorismo*

1. Comete delito penal la persona que, de cualquier forma, directa o indirectamente, recolecta, ofrece, pone a disposición, provee o entrega bienes o servicios con la intención de, o a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los bienes o servicios serán utilizados en todo o en parte para favorecer, facilitar, promover o cometer actos de terrorismo o favorecer, facilitar o promover organizaciones terroristas⁵.

Constituyen circunstancias agravantes:

- a) Que se ofrezca recompensa o se recompense la comisión de cualquier acto terrorista con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales.

⁴ Esta disposición ha sido incluida como un delito diferente de acuerdo a los requisitos de aquellos estados que tienen un sistema penal europeo continental

⁵ Si el ordenamiento jurídico interno lo permite, los países miembros podrán considerar como indicio o presunción de la comisión del delito previsto en este Artículo que el beneficiario de los bienes o servicios es una persona incluida en las listas mencionadas en el Art. 8

- b) Que se ofrezca compensación o se compense a terceros por la muerte o lesiones de la persona que comete o participa en un acto terrorista o que esta en prisión como resultado de dicho acto.
- c) *Que quien incurre en cualquiera de las conductas descritas en el inciso 1 de este Artículo tenga la calidad de funcionario público.*

2. Comete delito la persona que participe, se asocie, conspire, intente, ayude, facilite, organice, dirija a otros a cometer, asesore o incite en forma pública o privada la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en este Artículo, o quien ayude a una persona que haya participado en dichos delitos a evadir las consecuencias jurídicas de sus actos.

3. Las conductas descritas en este Artículo constituirán un delito penal aun cuando los actos terroristas no hayan sido realizados o la asistencia a los terroristas no haya sido brindada.

4. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades terroristas, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

5. Los bienes recolectados, ofrecidos, puestos a disposición, proveídos o entregados en la comisión de uno de los delitos referidos en este Artículo se consideraran producto del delito y los bienes que fueran utilizados para su comisión, se consideraran los instrumentos del mismo.

Artículo 4. Competencia

Los delitos tipificados en el Artículo 2 serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente independientemente de que el delito de tráfico ilícito o el delito grave haya ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición cuando proceda conforme a derecho.

Artículo 5. Técnicas Especiales de Investigación

Para seguir una investigación eficaz contra el lavado de dinero, actividades delictivas graves y para fines de decomiso, se debe desarrollar y utilizar técnicas especiales de investigación, tales como la escucha telefónica, agentes encubiertos, informantes, entrega vigilada y cualquier otra técnica regulada en la ley interna, en aplicación de las convencio-

nes internacionales relacionadas con la materia.⁶**Artículo 6. Medidas cautelares sobre los bienes, productos o instrumentos**

Conforme a derecho, el tribunal o la autoridad competente dictará, en cualquier momento, sin notificación ni audiencia previas, una orden de incautación o embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados con el lavado de activos o actividades delictivas graves, para su eventual decomiso.

Artículo 7. Administración de bienes incautados

- 1. Una autoridad administrativa especializada será designada como responsable de la administración, inventario y la razonable preservación del valor económico de los bienes que hayan sido objeto de medidas cautelares de acuerdo con el Artículo 6.**
- 2. Los bienes que hayan sido objeto de medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición y bajo la responsabilidad de la autoridad administrativa especializada.**
- 3. Para cumplir con su obligación de preservar razonablemente el valor económico de los bienes objeto de medidas cautelares, así como de sus ingresos, rendimientos u otros beneficios, y en uso de sus facultades de administración, la autoridad administrativa especializada podrá realizar todos los actos o contratos que considere necesarios a este propósito, de acuerdo a su ordenamiento jurídico.**
- 4. La Autoridad administrativa especializada podrá ordenar la enajenación de aquellos bienes perecederos, susceptibles de próximo deterioro; de aquellos cuya conservación, o administración resulte excesivamente onerosa; y de aquellos bienes cuya conservación determina una significativa disminución de su valor.**

⁶ Tratados contemplados por este Artículo son la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción.

5. En caso de enajenación de los bienes incautados, el producto de la misma deberá ser depositado y conservado en un fondo especial que garantice la razonable preservación de su valor económico hasta el momento en que se produzca una decisión judicial definitiva. Los ingresos, rendimientos u otros beneficios que provengan del valor depositado, deberán acompañar el destino legalmente previsto para el bien.
6. Los bienes incautados que estén bajo la administración de la Autoridad administrativa especializada no serán utilizados.

Excepcionalmente, cuando no fuese posible su liquidación anticipada, o ésta fuese perjudicial para los intereses del Estado, dichos bienes podrán ser destinados para su uso provisional, de acuerdo con el orden jurídico interno. Tal uso será regulado por una norma jurídica que establezca:

- a. *Las categorías de bienes incautados que podrán ser destinados a uso provisional bajo la responsabilidad del Estado;*
- b. *Los límites temporales del uso provisional;*
- c. *Las instituciones que podrán solicitar a la autoridad administrativa especializada el uso provisional;*
- d. *Los fines o propósitos específicos para los cuales tal uso será permitido;*
- e. *Los mecanismos de control adecuados, para el cumplimiento de dichos fines; y,*
- f. *La protección de derechos del imputado o de terceros afectados.*

En estos casos la autoridad administrativa especializada deberá establecer las responsabilidades de la entidad destinataria de los bienes, en lo que respecta a su uso, conservación, y la razonable preservación de su valor económico.

El ordenamiento jurídico interno también podrá determinar no establecer excepción alguna que permita el uso provisional de bienes incautados.

Artículo 8. *Procedimientos a seguir en transacciones que involucren bienes del terrorismo*

- 1) La institución financiera informará sin dilación alguna a la autoridad nacional competente la existencia de bienes o servicios vinculados a personas incluidas en las listas⁷ elaboradas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, o por cualquiera otra organización internacional de la cual el país sea miembro, de organizaciones terroristas, individuos o entidades asociadas o que pertenecen a las mismas. La obligación de informar dependerá de que la inclusión en la lista haya sido aceptada por la autoridad competente.
- 2) Si el ordenamiento jurídico interno así lo permite, la institución financiera también informará de la existencia de bienes o servicios vinculados a una persona que haya sido incluida en la lista de individuos o entidades asociadas o que pertenecen a organizaciones terroristas elaborada por una autoridad nacional o extranjera no judicial, o quien ha sido sometida a proceso o condenada por cometer actos de terrorismo.
- 3) Conforme a derecho, la institución financiera al detectar los bienes o los servicios e informar a la autoridad competente no realizará operaciones que involucren los bienes y los servicios hasta recibir instrucciones de dicha autoridad, lo que no podrá exceder del máximo de tiempo legal establecido.
- 4) Conforme a derecho, la autoridad competente tomará las medidas necesarias para bloquear inmediatamente los bienes o servicios de las personas mencionadas en este Artículo sin notificación ni audiencia previa, y dictara instrucciones para retener o en su caso permitir el flujo de los bienes o servicios de dichas personas.
- 5) Las instituciones financieras prestarán especial y permanente atención a la detección de bienes y servicios y transacciones de las personas incluidas en las listas mencionadas precedentemente e informarán sobre las mismas a las autoridades competentes de acuerdo a los procedimientos establecidos en este Reglamento.
- 6) Con excepción de lo previsto en el Artículo 20 o en otra disposición concordante de este Reglamento las instituciones financieras, sus empleados, funcionarios, directores propietarios y otros representantes autorizados estarán exentos de cualquier tipo de responsabilidad penal,

⁷ Se refiere a la lista elaborada por el Comité creado en virtud de la resolución 1267 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas u a otras que, en el futuro, sean elaboradas conforme a las resoluciones emitidas por dicho órgano.

civil o administrativa por el cumplimiento de las disposiciones precedentes, cuando hayan actuado de buena fe.

- 7) Las medidas anteriores se aplicaran sin perjuicio del derecho de la persona incluida en la lista a solicitar su exclusión de la misma de acuerdo a los procedimientos legales internos.
- 8) Cualquier persona con un interés legítimo sobre bienes retenidos o inmovilizados conforme a lo preceptuado en este Artículo podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que disponga la liberación de los mismos si acredita que no tiene relación alguna con la o las personas referidas en el numeral primero.

Artículo 9. *Decomiso de bienes, productos o instrumentos*

1. Cuando una persona sea condenada por un delito de lavado de activos, **financiamiento del terrorismo**, u otro incluido en la definición de actividades delictivas graves, el tribunal o la autoridad competente ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho.

2. **Cuando por las circunstancias objetivas del caso el tribunal o la autoridad competente infiera razonablemente el origen o el destino ilícito de bienes e instrumentos, también ordenará su decomiso en la sentencia de condena, salvo que el condenado haya demostrado la procedencia lícita de los mismos.**

Se considerarán circunstancias objetivas del caso, entre otras, las referidas al tiempo o modo de adquisición; aspectos personales o económicos del condenado; su giro de actividad u otras que se entiendan relevantes.

3. Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos mencionados en **este Artículo**, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieran ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor.

Artículo 10. *De los terceros de buena fe*

1. Las medidas y sanciones a que se refieren los Artículos 6 y 9 se aplicarán sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

2. Conforme a derecho, se efectuará la debida notificación a fin de que se

presenten a hacer valer sus derechos todos aquéllos que pudieran alegar un interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos.

3. La falta de buena fe del tercero podrá inferirse a juicio del tribunal o autoridad competente, de las circunstancias objetivas del caso.

4. Conforme a derecho, el tribunal o autoridad competente dispondrá la devolución al reclamante de los bienes, productos o instrumentos cuando se haya acreditado y concluido que:

- a) el reclamante tiene un interés jurídico legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos;
- b) Al reclamante no puede imputársele ningún tipo de participación, colusión o implicancia con respecto a un delito de tráfico ilícito u otro delito grave, objeto del proceso;
- c) El reclamante desconocía, sin ignorancia intencional, el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos, o bien teniendo conocimiento, no consintió voluntariamente al uso ilegal de los mismos;
- d) el reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada en circunstancias que llevaran razonablemente a concluir que el derecho sobre aquéllos le fue transferido a los efectos de evitar el eventual decomiso posterior de los mismos; y
- e) el reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.

Artículo 11. *Destino de los bienes, productos o instrumentos decomisados*

Toda vez que se decomisen bienes, productos o instrumentos conforme al Artículo 9, que no deban ser destruidos ni resulten perjudiciales para la población, el tribunal o la autoridad competente podrá, conforme a derecho:

- a) Retenerlos para uso oficial o transferirlos a cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en la incautación o embargo preventivo o decomiso de los mismos;
- b) Venderlos y transferir el producto de esa enajenación a cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en su incautación o embargo preventivo o decomiso. Podrá también depositarlos en el Fondo Especial previsto en el Programa de Acción de Río de Janeiro o en otros, para el uso de las autoridades competentes

en la lucha contra el tráfico ilícito, la fiscalización, la prevención del uso indebido de drogas, el tratamiento, rehabilitación o reinserción social de los afectados por el consumo:

- c) Transferir los bienes, productos o instrumentos, o el producto de su venta, a cualquier entidad privada dedicada a la prevención del uso indebido de drogas, el tratamiento, la rehabilitación o la reinserción social de los afectados por su consumo;
- d) Facilitar que los bienes decomisados o el producto de su venta se dividan, de acuerdo a la participación, entre los países que faciliten o participen en los procesos de investigación y juzgamiento que conduzcan a la aplicación de dichas medidas;
- e) Transferir el objeto del decomiso o el producto de su venta a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito, la fiscalización, la prevención del uso indebido de drogas, el tratamiento, rehabilitación o reinserción social de los afectados por el consumo o;
- f) Promover y facilitar la creación de un fondo nacional que administre los bienes decomisados y autorizar su utilización o destinación para apoyar los programas de procuración de justicia, entrenamiento y de lucha contra el tráfico ilícito de drogas tanto de prevención y represión del delito, así como programas sociales relacionados con educación, salud y otros propósitos determinados por cada gobierno.

Artículo 12. *Bienes, productos o instrumentos de delitos cometidos en el extranjero*

Conforme a derecho, el tribunal o autoridad competente podrá ordenar la incautación o embargo preventivo o decomiso de bienes, productos o instrumentos situados en su jurisdicción territorial que estén relacionados con un delito de lavado de activos o actividades delictivas graves contrarias a las leyes de otro país, cuando las mismas, de haberse cometido en su jurisdicción, también fuesen consideradas como tales.

Artículo 13. *Unidad para la recopilación, análisis y el intercambio de información*

Conforme a derecho, cada Estado miembro creará o designará un organismo central, cuyo cometido será recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes los informes referidos a las transacciones financie-

ras a que refiere este Reglamento, cuando las mismas involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud.

Para la instauración o designación del organismo a que se refiere el inciso anterior, se consideraran las características contenidas en el Anexo I al presente Reglamento.

Artículo 14. *De las instituciones y actividades financieras*

1. A los efectos de este Reglamento son consideradas instituciones financieras, entre otras, las siguientes:

- a) banco comercial, compañía fiduciaria, asociación de ahorro y crédito, asociación de construcción y crédito, banco de ahorro, banco industrial, cooperativa de crédito, u otra institución o establecimiento de ahorro autorizado por la legislación bancaria interna, sean de propiedad pública, privada o mixta;
- b) cualquier entidad que preste servicios financieros internacionales ('offshore');
- c) casa de corretaje o de intermediación en la negociación de valores o de inversiones o ventas a futuro;
- d) casa de intermediación en la venta de divisas o casa de cambio;

2. Asimismo, se asimilarán a las instituciones financieras las personas que realicen, entre otras, las siguientes actividades:

- a) operaciones sistemáticas o sustanciales de canje de cheques;
- b) operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o rescate de cheques de viajero o giro postal o la emisión de tarjetas de crédito o débito y otros instrumentos similares;
- c) Transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos o valores, incluyendo aquellas a través de redes o sistemas informales, y cualquier otra transacción que tenga ese resultado
- d) cualquier otra actividad sujeta a supervisión por las respectivas autoridades competentes.

3. Cada una de las instituciones financieras referidas en este Artículo serán autorizadas, registradas y supervisadas por las autoridades competentes correspondientes de cada país.

Artículo 15. *Registro de las instituciones financieras*

Cada una de las instituciones financieras referidas en el Artículo 14 deberán presentarse ante las autoridades competentes de cada país para ser autorizadas, registradas o licenciadas y supervisadas conforme a derecho.

Artículo 16. *Identificación de los clientes y mantenimiento de registros*

1. Las instituciones financieras deberán mantener cuentas nominativas. No podrán abrir ni mantener cuentas anónimas ni cuentas que figuren bajo nombres ficticios o inexactos.

2. Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carné de conducir, contratos sociales y estatutos, además de los documentos que acrediten fehacientemente su existencia legal y las facultades de sus representantes o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, desde el inicio y durante las relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

3. Las instituciones financieras deberán adoptar medidas razonables para obtener, actualizar y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio.

4. Las instituciones financieras deberán mantener y actualizar durante la vigencia de la relación comercial, y por lo menos cinco años a partir de la finalización de la transacción, registros de la información y documentación requeridas en este Artículo en un expediente de fácil acceso y disponibilidad.

5. Las instituciones financieras deberán mantener los registros de la identidad de sus clientes, archivos de cuentas y correspondencia comercial según lo determine la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después que la cuenta haya sido cerrada.

6. Las instituciones financieras deberán mantener además registros que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después de la conclusión de la transacción.

7. Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a las mismas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago.

Artículo 17. *Disponibilidad de Registros*

1. Conforme a derecho, las instituciones financieras deberán cumplir prontamente y dentro del plazo que se determine, las solicitudes de información que les dirijan las autoridades competentes, especialmente la mencionada en el Artículo 13 de este Reglamento, con relación a la información y documentación a que se refiere el Artículo anterior, a fin de ser utilizadas en investigaciones y procesos criminales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo o a violaciones de las disposiciones de este Reglamento. Las instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales, el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente.

2. Conforme a derecho, las autoridades competentes, especialmente la mencionada en el Artículo 13 de este Reglamento, compartirán con otras autoridades competentes nacionales dicha información, cuando se relacionen con un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, o a violaciones de las disposiciones de este Reglamento. Las autoridades competentes tratarán como reservada la información a la que se refiere este Artículo, salvo en la medida en que dicha información sea necesaria en investigaciones y procesos criminales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, o a violaciones de otras disposiciones de este Reglamento.

3. Conforme a derecho, las autoridades competentes, especialmente la mencionada en el Artículo 13 de este Reglamento, podrán compartir dicha

información con las autoridades competentes de otros países.⁸

Artículo 18. *Registro y notificación de transacciones en efectivo*

1. Toda institución financiera deberá registrar en un formulario diseñado por la autoridad competente cada transacción en efectivo en moneda nacional o extranjera que supere determinado monto, de conformidad con lo dispuesto por aquélla.

2. Los formularios a que se refiere el numeral anterior deberá contener, por lo menos, en relación con cada transacción, los siguientes datos:

- a) la identidad, la firma y la dirección de la persona que físicamente realiza la transacción
- b) la identidad y la dirección de la persona en cuyo nombre se realiza la transacción:
- c) la identidad y la dirección del beneficiario o destinatario de la transacción, si la hubiere;
- d) la identidad de las cuentas afectadas por la transacción, si existen;
- e) el tipo de transacción de que se trata, tales como depósitos, retiro de fondos, cambio de moneda, cobro de cheques, compras de cheques certificados o cheques de cajero, u ordenes de pago u otros pagos o transferencias efectuadas por o a través de, la institución financiera;
- f) la identidad, y la ubicación de la institución financiera en que se realiza la transacción; y
- g) la fecha, la hora y el monto de la transacción.

3. Dicho registro será llevado en forma precisa y completa por la institución financiera en el día que se realice la transacción y se conservará durante el término de cinco años a partir de la fecha de la misma.

4. Las transacciones múltiples en efectivo, tanto en moneda nacional como extranjera que en su conjunto superen determinado monto, serán consideradas como una transacción única si son realizadas por o en beneficio de determinada persona durante un día, o en cualquier otro plazo que fije la autoridad competente. En tal caso, cuando la institución financiera, sus empleados, funcionarios o agentes tengan conocimiento de estas transacciones, deberán efectuar el registro en el formulario que determine la autoridad competente.

⁸ Ver modelo de Memorando de Entendimiento a estos efectos en el Anexo I parte B

5. En las transacciones realizadas por cuenta propia entre las instituciones financieras definidas en el Artículo 14, numeral 1, inciso (a) que están sujetas a supervisión por las autoridades bancarias o financieras nacionales, no se requerirá el registro en el formulario referido en este Artículo.

6. Conforme a derecho, dichos registros deberán estar a disposición del tribunal o autoridad competente, especialmente a la mencionada en el Artículo 13 de este Reglamento, para su uso en investigaciones y procesos criminales, civiles o administrativos, según corresponda, con respecto a un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, o a violaciones de otras disposiciones de este Reglamento.

7. Cuando lo estime conveniente, la autoridad competente podrá establecer que las instituciones financieras le presenten dentro del plazo que ella fije, el formulario previsto en los numerales 1, 2 y 3 de este Artículo. El formulario servirá como elemento de prueba o como informe oficial y se utilizará para los mismos fines señalados en el numeral 6 de este Artículo.

8. Las instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales, el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente, especialmente la mencionada en el Artículo 13.

Artículo 19. *Comunicación de transacciones financieras sospechosas*

1. Las instituciones financieras prestarán especial atención a todas las transacciones, efectuadas o no, complejas, insólitas, significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico o legal evidente.

2. Al sospechar que las transacciones descritas en el numeral 1 de este Artículo pudieran constituir o estar relacionadas con un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, las instituciones financieras deberán comunicarlo inmediatamente a las autoridades competentes, especialmente a la mencionada en el Artículo 13 de este Reglamento.

3. Las instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales, el hecho de que una información ha sido

solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente, especialmente la mencionada en el Artículo 13.

4. Cuando la comunicación a que se refiere el numeral 2 de este Artículo se efectúe de buena fe, las instituciones financieras y sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados por la legislación, estarán exentos de responsabilidad penal, civil y administrativa, por el cumplimiento de este Artículo o por la revelación de información cuya restricción esté establecida por contrato o emane de cualquier otra disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, cualquiera sea el resultado de la comunicación.

Artículo 20. *Responsabilidades de las instituciones financieras*

1. Las instituciones financieras, o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, estarán sujetos a las sanciones más severas.

2. Las instituciones financieras serán responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Esa responsabilidad puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

3. Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8 y 16 a 19 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados Artículos.

4. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiera corresponderle en relación con los delitos de tráfico ilícito u otros delitos graves, las instituciones financieras que no cumplan con las obligaciones a que se refieren los Artículos 8, 15 a 19 y 21 de este Reglamento, serán sancionadas, entre otras medidas, con la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

Artículo 21. *Programas de cumplimiento obligatorio por parte de las instituciones financieras*

1. Las instituciones financieras, bajo las regulaciones y supervisión a que se refiere el Artículo 24 de este Reglamento deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Esos programas incluirán, como mínimo:

- a) el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo;
- b) programas permanentes de capacitación del personal, tal como "conozca su cliente" e instruirlo en cuanto a las responsabilidades señaladas en los Artículos 16 a 19 de este Reglamento;
- c) mecanismos de auditoría acordes con las normas para prevenir y detectar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, para verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos. La auditoría podrá encomendarse a una firma auditora externa registrada o al auditor interno de una institución financiera.”

2. Si el auditor es interno, las instituciones financieras deberán asegurar que sea independiente y sólo deberá informar a la junta de directores o a un comité de ésta.

3. Las instituciones financieras deberán asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Dichos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes.

Artículo 22. *Disposiciones para otros obligados*

La autoridad competente podrá extender la aplicación de las disposiciones relacionadas con las instituciones financieras contenidas en este Reglamento, que resulten pertinentes, a las personas que realicen actividades económicas tales como:

- a) La venta o traspaso de bienes raíces, armas, metales preciosos, objetos de arte, objetos arqueológicos, joyas, automóviles, barcos, aviones u otros bienes coleccionables; y la prestación de servicios relacionados

- con los viajes o el entretenimiento;
- b) Los juegos de azar y operaciones relacionadas a las mismas;
 - c) La prestación de toda clase de servicios profesionales incluyendo los notariales y contables;
 - d) Seguros, reaseguros y su corretaje;
 - e) Inversiones y fondos de inversión;
 - f) Las relacionadas con la comercialización internacional de bienes, servicios y transferencia de tecnología y la movilización de capitales;
 - g) El financiamiento de organizaciones no lucrativas o no gubernamentales; o
 - h) Cualquier actividad comercial que debido a la naturaleza de sus operaciones pudiera ser utilizada para fines relacionados con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Artículo 23. *Notificación de traslado y envío de moneda y títulos valores al portador a través de fronteras*

1. Conforme a derecho, los Estados miembros requerirán a quien transporte o envíe moneda nacional o extranjera, o títulos valores, a través de las fronteras nacionales, que lo notifique a las autoridades competentes
2. La notificación referida en el inciso anterior deberá incluir, por lo menos, la siguiente información:
 - a. La identidad, firma y dirección de las personas que transporten o envíen el dinero o los títulos valores;
 - b. La identidad y la dirección en nombre de quien se realiza el transporte o el envío;
 - c. El origen, destino y ruta del dinero o de los títulos valores;
 - d. la cantidad y clase de dinero o de títulos valores que se transportan o envían
3. Conforme a derecho, la persona que no declare o declare falsamente a las autoridades competentes la información referida al transporte o envío, a través de fronteras, de dinero o títulos valores cuyo monto exceda a los valores máximos establecidos, estará sujeta a sanciones penales, civiles o administrativas.

Artículo 24. *Obligaciones de las autoridades competentes*

1. Conforme a derecho, las autoridades competentes, y especialmente aquellas dotadas de potestades de reglamentación y supervisión sobre las instituciones financieras deberán, entre otras obligaciones:

- a) otorgar, denegar, suspender o cancelar licencias o permisos para la operación de instituciones financieras;
- b) adoptar las medidas necesarias para prevenir y/o evitar que cualquier persona no idónea controle o participe, directa o indirectamente, en la dirección, gestión u operación de una institución financiera:
- c) examinar, controlar o fiscalizar a las instituciones financieras y reglamentar y vigilar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de registro y notificación establecidas en el presente Reglamento;
- d) verificar, mediante exámenes regulares, que las instituciones financieras posean y apliquen los programas de cumplimiento obligatorio a que se refiere el Artículo 21 de este Reglamento;
- e) brindar a otras autoridades competentes la información obtenida de instituciones financieras conforme a este Reglamento, incluyendo aquellas fruto de un examen de cualquiera de ellas;
- f) dictar instructivos o recomendaciones que ayuden a las instituciones financieras a detectar patrones sospechosos en la conducta de sus clientes. Esas pautas se desarrollarán tomando en cuenta técnicas modernas y seguras de manejo de activos y servirán como elemento educativo para el personal de las instituciones financieras;
- g) Cooperar con otras autoridades competentes y aportarles asistencia técnica, en el marco de investigaciones y procesos referentes a los delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo.
- h) Establecer pautas o criterios de contabilidad o auditoría aplicables a la comunicación de actividades sospechosas, las que deberán tomar en cuenta tanto otras pautas o criterios ya existentes a escala internacional e internacional, como las que pudiesen desarrollarse en el futuro.

2. Las autoridades competentes, y especialmente aquellas dotadas de potestades de reglamentación y supervisión sobre las instituciones financieras deberán poner en conocimiento, conforme a derecho, con prontitud a las otras autoridades competentes sobre cualquier información recibida de instituciones financieras referentes a transacciones o actividades sospechosas

que pudieran estar relacionadas con el lavado de activos o el financiamiento de terrorismo.

3. Las autoridades competentes, especialmente aquellas dotadas de potestades de reglamentación y supervisión sobre las instituciones financieras deberán prestar, conforme a derecho, una estrecha cooperación con las autoridades competentes de otros Estados en las investigaciones, procesos y actuaciones referentes a delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo y a infracciones de las leyes o reglamentos administrativos aplicables a las instituciones financieras.

Artículo 25. Cooperación Internacional

1. El tribunal o la autoridad competente cooperará con el tribunal o la autoridad competente de otro Estado, tomando las medidas apropiadas, a fin de prestarse asistencia en materia relacionada con delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, de este Reglamento, de conformidad con este Reglamento, y dentro de los límites de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

2. El tribunal o autoridad competente podrá recibir una solicitud de un tribunal o autoridad competente de otro Estado para identificar, detectar, embargar, incautar o decomisar bienes, productos o instrumentos relacionados con delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, y podrá tomar las medidas apropiadas, incluidas las contenidas en los Artículos 5 y 8 de este Reglamento.

3. Una orden judicial o sentencia firme que condene al decomiso de bienes, productos o instrumentos relativos a delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo expedida por un tribunal competente de otro Estado, podrá ser admitida como prueba de que los bienes, productos o instrumentos a que se refiere tal orden o sentencia pudieran ser sujetos a decomiso conforme a derecho.

4. El tribunal o autoridad competente podrá recibir y tomar medidas apropiadas sobre una solicitud de un tribunal o autoridad competente de otro Estado para la prestación de asistencia en relación con una investigación o proceso de carácter civil, penal o administrativo, según corresponda, referente a delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, o a otras violaciones a este Reglamento. Dicha asistencia podrá incluir el suministro de originales o copias autenticadas de los documentos y registros pertinentes, comprendidos los de instituciones financieras y entidades gubernamen-

tales; la obtención de testimonios en el Estado requerido; la facilitación de la presencia o disponibilidad voluntaria en el Estado requirente de personas para prestar declaración, incluyendo aquellas que estén detenidas; la localización o identificación de personas; la entrega de citaciones; el examen de objetos y lugares; la realización de inspecciones e incautaciones; la facilitación de información y elementos de pruebas; y medidas cautelares.

5. La asistencia que se brinde en aplicación de este Artículo se prestará conforme a derecho.

Artículo 26. *Cumplimiento de fallos extranjeros*

1. Cuando se trata de cooperación internacional en casos de lavado de activos, actividades delictivas graves que esté basada en tratados, acuerdos o de conformidad con la ley, el tribunal o la autoridad competente puede ordenar las medidas permitidas en los Artículos 6, 7, o 9 para:

- a. Cumplir con las medidas cautelares ordenadas por un tribunal o autoridad competente de otro país sobre bienes susceptibles de decomiso;**
- b. Cumplir con una sentencia final de decomiso dictada por un tribunal o autoridad competente extranjera.**
- c. Cumplir, si el ordenamiento jurídico interno así lo permite, con cualquier otra medida equivalente declarada por orden de un tribunal o autoridad extranjera competente que resulte en la suspensión del poder de disposición o pérdida del derecho de dominio sobre bienes.**

2. El tribunal o autoridad competente cumplirá la sentencia o medida extranjera de acuerdo con el párrafo 1, a menos que en decisión fundada determine que:

- a. La sentencia o medida se originó en un tribunal u otra autoridad que no tenía jurisdicción o competencia; o**
- b. La sentencia o medida infringe derechos fundamentales o constitucionales.**

Artículo 27. *Secreto o reserva bancaria*

Las disposiciones legales referentes al secreto o reserva bancaria no serán un impedimento para el cumplimiento del presente Reglamento, cuando la

información sea solicitada o compartida por un tribunal o autoridad competente, conforme a derecho.

El término secreto o reserva bancaria será aplicable a aquellas actividades que realicen las instituciones financieras definidas por este Reglamento Modelo y a cualquier otra actividad financiera, bancaria y no bancaria, según sean definidas por el orden jurídico interno de cada país.

RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE EXPERTOS A LA CICAD

El Grupo de Expertos solicita a la CICAD que considere y apruebe el Reglamento Modelo y lo presente a la próxima Asamblea General de la OEA para su posible adopción por los Estados miembros.

A fin de facilitar la adopción del Reglamento Modelo, el Grupo de Expertos recomienda a la CICAD que:

1. Inste a todos los Estados miembros de la OEA a que adopten y pongan en práctica de manera efectiva este Reglamento Modelo.
2. Revise periódicamente el Reglamento Modelo y, de ser necesario, lo modifique a fin de asegurar su vigencia y eficacia para prevenir y detectar el lavado de activos y financiamiento de terrorismo.
3. Brinde la colaboración técnica necesaria a los Estados miembros que lo soliciten para la adopción y puesta en marcha del Reglamento Modelo y brinde apoyo en la obtención de recursos financieros necesarios para tal efecto.
4. Convoque periódicamente seminarios, talleres y reuniones donde se realicen estudios de métodos empleados para lavar activos, que sirvan como foro para que las autoridades competentes, judiciales y las agencias fiscalizadoras de los Estados miembros puedan intercambiar experiencias en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, difundir información al respecto, y discutir nuevas tendencias y técnicas.
5. Establezca y mantenga una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, y otros organismos internacionales, regionales, gubernamentales e instituciones del sector privado.

En función del Reglamento Modelo, el Grupo de Expertos recomienda a

la CICAD que inste a los Estados miembros de la OEA a considerar:

1. Determinar las autoridades nacionales competentes dotadas de potestad de reglamentación y supervisión sobre las instituciones financieras y sobre los otros obligados mencionados en el Artículo 21 de este Reglamento Modelo y comunicarlo a la Secretaría General de la OEA y a los Estados miembros.
2. Determinar una autoridad, o cuando sea necesario, varias autoridades con competencia para recibir o tramitar todas las solicitudes efectuadas en el marco de la cooperación internacional, previsto en el Reglamento Modelo y comunicarlo a la Secretaría General de la OEA y a los Estados miembros.
3. Responder con prontitud a todo pedido específico de cooperación que presenten las autoridades competentes de otros Estados miembros en aplicación del Reglamento Modelo e informar a la brevedad posible acerca de cualquier impedimento u obstáculo a dicha comunicación.
4. Asegurar el establecimiento de comunicaciones nacionales e internacionales con el propósito de compartir información sobre asuntos relativos al delito de lavado y financiamiento del terrorismo, a instituciones financieras y otros obligados según el Artículo 22, a transacciones, y a la identificación, embargo preventivo o incautación de bienes, productos o instrumentos así como su decomiso.
5. Prestar especial atención a los riesgos emergentes de la aplicación de nuevas tecnologías para lavar activos, entre las cuales se destacan, sin que la lista sea taxativa, la realización de transacciones bancarias y el juego de azar a través de INTERNET, las “tarjetas inteligentes” el “dinero digital” así como la utilización de otras tecnologías que pudiesen favorecer el anonimato de quienes realizan las transacciones, y tomarán medidas para prevenir su uso en el lavado de activos, incluyendo la adopción de nuevos sistemas, si así fuese necesario.

Asimismo, el Grupo de Expertos recomienda a la CICAD que sugiera a los Estados miembros de la OEA que consideren la posibilidad de:

1. Establecer sanciones penales, civiles y administrativas más severas aplicables a los delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, cuando la persona involucrada ocupe un cargo público y el delito guarde relación con su cargo.
2. Estudiar o examinar la viabilidad y conveniencia de comunicar a otros

Estados miembros, sin necesidad de pedido previo, información que les pueda ser útil en la investigación de los delitos mencionados en este Reglamento Modelo.

Anexo I

(Artículos 13 y 17.3)

ANEXO AL REGLAMENTO MODELO CORRESPONDIENTE UNIDADES DE INTELIGENCIA / ANALISIS FINANCIERO

A) Organización objetivo y estructura de las Unidades de Inteligencia / Análisis Financiero

B) Memorando de Entendimiento entre Unidades de Inteligencia / Análisis Financiero

A) Organización, objetivo y estructura

El organismo referido en el Artículo 13 se organizara de acuerdo a como sigue, según se ha determinado por el Grupo de Egmont, Constituido por países que ya han establecido o intentan establecer el organismo que dicho grupo ha denominado Unidad de Inteligencia Financiera (FIU's)

OBJETIVO

Recabar y analizar la información para que pueda ser utilizada por las autoridades competentes

DENOMINACIÓN

En vista de las particulares circunstancias nacionales, se podrá optar por una de las siguientes denominaciones, entre otras:

Unidad de Inteligencia Financiera; Unidad de Investigación Financiera; Unidad de Información Financiera y Unidad de Análisis Financiero

ESTRUCTURA

Dependiendo de su ubicación en la estructura política del Estado, el organismo podrá adoptar uno de los siguientes modelos:

Policial; Judicial; Mixto, policial/judicial o Administrativo

B) Memorando de Entendimiento

Memorando de Entendimiento

Entre (el primer país signatario) y (el segundo país signatario)

CONCERNIENTE A LA COOPERACION EN EL INTERCAMBIO DE INFORMACION FINANCIERA CON RELACION AL LAVADO DE ACTIVOS

Considerando:

La / el (Descripción del instrumento jurídico del primer estado signatario que sirve de fundamento al memorando) y la/ el (descripción del instrumento jurídico del segundo país signatario que sirve de fundamento para la firma del memorando) que establecen pautas para la cooperación internacional en materia de lavado de activos, permitiendo el intercambio de información financiera.

Que (La autoridad competente del primer estado signatario) y (la autoridad competente del segundo estado signatario) en adelante las "Autoridades", o las "Partes") desean, basados en el espíritu de cooperación e interés recíproco, facilitar el intercambio de información relativa al lavado de dinero y las actividades delictivas graves relacionadas al mismo.

Las Partes han alcanzado el siguiente entendimiento:

1. Las Autoridades cooperarán para reunir, desarrollar y analizar la información que posean sobre transacciones financieras sospechosas de estar relacionadas con maniobras de lavado de activos o actividades delictivas graves relacionadas al mismo. Para ese fin, las Autoridades intercambiarán, espontáneamente o a solicitud de parte, cualquier información disponible que pueda ser relevante para la investigación que esas Autoridades realicen sobre transacciones financieras relacionadas con el lavado de activos y las personas físicas o jurídicas involucradas en las mismas.

2. Las Autoridades no permitirán el uso o divulgación de la información ni de los documentos obtenidos por la Autoridad respectiva para otros fines que no sean los establecidos en este Memorando de Entendimiento (en adelante el "Memorando"), salvo previo consentimiento de la Autoridad que los proporciona.

3. La información adquirida de acuerdo al presente Memorando será confidencial y estará sujeta al secreto y protección de la confidencialidad que la ley nacional de la Autoridad receptora acuerda a información similar originada en su país.

4. Las Autoridades definirán conjuntamente los procedimientos de comunicación que se utilizarán de acuerdo con el ordenamiento jurídico de sus respectivos países, y realizarán consultas recíprocas con el propósito de implementar el presente Memorando.

5. La comunicación entre las Autoridades se efectuara en (el idioma del primer país signatario) o en (el idioma del segundo país signatario).

6. Las Autoridades no tienen obligación de brindar información si ya se han iniciado procedimientos judiciales referidos a los mismos hechos a que se refiere la solicitud.

7. Este Memorando puede ser enmendado en cualquier momento por consentimiento mutuo.

8. Este memorando es revocable en cualquier tiempo.
9. Este memorando entrará en vigor el día de su firma.

Firmado en (lugar de la firma), el (día de la firma) en (idioma del primer signatario) y (idioma del segundo signatario, si fueren distintos), considerándose ambos textos auténticos.

Por la autoridad competente (del primer país signatario)

Por la autoridad competente (del segundo país signatario)

Anexo II

ANEXO AL REGLAMENTO MODELO CORRESPONDIENTE AL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

A) Recomendaciones especiales del Grupo de Acción Financiera (GAFI)

RECOMENDACIONES ESPECIALES SOBRE EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

I Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas

Cada país debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999.

Asimismo, los países deben implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

II Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado

Cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del lavado de activos.

III Congelamiento y decomiso de activos terroristas

Cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas.

Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas.

IV Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo

Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.

V Cooperación internacional

Cada país deberá proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo o mecanismo de asistencia mutua legal o intercambio de informa-

ción, el máximo grado posible de asistencia en conexión con investigaciones, informes y procedimientos criminales, civiles y administrativos relativos a la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas.

Además, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que se denegará el refugio a los individuos acusados de financiar el terrorismo, y deben contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.

VI Sistemas alternativos de Envíos de fondos

Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes, que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

VII Transferencias por cable

Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a las mismas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago.

Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta).

VIII Organizaciones sin fines de lucro

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidas a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación

del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

- (i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;
- (ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
- (iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

ÍNDICE

I. TIPOLOGÍAS Y LÓGICA DEL LAVADO DE DINERO

Dr. Eduardo Fabián Caparrós

ANTECEDENTES: EVOLUCIÓN DE LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO 9

I. INTERNACIONALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RESPUESTA 10

1. Evolución de las iniciativas supranacionales 10

A) La Convención de Viena de 1988..... 10

B) Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas..... 13

C) Iniciativas del Consejo de Europa..... 17

D) Actuaciones de la Unión Europea..... 20

E) Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera 26

F) Reglamento Modelo CICAD/OEA 27

G) La Convención de Palermo de 2000..... 31

H) La Convención de Mérida de 2002..... 33

I) Iniciativas derivadas de las instituciones económicas 35

2. Iniciativas relacionadas con la financiación del terrorismo 36

A) Algunas consideraciones críticas..... 36

B) Breve referencia a las iniciativas más importantes 38

1. Convenio sobre la Financiación del Terrorismo de 1999..... 38

2. Actuaciones del GAFI: las Recomendaciones Especiales. 39

3. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 40

4. El Convenio de Varsovia de 2005..... 40

II. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO .. 41

1. Introducción..... 41

2. Blanqueo de capitales y principio de lesividad 43

A) El delito de blanqueo como figura accesoria..... 43

B) La autonomía del delito de blanqueo 45

C) Síntesis.....	53
1. Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales.....	53
2. ¿Bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?	55
3. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socioeconómica	57
4. Penalización del blanqueo y principio de ultima ratio. La eficacia de otros medios de control sobre este ámbito	61
5. A modo de conclusión	67
3. Blanqueo y relaciones entre los Estados. El lavado de activos en el marco global	69
III. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO	70
1. Concepto de blanqueo	70
A) Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos (elementos para una toma de postura).....	70
1. Introducción	70
2. El blanqueo es un proceso	71
3. Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucia”.....	75
4. No sólo el dinero es objeto de blanqueo	80
5. El blanqueo ha de serlo de “capitales”.....	82
6. El delito como medio de obtención de riqueza. Blanqueo y crimen organizado	83
B) Definición de blanqueo de capitales	89
2. Fenomenología del blanqueo: La utilidad de su estudio.....	90
A) El blanqueo como proceso	90
B) La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo.....	91
3. Fases del proceso de blanqueo	93
A) Fase de colocación u ocultación: la manipulación del dinero al contado.....	93
1. Planteamiento general del problema.....	93
2. Depósitos bancarios.....	97
3. Instrumentalización de títulos valores	98
4. Operaciones de “ingeniería financiera”	100
5. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas	101
6. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”	102
7. Operaciones de préstamo de dinero al contado	104

8. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas	105
B) Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto.....	109
1. Consideraciones preliminares	109
2. Uso del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales	109
3. Adquisición efectiva de bienes.....	111
4. Instrumentalización de transacciones ficticias	113
5. Préstamos de dinero.....	115
6. Instrumentalización de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas	116
C) Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos.....	119
1. Introducción.....	119
2. Factores que favorecen la integración	120
3. Algunos ejemplos concretos.	122

**II. PENALIZACIÓN DE LAVADO DE DINERO.
ASPECTOS SUSTANTIVOS.
PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES**

Dr. Isidro Blanco Cordero

PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES PARA LA PENALIZACIÓN DEL LAVADO DE DINERO. ASPECTOS SUSTANTIVOS.....	127
I. Introducción	128
II. Instrumentos internacionales relativos al lavado de activos.....	128
III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales	134
1. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia.....	136
1.1. La conversión de bienes procedentes de un delito grave	136
1.2. La transferencia.....	138
2. La ocultación o encubrimiento	141
2.1. La ocultación.....	143
2.2. El encubrimiento	146
3. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir.....	147
3.1. La adquisición de bienes.....	147

3.2. El transporte.....	149
3.3. La posesión y la tenencia.....	150
3.3.1. Introducción.....	150
3.3.2. Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia.....	150
3.3.3. Distinción entre tenencia y posesión.....	151
3.4. La utilización.....	153
3.4.1. Introducción.....	153
3.4.2. Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización.....	154
3.5. La administración.....	156
3.6. El problema de las acciones socialmente adecuadas.....	156
4. Examen especial de la conducta omisiva.....	160
IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales.....	163
1. En la normativa internacional.....	163
2. Características que debe reunir.....	166
2.1. Amplitud del término.....	166
2.2. Necesidad de conexión con un delito previo.....	167
2.2.1. La conexión de los bienes con un delito previo. La “contaminación” de los bienes.....	167
2.2.1.1. Clases de delitos previos.....	167
2.2.1.2. La accesoriedad.....	170
2.2.1.3. Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo.....	172
2.2.2. El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena.....	172
2.2.3. Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero.....	174
V. El sujeto activo en la normativa internacional.....	176
VI. Responsabilidad de las personas jurídicas (sanciones), según los instrumentos internacionales.....	180
VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia.....	186
1. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo.....	186
2. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del <i>dolus subsequens</i>	189
3. La ignorancia intencional.....	190

4. ¿Elementos subjetivos específicos?	192
5. El error en el delito de lavado de activos	194
6. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia	195
6.1. Cuestiones generales.....	195
6.2. El sujeto activo del delito de lavado imprudente.....	198
VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa	199
1. Actos preparatorios punibles	199
1.1. Introducción	199
1.2. Normativa internacional	200
2. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional	202
IX. Causas de justificación. Especial atención a la actividad de los abogados .	204
1. La actividad de los abogados.....	205
2. Actividad de asesoramiento.....	206
3. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo	207
3.1. La solución de la tipicidad	210
3.2. La solución de la justificación.....	211
3.3. La solución del Tribunal Constitucional alemán (<i>Bundesverfassungsgericht – BVerfG</i>). La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo	212
X. Tipicidades agravadas según las recomendaciones internacionales	213
1. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte	215
2. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.....	218
3. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.....	219
4. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo	219
XI. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito	220
XII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas	221
1. Lavado de activos y receptación.....	221
2. Lavado de activos y encubrimiento	222
3. Lavado de activos y otras figuras delictivas	224
4. Unidad y pluralidad de acciones.....	224

III. ASPECTOS PROBATORIOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN LOS PROCESOS POR LAVADO DE DINERO. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CAUTELARES. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES.

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL BLANQUEO DE BIENES DE ORIGEN CRIMINAL	229
Código Penal de 1995 (modificado por la ley orgánica 15/2003).....	229
I. Concepto. Bien jurídico protegido. La política criminal contra el blanqueo: Normativa nacional e internacional.....	231
II. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. La participación en el delito antecedente. Situaciones concursales. Actos preparatorios. La universalidad en su persecución	241
III. La comisión culposa del delito de blanqueo de capitales. La normativa de prevención del blanqueo y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente.	256
IV. La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo mediante el derecho administrativo	265
V. El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas. Marco normativo nacional e internacional.....	278

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES EN LOS PROCESOS PENALES RELATIVOS AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.....	295
--	-----

Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado

Especialidades de la legislación española en la adjudicación provisional, utilización, gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes procedentes de las actividades de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales durante la tramitación del procedimiento. Nuevas propuestas legislativas	295
1. Algunas ideas generales.....	295
2. Singularidades del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas	298
3. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.....	301
4. La administración judicial de bienes y empresas.....	303
5. Destino de los bienes, efectos e instrumentos de procedencia ilícita ocupados al procesado o inculpado fallecido o en situación de rebeldía sin ser enjuiciado.....	305
6. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.....	306

7. La cooperación internacional en la materia.....	307
8. Nuevas propuestas legislativas.	308
INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL BLANQUEO DE CAPITALES (I).....	313
<i>Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado</i>	
1. Técnicas de investigación	313
2. La colaboración con la justicia: los arrepentidos.....	327
3. La protección de acusados, testigos y peritos en causas criminales.....	336
INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL BLANQUEO DE CAPITALES (II).	355
<i>Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado</i>	
1. La regulación del comiso de bienes en la legislación penal y en el derecho comparado.....	355
i. Concepto y naturaleza jurídica	358
ii. Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales.....	362
iii. Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal	365
iv. Ámbito objetivo de aplicación.....	367
v. Ámbito subjetivo de aplicación	370
vi. El comiso de bienes de valor equivalente.....	372
vii. Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso	373
viii. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instru- mentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.....	374
ix. La administración judicial de bienes y empresas.....	376
x. Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo a él asociado: el Fondo de Bienes Decomisados	377
xi. Criterios generales de actuación en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo asociado.....	381
xii. Nuevas orientaciones y tendencias en el derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal.....	383
2. La valoración de la prueba: especial referencia a la prueba indiciaria	393

i.	Algunas reflexiones previas sobre el significado y utilización del término "indicios" en el proceso penal.....	393
ii.	Principales problemas interpretativos de la legislación penal sobre el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos	395
iii.	La determinación del origen criminal	398
iv.	El conocimiento del origen ilícito.....	400
v.	Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia	402
vi.	Compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente	417
IV.	COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE DINERO	
	<i>Dr. Javier Alberto Zaragoza Aguado</i>	
	LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS	423
1.	Sobre la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal: la Convención de Viena de 20-12-88 y la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-12-2000	423
2.	La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a la lucha contra la droga y el blanqueo de capitales:	432
A.	La política criminal de la Unión Europea y el espacio judicial común.....	432
B.	Una sucinta referencia a los instrumentos y los organismos de la cooperación.	442
3.	La ejecución de las investigaciones de blanqueo de capitales y de las órdenes de incautación y decomiso de bienes y productos de origen criminal en el contexto de la cooperación judicial internacional	450
A.	La convención de Viena de 20-12-88 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas	450
B.	La normativa convencional Europea.....	453
	ANEXO DOCUMENTAL	
	Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.....	465
	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	515

Índice

631

Las Cuarenta recomendaciones y las nueve recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)	555
Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves	595

